



RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA



FREDIE DIDIER JR. – Organizador

Relativização da Coisa Julgada Material

— *Alexandre Freitas Câmara*

Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional

— *Araken de Assis*

Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação

— *Cristiano Chaves de Farias*

Flexibilização da Coisa Julgada

— *Donaldo Armelin*

Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)

— *Eduardo Talamini*

A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de um Ponto de Vista Contrário)

— *Gisele Santos Fernandes Góes*

O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado

— *Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria*

Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material

— *José Carlos Barbosa Moreira*

Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior

— *Leonardo Greco*

O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material)

— *Luiz Guilherme Marinoni*

A Polêmica Sobre a Relativização (Desconsideração) da Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito

— *Nelson Nery Jr.*

Coisa Julgada Relativa?

— *Ovidio A. Baptista da Silva*

Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, “Coisa Julgada Inconstitucional” e Embargos à Execução do Art. 741, par. ún.

— *Paulo Henrique dos Santos Lucon*

Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada

— *Sérgio Nojiri*

Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais

— *Teori Albino Zavascki*

Relativização da Coisa Julgada

— *Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina*



FREDIE DIDIER JR.

Organizador

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
ARAKEN DE ASSIS
CRISTIANO CHAVES DE FARIAS
DONALDO ARMELIN
EDUARDO TALAMINI
GISELE SANTOS FERNANDES GÓES
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR
JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA
JULIANA CORDEIRO DE FARIA
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
LEONARDO GRECO
LUIZ GUILHERME MARINONI
NELSON NERY JR
OVIDIO A BATISTA DA SILVA
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
SÉRGIO NOJIRI
TEORI ALBINO ZAVASCKI
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

2ª edição. 2ª tiragem.

2008



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Carla Piaggio
carlapiaggio@gmail.com

Conselho Editorial

Dirley da Cunha Jr.
Fernanda Marinela
Fredie Didier Jr.
Gamil Föppel El Hireche
José Marcelo Vigliar

Nestor Távora
Pablo Stolze Gagliano
Robério Nunes Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições *Jus*PODIVM.

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Av. Octávio Mangabeira, nº 7709
Corsário Center, Sl. B5, Boca do Rio
CEP: 41706-690 – Salvador – Bahia
Tel.: (71) 3363.8617 Fax: (71) 3363.5050
e-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br




NOTA DO ORGANIZADOR À SEGUNDA EDIÇÃO


Eis a segunda edição dessa coletânea de ensaios sobre a chamada “relativização da coisa julgada”. Acrescentei a essa edição, que sai dois anos após a primeira, mais sete textos, os quais, somados aos outros que compunham essa coletânea, compõem excelente painel do que foi escrito a respeito do assunto na literatura jurídica nacional. São novos os textos de José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), Paulo Lucon (USP), Sérgio Nojiri (UNIP), Gisele Góes (UFPA), Donaldo Armelin (PUC/SP), Teori Albino Zavascki (UFRGS), Humberto Theodoro Jr. (UFMG) e Juliana Cordeiro (UFMG).

Continuo preocupado com esse tema. Assumo que não vejo com bons olhos um movimento que busca relativizar a coisa julgada por critérios atípicos. Não posso compactuar com a idéia de uma “cláusula aberta de revisão das sentenças” em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade.

Esse meu posicionamento funda-se no seguinte:



a) o processo é método de construção da norma jurídica individualizada. A decisão judicial produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente. Essa nova regra jurídica é produto de um procedimento cooperativo e organizado em contraditório, o que garante a participação democrática dos interessados na solução daquele caso concreto. Não há uma “justiça” anterior ao processo, que deve ser “encontrada” ou “revelada” pelo magistrado. A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente. Não há um “lugar” onde se possa “encontrar” a Justiça (partindo-se da premissa de que está superada a visão *jusnaturalista* do Direito, obviamente). Parece-me que esse método de construção de justiça é o melhor até hoje inventado pelo gênio humano.



Os programas jurídicos (leis) não determinam completamente as decisões dos tribunais¹ e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência.² Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral → particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as

1. A própria distinção entre regras e princípios, hoje comum na teoria jurídica, parte da premissa de que as regras incidem sobre situações específicas, enquanto os princípios têm alta carga de abstração. Ambos, porém, são normas, que produzem efeitos jurídicos imediatos. Mesmo as regras podem não ser tão objetivas, pois muita vez trazem em sua hipótese fática um conceito aberto ou juridicamente indeterminado. Isso revela que nem toda norma tem o seu âmbito de incidência claro, preciso, o que transfere ao magistrado a tarefa de, *in concreto*, completar a atividade legislativa.

2. CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 165, com base em pensamento de Parsons.

com o Direito vigente³. Trata-se do chamado Direito judicial, desenvolvimento do Direito que não pode ser antecipado, produzido nem impedido pelo legislador⁴. Exercem os tribunais papel singular e único no conjunto das comunicações jurídicas.

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, o tribunal gera algo novo — se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta.⁵ A decisão não está determinada pelo passado (leis, delitos etc.), pois ela opera sempre no presente, consolidando o passado (que não mais se altera) e o futuro (passível de alteração) em uma alternativa presente. Não se deixando determinar pelo passado, ao decidir o tribunal visa regular o futuro. Assim, a decisão produz conseqüências futuras para os presentes, permitindo ou impedindo outras possibilidades quem sem ela, a decisão, não existiriam.⁶

b) A jurisdição é uma função que tem, basicamente, duas características marcantes. Em primeiro lugar, somente os órgãos jurisdicionais são coagidos a proferir uma decisão. Os tribunais devem decidir qualquer caso que lhe seja submetido, mesmo que não haja lei a respeito do assunto. Não se permite, entre nós, o *non liquet*. Em segundo lugar, a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo. A coisa julgada é uma qualidade jurídica específica do ato jurisdicional. A lei, o ato administrativo e o negócio jurídico podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Os atos jurisdicionais, porém, só podem ser revistos pelo próprio Poder Judiciário, por meio de recursos ou outras formas de impugnação.

c) Essa qualidade específica (coisa julgada) justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica. Era preciso que alguém desse a última palavra sobre o litígio. Ora o rei ora o sacerdote dava a última palavra sobre o litígio. Atualmente, há órgãos específicos com essa função.

Mas a coisa julgada ainda pode ser encarada sob outro enfoque. Ela é um limite ao exercício da função jurisdicional e, pois, uma garantia do cidadão. Se a decisão

3. LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 49, p. 162-163, 1990.

4. LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*, op. cit., p. 163.

5. Explica Luhmann: “Si no existe una alternativa, la decisión del tribunal ya fue anticipada por el legislador o por la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más decisiones”. (*El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 370, nota 21.)

6. *El derecho de la sociedad*, op. cit., p. 371. Também assim, CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 162-163.

jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido. A coisa julgada impede o reexame da questão pela lei, por ato administrativo e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

c) O processo garante-nos a certeza dos meios e a incerteza do resultado⁷. O direito litigioso é pura incerteza. Não há como saber qual será o resultado de um processo, embora possamos prever toda uma seqüência de atos processuais que devem ser praticados. O direito tido como certo pelo demandante, no processo é mera expectativa (Goldschmidt).

Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada.

d) Não se pode teorizar o absurdo. Explico: esse movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações desproporcionais. Situações absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais. Pergunto: vale a pena, por que o absurdo pode acontecer, criar, abstratamente, a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada? Parece-me que não.

Eu gosto da coisa julgada. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é *exterminar* a coisa julgada.

Não discuto, porém, a necessidade de repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas, de que serve de exemplo o exame genético para a identificação da filiação biológica. Esse “repensar”, todavia, tem de ser feito com bastante cuidado — passe o truísmo —, e com base em critérios racionais e objetivos, de preferência previstos em texto legal expresso.

De um modo geral, concordamos com o pensamento de Marinoni, Ovídio e Nelson Nery Jr.: a) as hipóteses de ação rescisória devem ser revistas, tanto aquelas

7. “É sobretudo a incerteza quanto ao resultado que é essencial ao procedimento. Dá aos participantes do procedimento o incentivo de contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mantém-lhes vivas as esperanças de conduzi-los através do caminho que, de acordo com as regras do processo jurídico, levará a decisão”. (LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 46.)



FREDIE DIDIER JR.

relacionadas a *errores in procedendo* como aquelas que objetivam corrigir injustiças (p. ex.: inciso IX do art. 485 do CPC); b) a *querela nullitatis* (ação imprescritível de **nulidade** da sentença) deve ser mais bem sistematizada, para que se admita a impugnação de decisões judiciais com gravíssimos vícios **formais** ; c) não se pode permitir a revisão atípica dos julgados por critérios de justiça, o que levaria a um problema sem solução: quem garantiria a justiça da segunda decisão, que reviu a primeira?

Sempre que uma idéia possa servir para diminuir os direitos do cidadão e dar ensejo ao cometimento de arbitrariedades, é preciso estar atento, para estudá-la profundamente.

Se não houvesse outras razões, ao menos por isso esse livro é fundamental.

Salvador, em janeiro de 2008.

Fredie Didier Jr.

Advogado. Mestre pela UFBA. Doutor pela PUC-SP.
Professor da UFBA (graduação, mestrado e doutorado).
Professor do JusPodivm e do Curso LFG.
Coordenador da Faculdade Baiana de Direito.

www.frediedidier.com.br



SUMÁRIO

Capítulo I	
RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL	17
<i>Alexandre Freitas Câmara</i>	
1. Introdução	17
2. O dogma da coisa julgada	18
3. A sentença inconstitucional transitada em julgado	21
4. O dilema: relativizar ou não a coisa julgada?	24
5. Mecanismos processuais para rediscutir a coisa julgada	32
6. Propostas de lege ferenda	36
7. Conclusão	37
Capítulo II	
EFICÁCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	39
<i>Araken de Assis</i>	
1. Introdução	39
2. Eficácia de coisa julgada: natureza e relativização	39
3. “Vícios transrescisórios” e a coisa julgada	46
4. Inconstitucionalidade originária e superveniente da sentença	54
4.1. Origem da regra	54
4.2. Ineficácia do título	55
4.3. Superveniência da inconstitucionalidade	55
4.4. Constitucionalidade da regra	56
4.5. Vantagens e desvantagens da regra	57
4.6. Aplicação às execuções definitiva e provisória	58
4.7. Origem do juízo de inconstitucionalidade	58
4.8. Remédios admissíveis	59
4.9. Aplicação retroativa da regra	60
4.10. Efeitos do julgamento dos embargos	60
5. Conclusão	61
6. Bibliografia	61
Capítulo III	
UM ALENTO AO FUTURO: NOVO TRATAMENTO DA COISA JULGADA	
NAS AÇÕES RELATIVAS À FILIAÇÃO	65
<i>Cristiano Chaves de Farias</i>	
1. Uma decisão consentânea com o seu tempo: o emblema de uma nova era	65
2. Breve síntese do caso: o paradigma da nova orientação jurisprudencial	66
3. A filiação no direito civil clássico: águas passadas que não podem mover moinhos	67

4. O novo ambiente da ação investigatória de paternidade: criando um lugar propício ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade da pessoa humana	68
5. A ciência e os seus influxos: o homem desvendando a verdade biológica	70
6. A maior participação do juiz na produção de prova: a integração do processo com a vida	72
7. A prevalência da verdade real nas ações sobre direitos indisponíveis: o processo como instrumento de justiça	73
8. Crítica à aplicação do modelo tradicional de coisa julgada nas ações filiatórias: a inquietude gerada pela concepção da coisa julgada no ambiente atual do Direito de Família	74
9. A construção de nova tese sobre a coisa julgada na ação investigatória: a busca de um novo modelo de coisa julgada para as ações filiatórias	75
10. A afirmação da coisa julgada secundum eventum probationes nas ações filiatórias: a adequação do direito à realidade social	78
11. Bibliografia	80

Capítulo IV

FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Donaldo Armelin

Capítulo V

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE (CPC, ART. 741, PAR. ÚN.)

Eduardo Talamini

1. Introdução	115
2. A declaração de inconstitucionalidade por via direta e as sentenças que aplicaram a norma inconstitucional	118
3. A declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade pelo Supremo: limites e forma de extensão da sua eficácia	131
4. A “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” — A solução inconstitucional	134
5. Jurisprudência reiterada do Supremo e art. 741, parágrafo único	139
6. O sentido e alcance do parágrafo único do art. 741 — Interpretação conforme a Constituição	140
7. A repercussão da questão constitucional sobre o título executivo	143
8. Desconstituição do resultado do processo anterior. Definição de um novo resultado?	146
9. Matéria veiculável apenas em embargos ou que pode ser conhecida na própria execução?	149
10. Mudança de orientação no entendimento do Supremo	151
11. Direito intertemporal	154
12. Conclusão: o art. 741, parágrafo único, e a “coisa julgada inconstitucional”	155
13. Referências bibliográficas	158

SUMÁRIO

Capítulo VI

**A “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA: EXAME CRÍTICO
(EXPOSIÇÃO DE UM PONTO DE VISTA CONTRÁRIO) 163**

Gisele Santos Fernandes Góes

1. Resumo dos argumentos a favor da relativização	163
2. Treze argumentos contrários	165
2.1. Qual a natureza jurídica da coisa julgada no sistema processual?	165
2.2. Indagação da Filosofia do Direito: tensão entre segurança e justiça — qual deve prevalecer para o sistema?	166
2.3. A coisa julgada como delineamento do princípio da segurança jurídica é visualizada na óptica dos direitos humanos?	167
2.4. Como a doutrina mundial enfrenta o tema da coisa julgada?	168
2.5. Há coisa julgada relativa?	168
2.6. Como permanecem os efeitos/funções da coisa julgada perante a desconsideração da coisa julgada?	169
2.7. A relativização da coisa julgada é uma teoria moderna?	170
2.8. A base teórica dos defensores do “relativismo” é Eduardo Couture — ele sustentou a desconsideração da coisa julgada?	170
2.9. Os relativistas encontram apoio total na doutrina de Paulo Otero?	170
2.10. Como deve portar-se o juiz relativista?	171
2.11. A coisa julgada se dirige a quem?	172
2.12. Quais são os casos paradigmáticos da relativização?	172
2.13. Quais os meios processuais para o abrandamento da coisa julgada?	173
3. Conclusões	175
4. Bibliografia	176

Capítulo VII

**O TORMENTOSO PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA
SENTENÇA PASSADA EM JULGADO 179**

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria

1. Introdução	180
2. A coisa julgada inconstitucional: um convite à reflexão	181
3. O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo do ato inconstitucional	184
4. O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade	187
5. A intangibilidade da coisa julgada é um princípio constitucional?	189
6. A intangibilidade da coisa julgada e o princípio da constitucionalidade: noções que não se contrapõem	190
7. A doutrina brasileira recente	192
8. A coisa julgada que ofende diretamente os princípios constitucionais e os mecanismos de controle	193
9. O novo parágrafo único acrescentado ao art. 741 do CPC	196
10. A diferente situação da aplicação da lei inconstitucional e da recusa de aplicação da lei constitucional	198

11. A coisa julgada inconstitucional e o respeito aos atos praticados sob seu império: a eficácia <i>ex nunc</i> do reconhecimento da inconstitucionalidade	200
12. Resumo: casos de inconstitucionalidade	204
13. Opinião restritiva de Athos Gusmão Carneiro	207
14. As objeções de Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista da Silva	208
15. Acontecimentos relevantes em matéria de relativização da coisa julgada	211
16. Algumas conclusões	214
17. A posição recentemente adotada por Barbosa Moreira	217
18. Direito, dialética e maniqueísmo: uma última ponderação	222

Capítulo VIII

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL

José Carlos Barbosa Moreira

1. Observações terminológicas	225
2. Enquadramento dogmático da proposta: uma alternativa inafastável e os corolários da opção	227
3. A coisa julgada material como situação dotada de eficácia preclusiva	230
4. Significação do fenômeno do ponto de vista da política jurídica	232
5. A garantia constitucional da coisa julgada	234
6. A alegada existência de casos merecedores de tratamento diferenciado. Um critério inaceitável de identificação	235
7. O critério baseado na “impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença”	237
8. A “coisa julgada inconstitucional”	239
9. Um caso realmente dotado de características especiais	241
10. A questão dos meios processuais utilizáveis para a “relativização”	243
11. Prováveis conseqüências práticas da “relativização”	245
12. E o processo penal?	247
13. Considerações de <i>lege ferenda</i>	248

Capítulo IX

EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO *ERGA OMNES* DE CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO À COISA JULGADA ANTERIOR

Leonardo Greco

Capítulo X

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DOS ATOS JURISDICIONAIS (A QUESTÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL)

Luiz Guilherme Marinoni

1. Introdução	263
2. As bases da tese da “relativização” da coisa julgada material	264
3. A importância da coisa julgada material	265

SUMÁRIO

4. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material	267
5. A ação rescisória no caso de declaração de inconstitucionalidade	271
6. O laudo pericial que discrepa da realidade	275
7. O exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade	276
8. A desnecessidade de se aludir à regra da proporcionalidade	278
9. Conclusão	282
10. Bibliografia	283

Capítulo XI

A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 287

Nelson Nery Jr.

1. Coisa julgada. Conceito	288
2. Coisa julgada. Finalidade central do processo	289
3. Coisa julgada. Efeitos	289
4. Coisa julgada. Efeito substitutivo	290
5. Coisa julgada. Funções negativa e positiva. Atitudes do juiz	290
6. Coisa julgada. Requisitos	291
7. Proibição de rediscussão da lide. Intangibilidade da coisa julgada	291
8. Relativização (desconsideração) da coisa julgada	292
9. Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito	293
10. Validade e eficácia da sentença. Independência da sua justiça	294
11. Controle da constitucionalidade da sentença. Coisa julgada inconstitucional	294
12. Desconsideração da coisa julgada e Estado Democrático de Direito	295
13. Relativização da coisa julgada e nazismo	295
14. Segurança jurídica e coisa julgada	296
15. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça da sentença	297
16. Abrandamento legal (autorizado) da coisa julgada: ação rescisória, revisão criminal e coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	297
17. Princípio constitucional da proporcionalidade e coisa julgada. Ação rescisória. Exigência de previsão legal expressa e prévia	298
18. Ação rescisória. Ofensa a literal disposição de lei (CPC 485, V)	299
19. Coisa julgada inconstitucional e ação rescisória. Controle da constitucionalidade das decisões judiciais	299
20. Violação da Constituição Federal	300
21. Embargos do devedor na execução de sentença (CPC 741)	300
22. Princípio constitucional da proporcionalidade e coisa julgada. Revisão criminal. Exigência de previsão legal expressa e prévia	301
23. Coisa julgada e investigação de paternidade julgada improcedente	301
24. Investigação de paternidade, prova e eficácia preclusiva da coisa julgada	302
25. A coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	302

26. Coisa julgada e desapropriação. Ação rescisória	303
27. Desapropriação. Condenação em dinheiro	304
28. Coisa julgada e desapropriação. Justiça da sentença	304
29. Coisa julgada e processo fraudulento	305
30. Desapropriação e conluio	305
31. Intangibilidade da coisa julgada. Pressuposto processual negativo (CPC 267, V) ..	305
32. Responsabilidade da doutrina	306
33. Conclusão: a) estado do problema de <i>lege lata</i> e b) sugestão de <i>lege ferenda</i>	306

Capítulo XII

COISA JULGADA RELATIVA?	307
--------------------------------------	------------

Ovidio A. Baptista da Silva

Capítulo XIII

COISA JULGADA, EFEITOS DA SENTENÇA, “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL” E EMBARGOS À EXECUÇÃO DO ART. 741, PAR. ÚN.....	321
---	------------

Paulo Henrique dos Santos Lucon

1. Coisa julgada e seus aspectos relevantes	321
2. Conteúdo e estrutura da sentença	321
3. Momento próprio de produção da sentença	323
4. Mérito	324
5. Conteúdo, efeito e eficácia	325
6. Conteúdo declaratório	327
7. Conteúdo condenatório	327
8. Conteúdo declaratório e execução	329
9. Conteúdo constitutivo	331
10. Sentença executiva lato sensu?	334
11. Conteúdo mandamental	334
12. Imutabilidade do conteúdo da sentença	338
13. “Coisa julgada inconstitucional”	339
14. Embargos fundados em sentença inconstitucional (“coisa julgada inconstitucional”) (art. 741, par. ún.)	341
15. Conclusão sobre a sentença inconstitucional	345
16. Bibliografia	345

Capítulo XIV

CRÍTICA À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	351
--	------------

Sérgio Nojiri

1. Introdução	351
2. Conceito de coisa julgada	352
3. A coisa julgada como instrumento de realização do valor segurança	357
4. Coisa julgada inconstitucional: uma contradição nos próprios termos	357
5. O “poder” dos juízes	360



SUMÁRIO

6. O problema do regresso ao infinito	361
7. O problema da injustiça de uma decisão judicial	363
8. Conflito entre princípios constitucionais	366
9. A coisa julgada como dogma	367
10. Conclusão	368

Capítulo XV

INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS 371

Teori Albino Zavascki

1. O tema	371
2. As diversas posições doutrinárias a respeito	371
3. Exegese do preceito normativo: constitucionalidade e alcance	374
4. Especificidade das sentenças inconstitucionais sujeitas a rescisão por embargos ..	374
5. Pressuposto indispensável: a existência de precedente do STF	377
6. A questão do direito intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência	380
7. Aplicação subsidiária às ações executivas <i>lato sensu</i>	381
8. Suma conclusiva	382

Capítulo XVI

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA 385

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina

1. Observações gerais	385
2. Sobre a relativização da coisa julgada	386
3. Querela nullitatis e sentença fundada em norma declarada inconstitucional	387
4. Ação rescisória por violação a princípios jurídicos	389
5. Ação rescisória e sentença que julga ação de investigação de paternidade	393
6. Sentenças juridicamente inexistentes	398
7. <i>Querela nullitatis, actio nullitatis</i> e ação rescisória	404
8. Referência Bibliográfica	406





CAPÍTULO I

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

*Alexandre Freitas Câmara**

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. O dogma da coisa julgada — 3. A sentença inconstitucional transitada em julgado — 4. O dilema: relativizar ou não a coisa julgada? — 5. Mecanismos processuais para rediscutir a coisa julgada — 6. Propostas de *lege ferenda* — 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Tema que vem suscitando controvérsias na moderna doutrina do direito processual civil brasileiro é o da relativização da coisa julgada material. Vários autores já se pronunciaram sobre o tema, uns contra, outros a favor de tal relativização. O ponto, aliás, já chegou à jurisprudência, existindo já algumas decisões — inclusive do Superior Tribunal de Justiça — que admitiram que se rediscutisse matéria que já estava coberta pela autoridade de coisa julgada material. Esta exposição se propõe a apresentar algumas considerações sobre o ponto, analisando-se a matéria não só à luz do direito vigente, mas também apresentando propostas de *lege ferenda*.

Um ponto, porém, deve ficar claro desde logo: nesta exposição buscar-se-á pôr em confronto dois valores de grande importância para qualquer sistema processual, a segurança (representada pela coisa julgada material) e a justiça (que servirá de fundamento para as propostas de relativização da coisa julgada). Este confronto de valores, registre-se desde logo, não é de fácil solução. Afinal de contas, o processo é instrumento de acesso à justiça, mas não há justiça sem segurança jurídica. É o equilíbrio entre esses valores que permitirá a busca de uma solução adequada para este problema.

Consiste a exposição em analisar-se o *dogma* da coisa julgada (ou seja, o modo como a coisa julgada sempre foi vista: algo absolutamente intocável). Em seguida, examinar-se-á o problema das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, objeto principal das propostas de relativização. Examinados estes temas, poder-se-á passar ao trato do dilema: afinal, deve ou não ser relativizada a coisa julgada material? Ultrapassada esta questão, será preciso examinar quais são os mecanismos processuais existentes, no direito vigente, capazes de permitir que se suscite novamente a matéria já decidida por sentença alcançada pela autoridade de coisa julgada

* Advogado. Professor de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro) e dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis e das Faculdades de Direito de Vitória (ES) e de Campos (RJ). Presidente da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros.

nos casos em que se admita a relativização. Por fim, apresentar-se-ão propostas *de lege ferenda* para um mais adequado trato da matéria no direito objetivo. Traçados os rumos da exposição, a ela se pode, enfim, passar.

2. O DOGMA DA COISA JULGADA

Durante muitos séculos a coisa julgada material foi tida como algo absolutamente intocável. Um verdadeira dogma, insuscetível da qualquer discussão. Houve, na mais clássica doutrina, quem afirmasse textualmente que “a sentença que passa em julgado é havida por verdade”.¹ Também a doutrina clássica européia se manifestava neste sentido, como se pode ver na obra de Mattiolo: “a autoridade de coisa julgada se funda sobre o princípio *res iudicata pro veritate habetur*”.²

Chegou-se a dizer, com grande dose de exagero, que a coisa julgada seria capaz de transformar o preto em branco (*res iudicata nigrum albiūm facit*).³ Essas idéias, embora hoje completamente abandonadas, devem servir de ponto de partida para qualquer exposição sobre a autoridade de coisa julgada nos dias de hoje.

A coisa julgada era vista como um instrumento de pacificação social. Ainda que equivocada a sentença, a partir de um certo momento deveria ela ser considerada imutável e indiscutível, sob pena de se eternizar o conflito.⁴ Isto levou importante processualista italiano a afirmar que “em linha abstrata não se pode dizer que exista uma sentença injusta, e porque o sucumbente não a impugna, tal sentença passa em julgado e tem plena eficácia”.⁵ E isto se disse porque a injustiça da sentença era vista apenas como o motivo que levaria o sucumbente a recorrer e, por conseguinte, se ninguém interpusse recurso contra o pronunciamento judicial dever-se-ia considerá-lo justo. Do mesmo modo, esgotados os recursos, e transitando em julgado a sentença, esta visão do fenômeno levaria à negação da injustiça da sentença. Poder-se-ia mesmo dizer que, para os que tinham tal concepção da coisa julgada, o problema da sentença injusta seria um falso problema, pelo menos após a formação da autoridade de coisa julgada.

Mais modernamente tais idéias foram superadas. Isto não significou, porém, qualquer abrandamento da autoridade de coisa julgada. Afirmada a justificativa sócio-

1. RAMALHO, Joaquim Ignácio de. *Praxe brasileira*. São Paulo: Ypiranga, 1869. p. 349.

2. MATTIOLLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. v. V. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1905. p. 14.

3. Como se lê em obra clássica de direito processual civil, “é famoso o dístico de Scassia: ‘a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro’” (COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. bras. de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 329).

4. Lê-se em LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. bras. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 39, que o instituto da coisa julgada se justifica “por meio de considerações práticas e de utilidade social”.

5. COSTA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Turim: UTET, 1980. p. 379.

política de sua existência, a coisa julgada seria capaz de tornar imutável e indiscutível o que ficou decidido pela sentença (empregado o termo aqui *lato sensu*, englobando-se também os acórdãos) contra a qual não mais se admitisse qualquer recurso. E isto se confirma pelas definições de coisa julgada que podem ser encontradas em obras de autorizados processualistas modernos.

Assim, por exemplo, ensina Chiovenda que a coisa julgada é “a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes”.⁶ Já para Liebman, indubitavelmente o principal estudioso da matéria, a coisa julgada é “a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.⁷

Mesmo nas obras italianas mais recentes as definições encontradas não se afastam do que até aqui se apresentou. Veja-se, por exemplo, o que ensina Verde, para quem a coisa julgada é um “novo comando (aos futuros juízes e/ou às partes), concretização do comando contido na lei, acertamento”.⁸ Já para Monteleone “a incontestabilidade do acertamento jurisdicional é, precisamente, aquilo que se quer exprimir com o conceito de coisa julgada, *res iudicata*: quando o direito é declarado (*ius dicere*), as controvérsias e as contestações são anuladas, ficando estabelecido qual das pretensões em conflito é fundada e tem dignidade jurídica, ou seja, quem tem razão ou não”.⁹

Não se pense que as definições até aqui apresentadas sejam uma exclusividade italiana. Também em outras plagas a coisa julgada tem sido vista da mesma maneira. Na mais autorizada doutrina alemã também se define a coisa julgada material seguindo-se a mesma linha, como se pode ver na obra de Goldschmidt, para quem “a significação da força material de coisa julgada reside em seus efeitos de constatação, de tal modo que o juiz está ligado, em todo processo futuro que se promova, à decisão contida na sentença. Isto se expressa com a fórmula segundo a qual ‘o que se reconhece com força material de coisa julgada (firme), não pode controverter-se de novo (com êxito, entenda-se), e o que se desestima com força material de coisa julgada, não se pode voltar (com êxito) a fazer valer”.¹⁰ E, mais modernamente,

6. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. bras. de J. Guimarães Menegale. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 374.

7. LIEBMAN. *Eficácia...*, op. cit., p. 54.

8. VERDE, Giovanni. *Il nuovo processo di cognizione*. Nápoles: Jovene, 1995. p. 225.

9. MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. v. 2. Pádua: CEDAM, 1995. p. 201.

10. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. esp. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 387.

afirmou Lent que “a coisa julgada torna obrigatório para as partes o conteúdo da decisão, fazendo precluir para elas a possibilidade de obter sua modificação ou invalidação. E de todo inútil contestar depois o quanto tenha sido acertado o reconhecido na sentença, assim como afirmar o quanto tenha sido negado; os juízes dos sucessivos processos são vinculados pelo provimento precedente e não podem dele se afastar. A obrigatoriedade da decisão para as partes é, em suma, garantida por um vínculo que grava os processos futuros”.¹¹

Também entre os mais modernos processualistas latino-americanos as idéias até aqui apresentadas se difundiram. Assim, por exemplo, para Gozaíni, “a coisa julgada significa dar definitividade à sentença, impedindo que uma mesma situação seja mais uma vez provocada”.¹²

Na doutrina brasileira tem-se seguido a mesma linha de pensamento a respeito do conceito de coisa julgada. Para Moacyr Amaral Santos, por exemplo, “proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro degrau — coisa julgada formal); e, em consequência, tornam-se imutáveis os seus efeitos (segundo degrau — coisa julgada material)”.¹³ Já para José Frederico Marques “a coisa julgada é qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente”.¹⁴ E para Humberto Theodoro Júnior a coisa julgada é “qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”.¹⁵

Em obra recente, ensina Dinamarco que uma vez esgotadas as possibilidades de impugnação de uma sentença a mesma se torna estável, imune a ataques posteriores, implantando-se, assim, uma situação de segurança entre as partes. E conclui: “essa estabilidade e imunização, quando encarada em sentido amplo, chama-se *coisa julgada* e atinge, conforme o caso, somente a sentença como ato processual ou ela própria e também os seus efeitos”.¹⁶

Do quanto até aqui foi exposto, facilmente se verifica que a coisa julgada sempre foi vista como um imperativo de segurança, razão pela qual não poderia — salvo

11. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. ital. de Edoardo F. Ricci. Nápoles: Morano, 1962. p. 239.

12. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Teoría general del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 265.

13. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 43.

14. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 235.

15. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 475.

16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 296.

situações excepcionais, expressamente previstas em lei, e que no direito brasileiro correspondem às hipóteses de rescindibilidade — ser revisto o que ficou decidido em sentença firme. Sobre o ponto, merece referência ensinamento de Couture: “Certo é que na sistemática do direito a necessidade de certeza é imperiosa; toda a matéria do controle da sentença não é outra coisa, como procuramos demonstrar, senão uma luta entre as exigências da verdade e as exigências da certeza. Uma maneira de não existir do direito seria a de não se saber nunca em que consiste. Entretanto, a verdade é que, ainda assim, a necessidade de certeza deve ceder, em determinadas condições, ante a necessidade de que triunfe a verdade. A coisa julgada não é de razão natural. Antes, a razão natural pareceria aconselhar o contrário: que o escrúpulo de verdade fosse mais forte que o escrúpulo de certeza; e que sempre, em face de uma nova prova, ou de um fato novo fundamental e antes desconhecido, se pudesse percorrer de novo o caminho já andado, a fim de restabelecer o império da justiça”.¹⁷ E, mais adiante, conclui o príncipe dos processualistas latino-americanos: “A coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática”.¹⁸

A coisa julgada sempre foi, pois, vista como uma espécie de dogma incontestável. Uma vez esgotadas as possibilidades de impugnação da sentença, seu conteúdo se tornaria imutável e indiscutível, não como razão de justiça, mas como um imperativo político, destinado a estabilizar as relações jurídicas, conferindo-lhes segurança. Deste modo, ainda que o resultado do processo não correspondesse ao que seria correto conforme o direito, ou seja, ainda que fosse errada e injusta a sentença, seu conteúdo se tornaria imutável e indiscutível, impondo-se o resultado do processo coercitivamente, e se tornando impossível qualquer nova discussão a respeito do que já fora definitivamente julgado.

A questão que se põe diante da moderna teoria do direito processual é a reavaliação do instituto da coisa julgada. Afinal, até que ponto pode valer a pena considerar-se imutável e indiscutível uma sentença errada? Pois é precisamente este o ponto a ser enfrentado.

3. A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL TRANSITADA EM JULGADO

Entre os mais graves casos de sentenças erradas estão, indubitavelmente, aqueles em que o conteúdo da sentença ofende a Constituição da República. Isto porque, como notório, a inconstitucionalidade é o mais grave vício que pode acometer um ato jurídico. Por essa razão, a sentença inconstitucional transitada em julgado merecerá, aqui, tratamento separado.

17. COUTURE. *Fundamentos...*, op. cit., p. 329-330.

18. *Idem*, p. 332.

É preciso dizer, antes de tudo, que o tema da inconstitucionalidade das decisões judiciais ainda é de trato raro na doutrina.¹⁹ O tema, porém, vem chamando a atenção de eméritos juristas modernos,²⁰ assim como já chamara a atenção de juristas mais antigos.²¹

Historicamente se construíram sistemas de controle da constitucionalidade de leis e outros atos normativos. É inegável, porém, que uma decisão judicial pode contrariar um comando constitucional.²²

À guisa de exemplos, valho-me aqui de alguns dos apresentados por José Augusto Delgado. São, pois, inconstitucionais as seguintes sentenças:

- a) a sentença expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;
- b) a ofensiva à soberania estatal;
- c) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;
- d) a provocadora de anulação de valores sociais e da livre iniciativa;
- e) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
- f) a que obrigue alguém a fazer ou deixar de fazer algo de forma contrária à lei;
- g) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;

19. A observação é de Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 9.

20. No Brasil se destaca obra coletiva coordenada por Carlos Valder do Nascimento, *Coisa julgada inconstitucional*. América Jurídica, 2002, com trabalhos do coordenador e de Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. Na doutrina estrangeira, sem sombra de dúvida, merece destaque a obra de OTERO. *Ensaio...*, op. cit.

21. COUTURE, Eduardo Juan. Revocación de los actos procesales fraudulentos. In: COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*. t. III. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 388-389. Narra Couture, nessa passagem, o caso de um proprietário rural, de sólida fortuna, que teve um filho como fruto de suas relações íntimas com uma pessoa que se encontrava a seu serviço. Buscando fazer desaparecer as conseqüências jurídicas e econômicas desse fato, conseguiu que a mãe do menor outorgasse mandato a uma pessoa de sua confiança, que aceitou a incumbência de promover a investigação de paternidade. Proposta a demanda, porém, o mandatário não produziu qualquer prova, o que levou a que se julgasse improcedente o pedido. Muitos anos depois, tendo o filho chegado à maioridade, promoveu ele nova demanda de investigação de paternidade, tendo o pai oposto objeção de coisa julgada. Alegou o autor, por sua vez, que a coisa julgada não poderia prevalecer diante da fraude processual. A decisão judicial rechaçou a alegação de coisa julgada, tendo sido definida por Couture como “um modelo de sagacidade na análise da prova”. Interposto recurso, celebrou-se posteriormente uma transação e, nas palavras de Couture, “o assunto perdeu todo o interesse técnico”. Se, por um lado, a transação resolveu o caso concreto, por outro fica o lamento por não se ter permitido ao tribunal *ad quem* manifestar-se sobre o ponto.

22. OTERO. *Ensaio...*, op. cit., p. 9. O jurista português ensina, em outra passagem de sua obra, que “um problema central do controle da validade dos actos jurisdicionais com a Constituição. O problema ganha tanto mais significado quanto assistimos a uma progressiva evolução no sentido de atribuir um maior número de tarefas aos juízes, configurando os tribunais como guardiões da constitucionalidade e da legalidade da actividade de todos os restantes poderes públicos” (op. cit., p. 32).

- h) a que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação;
- i) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos;
- j) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem da pessoa;
- k) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência;
- l) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado;
- m) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou de acordo coletivo;
- n) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador;
- o) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na Constituição da República;
- p) a que proíba a União de executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária;
- q) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na Constituição da República e nas leis específicas;
- r) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;
- s) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício;
- t) a que, no trato de indenização da propriedade pelo poder público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização.²³

Em todos esses casos, e em muitos outros, a decisão judicial estaria violando a Constituição da República, o que é absolutamente inaceitável. A mera possibilidade de que decisões que afrontam a Constituição sejam proferidas torna necessária a existência, no sistema processual, de um mecanismo de controle de constitucionalidade de tais decisões.

Tal sistema é composto, precipuamente, pelo recurso extraordinário (notadamente o fundado na alínea *a* do art. 102, III, da Constituição da República). Cabível que seja tal recurso, poderá o mesmo ser interposto, o que permitirá ao Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função precípua de guarda da Constituição, controlar a constitucionalidade de decisões proferidas em única ou última instância por outros órgãos jurisdicionais, corrigindo-as quando eivadas do mais grave dos vícios.

23. Estes e outros exemplos podem ser encontrados em DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO (Coord.). *Coisa...*, op. cit., p. 101-103.

Surge o problema, porém, quando a sentença que ofende a Constituição da República transita em julgado. Será a coisa julgada, com sua eficácia sanatória geral, capaz de sanar a inconstitucionalidade contida na sentença?

Merece registro, em primeiro lugar, a afirmação de José Augusto Delgado, para quem as sentenças que ofendem a Constituição “nunca terão força de coisa julgada” e poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas “no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça”.²⁴

Assim, porém, e *data venia*, não me parece. A sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade de coisa julgada. Preclusa a faculdade de interpor recurso contra tal sentença, terá a mesma alcançado a *auctoritas rei iudicatae*. E, sendo de mérito a sentença, alcançadas serão a coisa julgada formal e a material.

A questão posta à consideração dos juristas, a meu sentir, não é a de saber se a sentença inconstitucional transita ou não em julgado, mas a de saber se uma vez transitada ela em julgado poderá seu conteúdo ser revisto em processo posterior. Eis aí, pois, o dilema: relativizar ou não a coisa julgada?

4. O DILEMA: RELATIVIZAR OU NÃO A COISA JULGADA?

Diante dos problemas práticos que podem ser gerados por sentenças injustas ou contrárias ao ordenamento jurídico que tenham alcançado a autoridade de coisa julgada, surge, então, o dilema: deve-se admitir ou não a relativização da coisa julgada? Argumentos de peso há, registre-se, em ambos os sentidos, não sendo possível a qualquer processualista nos dias de hoje permanecer indiferente ao tema.

Sobre o ponto, merece ser examinada, em primeiro lugar, a tese sustentada pelo emérito professor Leonardo Greco.²⁵ Afirmo o preclaro professor titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro que “para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído entre nós a partir da Constituição de 1988, considero necessário assentar uma segunda premissa,²⁶ ou seja, se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça

24. DELGADO. “Efeitos...”, op. cit., p. 103.

25. GRECO, Leonardo. Efeitos da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto167.htm>>, consultado em 20/10/2003, de onde são extraídos todos os trechos citados adiante no texto.

26. Anteriormente apresentara Greco uma primeira premissa: a da fragilidade da coisa julgada no direito brasileiro, sujeita a ataque, por meio da “ação rescisória”, em tantos casos que não se pode encontrar, no direito comparado, nenhum ordenamento que se aproxime do sistema aqui vigente a respeito do ponto.

ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou, se ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infraconstitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais”. Pois a respeito dessa questão afirma Greco que “a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica”.

Afirma Leonardo Greco que “a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”. Ao exercer a função jurisdicional, atuando a vontade da lei, o Estado revela e impõe às partes “a norma que licitamente eles devem respeitar como representativa da vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travadas e produzidos sob a égide da sua própria decisão”.

Por conta disso, afirma Greco que a coisa julgada é “uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica”. Cita o renomado autor decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos nos casos *Brumarescu v. Romênia* (julgado em 28/10/1999); *Pullar v. Reino Unido* (julgado em 10/6/1996); *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopolou v. Grécia* (julgado em 14/12/1999) e *Antonetto v. Itália* (julgado em 20/7/2000), todas no sentido de que “a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional”.

Reconhece, porém, Greco, que a segurança jurídica não é um valor absoluto, razão pela qual afirma que à coisa julgada se sobrepõem a vida e a liberdade do ser humano e, por tal razão, a declaração de inconstitucionalidade deve determinar a anulação de qualquer condenação criminal anterior com base na lei tida como inválida.

Afirma, em seguida, Leonardo Greco que nos processos de controle direto da constitucionalidade não há coisa julgada *erga omnes*. Para ele, “a força vinculante que decorre do controle concentrado corresponde à eficácia do precedente da *common law*, não tendo autoridade, por si mesma, para sobrepor-se ao ato de vontade do Estado que no julgamento do caso concreto atribuiu o bem disputado a este ou àquele litigante”. Não haveria, pois, coisa julgada posterior a desfazer coisa julgada anterior, “mas dois atos de vontade do Estado com as respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos”.

Como última premissa de seu pensamento, afirma Greco que “o controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais”, razão pela qual “das

decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle”.

A partir das premissas anteriormente estabelecidas, ensina Leonardo Greco que “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional”. Sendo a segurança jurídica um direito fundamental, leciona Greco, atua ela como limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único remédio processual cabível para essa invalidação, segundo o notável processualista, seria a “ação rescisória”, se ainda subsistir o prazo para exercício do direito à rescisão. Greco termina sua exposição afirmando que, “em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”.

Vê-se, assim, que para Leonardo Greco é inadmissível a relativização da coisa julgada, por ser esta uma garantia fundamental, decorrente da garantia de segurança jurídica estabelecida pelo art. 5º da Constituição da República. E Greco não é o único a se manifestar contrariamente à relativização da coisa julgada.

Também se pronunciou sobre o tema o professor gaúcho Sérgio Gilberto Porto. Para este há de se reconhecer a existência de uma tendência doutrinária e jurisprudencial à relativização da coisa julgada, afirmando que para os integrantes de tal tendência seria possível, em certas situações excepcionais, admitir que a coisa julgada seja afastada sem necessidade de prévia rescisão do julgado. Manifesta-se, então, o jurista gaúcho contrário a tal entendimento, sustentando, antes de tudo, a natureza constitucional da garantia da coisa julgada.²⁷ Depois de examinar a tese da relativização, afirma Porto que, “*maxima venia* do entendimento adotado que passou a admitir a relativização da coisa julgada por nova decisão jurisdicional, sem que prévia e necessariamente tenha sido invalidada a sentença anterior trânsita em julgado, deste ousamos divergir, não no que diz respeito ao conteúdo substancial de tais pronunciamentos, mas na forma por eles propostas, eis que, no sistema brasileiro, longe de dúvida, é possível — sim! — rever a decisão trânsita em julgado, ou seja, superá-la. Todavia, em face de seus naturais efeitos negativos, não pode e não deve o novo juízo tentar mitigá-la simplesmente desconhecendo o *accertamento* (julgamento) anterior, vez que, sob o ponto de vista jurídico, indis-

27. PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 22, p. 5, 2003.

pensável a prévia e necessária invalidação deste e tão-somente após poderá haver rejugamento da relação anteriormente normada”.²⁸

Propõe, assim, o professor da PUC gaúcha que haja uma modificação do regime da “ação rescisória”, a fim de que se admita, em certas hipóteses excepcionais, que a rescisão se dê em prazo maior ou até mesmo sem que o direito à rescisão fique sujeito a qualquer prazo. São palavras do ilustre jurista: “Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de AR e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando, por derradeiro, que no plano criminal a revisão — irmã siamesa da rescisória — não goza desta limitação, em face da natureza relevante do direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável”.²⁹ E conclui: “Desta forma, a ampliação das hipóteses de cabimento de demanda de cunho rescisório, a dilação do prazo decadencial para interposição destas e a supressão deste para hipóteses excepcionalíssimas, vez que portadoras de vícios inconvalidáveis, parece ser uma bem temperada fórmula de pacificação jurídica. Portanto, *maxima venia*, o desafio não é — simplesmente — relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, em verdadeiro desprestígio aos óbvios motivos que ensejaram sua criação, mas sim prestigiá-la, com um sistema, dentro da ordem jurídica, compatível com a realidade deste início de século”.³⁰

Entendimento análogo é sustentado por José Maria Rosa Tesheiner, outro notável processualista gaúcho.³¹ Para o mestre, tem-se observado forte tendência, no Brasil, no sentido de mitigar ou relativizar a coisa julgada. Chega mesmo Tesheiner a falar em uma tendência, “bem moderna, de desdenhar, senão de eliminar, o instituto da coisa julgada”. Sustenta o autor, então, que o melhor seria, para os casos — relativamente raros — de sentenças “objetivamente desarrazoadas”, abrir-se a possibilidade de sua rescisão a qualquer tempo. E conclui: “O que absolutamente não pode prevalecer é a idéia de que possa qualquer juiz ou tribunal desrespeitar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou erronia”.

Do que até aqui se expôs já se pode notar a existência de duas tendências na moderna doutrina: a que nega a possibilidade de relativização da coisa julgada (Leonardo Greco) e a que afirma a necessidade de se permitir a rescisão, a qualquer tempo, de sentenças transitadas em julgado que sejam “objetivamente desarrazoadas” (Sérgio Gilberto Porto e José Maria Rosa Tesheiner). Nenhuma dessas tendências, porém, tem

28. Idem, p. 11.

29. Idem, p. 12.

30. Idem, p. 13.

31. TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm>>. Acesso em: 21/10/2003.

se revelado dominante. Predomina, mais modernamente, a tendência doutrinária a permitir a relativização da coisa julgada independentemente de prévia desconstituição da sentença firme, em casos excepcionais. É dessa tendência que se passa a tratar.

Merece relevo, em primeiro lugar, dentre o que se tem apresentado na doutrina a respeito desta tendência, o sustentado por Cândido Rangel Dinamarco. Firme no entendimento segundo o qual a coisa julgada material seria a imutabilidade *dos efeitos* da sentença, assim entendidas as conseqüências produzidas por uma sentença fora do processo, atingindo a vida das pessoas (o que, segundo ele, faz com que as sentenças terminativas não alcancem a coisa julgada material, mas só a formal), sustenta o ilustre processualista de São Paulo que há sentenças que só aparentemente produzem efeitos, pois estes são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional. Haveria aí, pois, uma impossibilidade jurídica de que tais efeitos se produzissem, o que impediria a formação da coisa julgada material.³² Diz, então, o professor das Arcadas; “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 condição de impor-se”.³³

Ainda na mesma linha, manifestam-se Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, assinalando que “a coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?”³⁴ Sustentam os ilustres juristas mineiros que a coisa julgada não é uma garantia constitucional, limitando-se a Lei Maior a estabelecer que a *res iudicata* estaria protegida contra e lei nova, que não poderia retroagir.³⁵ E, a seguir, lecionam os respeitadas juristas: “Uma decisão que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para valer, isto é, falta-lhe

32. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada. In: NASCIMENTO (Coord.). *Coisa...*, op. cit., p. 58-59.

33. Idem, p. 59.

34. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO (Coord.). *Coisa...*, op. cit., p. 133.

35. Idem, pp. 139-140.

aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado”. E prosseguem: “Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo”.³⁶

Afirmam os citados juristas mineiros que “em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada”.³⁷ Sendo assim, a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado poderia ser reconhecida por qualquer juízo ou tribunal, até mesmo de ofício, a qualquer tempo.

Esta tendência à relativização da coisa julgada, como dito anteriormente, é a que vem prevalecendo na doutrina mais recente, inclusive com reflexos na jurisprudência (como se pode ver, por exemplo, pelo acórdão proferido pelo STJ no recurso especial nº 226.436/PR, de que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde se afirma expressamente a mitigação da coisa julgada).³⁸

Vê-se, do quanto até aqui se expôs que o dilema a que venho me referindo existe e está posto diante da doutrina e da jurisprudência. Afinal, deve-se ou não relativizar a coisa julgada?

A meu juízo, a relativização se impõe. E passo a apresentar as razões que me levam a adotar tal entendimento.

Em primeiro lugar, devo dizer que não tenho a menor dúvida em afirmar que a coisa julgada é uma garantia constitucional e, ainda mais do que isso, um direito fundamental. E chego a essa conclusão não só em razão do fato de ser a coisa julgada um corolário da garantia constitucional da segurança jurídica, estabelecida pelo *caput* do art. 5º da Lei Maior, mas também em razão do disposto no inciso XXXVI do mesmo artigo constitucional.

Este dispositivo não tem, a meu sentir, o alcance limitado que a ele se vem atribuindo. Ao afirmar a Constituição que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, não se está apenas assegurando o princípio da irretroatividade das leis. Sustentar isto implica, a meu ver, ler a Constituição à luz da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo art. 6º estabelece que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a

36. Idem, p. 148.

37. Idem, p. 154.

38. Da ementa do aludido acórdão pode-se extrair o seguinte trecho, atinente ao tema *sub examine*: “A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’”.

coisa julgada”. Ora, não se deve ler a Constituição à luz da norma infraconstitucional, mas exatamente o contrário!

O texto da Lei de Introdução ao Código Civil conduz, à toda evidência, uma norma destinada a assegurar o princípio da irretroatividade das leis. A Constituição da República, contudo, vai muito além disso, e estabelece que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada estão protegidos contra leis que se destinem a prejudicá-los. Ora, nada há que permita considerar que a retroatividade seja a *única* forma de se prejudicar tais institutos. É claro que a lei retroativa será inconstitucional sempre que prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Será, porém, inconstitucional qualquer lei que prejudique aqueles institutos jurídicos, ainda que sem retroagir. Basta pensar, por exemplo, na Lei nº 9.494/97, que estabeleceu limites territoriais para a coisa julgada formada em processo de “ação civil pública”, enfraquecendo o alcance da autoridade de coisa julgada. Tal lei, por prejudicar a coisa julgada, é inconstitucional, ainda que não tenha efeitos retroativos.

A coisa julgada é, pois, garantia constitucional. Isto, porém, não implica afirmar que a mesma seja absoluta. Nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização. E esta relativização, frise-se, pode ser inferida do sistema ou imposta até mesmo por norma infraconstitucional. Em primeiro lugar, infere-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de relativização de garantias constitucionais como decorrência da aplicação do princípio da razoabilidade, o qual é consagrado na Constituição através do seu art. 5º, LIV, que trata do devido processo legal. Assim é que diante de um conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através da ponderação dos interesses em disputa.

Em segundo lugar, a norma infraconstitucional pode, por sua própria conta, ponderar tais interesses e estabelecer o modo como essa relativização se dará. É o que acontece, por exemplo, com a relativização do direito, constitucionalmente assegurado, à herança, que é limitado pelas normas infraconstitucionais que tratam da indignidade.

É, pois, possível relativizar a garantia constitucional da coisa julgada.³⁹ A questão fundamental, no entanto, é saber quando isto poderá ocorrer.

Diga-se, antes de tudo, que não se pode admitir a relativização diante da mera alegação de injustiça da sentença. Pronunciando-se sobre o ponto, manifestou-se um dos mais autorizados processualistas alemães contemporâneos, afirmando que “a intangibilidade da declaração transitada em julgado não pode ser aplicada sem exceções. Questiona-se sob que pressupostos pode ser admitida a ofensa do caso

39. Registre-se, aliás, com Norberto Bobbio, citado por Leonardo Greco (*Eficácia...*, op. cit.), que no Direito há (ou, pelo menos, deve haver) apenas duas garantias absolutas: o direito de não ser torturado e o direito de não ser escravizado.

julgado. Não é permitida a revogação ou alteração da sentença por simples incorrecção. Senão, bastaria a simples afirmação da incorrecção para impugnar qualquer sentença com trânsito em julgado e, assim, poderia repetir-se, novamente, qualquer processo findo. A parte vencedora no processo (anterior) seria forçada a discutir sempre de novo com a parte contrária e apenas seriam decisivos a obstinação e o poder financeiro, quando a calma chegasse. Desse modo, o caso julgado perderia o seu significado. É mais suportável que uma sentença incorrecta exista e deva aceitar-se, que qualquer sentença possa ser impugnada a todo o momento. Assim, o caso julgado garante que, mesmo no caso concreto, domine a segurança jurídica e desse modo um elemento essencial do Estado de direito e isto significa que um princípio constitucional do GG é realizado”.⁴⁰

Significa isto dizer que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada.

Por tal razão, entendo que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido por sentença transitada em julgado. Dito de outra maneira, apenas no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado será possível relativizar-se a coisa julgada.

Isto se dá porque, como já foi dito anteriormente, a inconstitucionalidade é o mais grave vício de que pode padecer um ato jurídico, não sendo possível aceitar a idéia de que o trânsito em julgado de uma sentença que contraria a Constituição seja capaz de sanar tal vício que é, à toda evidência, insanável.

Pense-se, por exemplo, em uma sentença que tenha determinado o pagamento de indenização por desapropriação em valor excessivo, muito superior ao justo (o que decorre, às vezes, até mesmo de conluio entre o interessado e o procurador da Fazenda Pública expropriante, como vez por outra se descobre através do noticiário apresentado pelos meios de comunicação social). Não se admitir a relativização da coisa julgada em um caso como este implica aceitar que alguém receba indenização que não é justa, o que contraria o disposto nos arts. 182, § 3º e 184, ambos da Constituição da República.

O mesmo se dá no caso da “investigação de paternidade” julgada quando ainda não era possível a realização da perícia conhecida como exame de ADN (ácido

40. JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. port. de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 335-336. Anote-se que a abreviatura GG, contida no texto citado, significa *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, ou seja, a Lei Fundamental (Constituição Política) da República Federal Alemã, de 23-5-1949.

desoxirribonucléico). A possibilidade de verificação, com um grau que se aproxima muito da certeza absoluta (ainda que, indubitavelmente, não haja — ressalvado apenas o caso da matemática e de seus teoremas — verdades científicas absolutas), da “paternidade” não pode ser afastada em razão de ter transitado em julgado sentença afirmando ou negando a paternidade sem que tal exame pudesse ter sido realizado. Estabelecer que alguém é “pai” quando isto não corresponde a verdade, ou vice-versa, contraria o mais relevante dos valores constitucionais, o da dignidade humana, sendo inegável que todos têm o direito, decorrente deste valor constitucional, de saber ao certo quem é ou não seu ascendente (ou descendente) biológico.⁴¹

É, pois, possível relativizar a coisa julgada, afastando-a, sempre que o conteúdo da sentença firme contrariar norma constitucional. Deste modo, não havendo qualquer fundamento constitucional para impugnação da sentença transitada em julgado, será impossível relativizar-se a coisa julgada material, podendo esta ser afastada apenas nos casos previstos em lei como geradores de rescindibilidade (art. 485 do Código de Processo Civil), no prazo e pela forma legais.

Resta, pois, verificar quais são os mecanismos processuais capazes de permitir que se reabra a discussão sobre o que ficou coberto pela autoridade de coisa julgada apesar da violação da Constituição.

5. MECANISMOS PROCESSUAIS PARA REDISCUTIR A COISA JULGADA

O primeiro meio adequado para que se suscite a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado é, indubitavelmente, a “ação rescisória”. Esta poderá ser ajuizada com fundamento no disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, que permite a rescisão de sentenças transitadas em julgado que violem “literal disposição de lei”.

É sabido que este dispositivo não pode ser interpretado literalmente, sendo certo que a rescindibilidade existirá sempre que a sentença transitada em julgado “violou direito em tese”.⁴² Assim sendo, será possível rescindir-se a sentença inconstitucional transitada em julgado, proferindo-se em seguida um novo julgamento da causa.

41. Permito-me, aqui, uma observação paralela ao tema da exposição. Falo em ascendência biológica no lugar de paternidade (e ponho, no texto, as palavras *paternidade* e *pai* entre aspas) por estar absolutamente convencido de que paternidade é uma relação decorrente do amor, e não da biologia. Aquele que fornece o material genético para a concepção é ascendente biológico mas não é, necessariamente, pai. A sabedoria popular sempre afirmou que “pai é quem cria”. Registro o fato não só por convicção pessoal, mas como manifestação de meu amor por meu filho Rodrigo, de quem me sinto pai não por causa de um espermatozóide, mas em razão do imenso amor que sinto por ele, e que sei que ele sente por mim.

42. Sobre o ponto, seja-me permitido fazer remissão, inclusive para outras indicações bibliográficas, ao que escrevi alhures: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 17.

A “ação rescisória”, porém, é um remédio processual cuja utilização é limitada no tempo. Como notório, o art. 495 do CPC fixa um prazo bienal, de natureza decadencial, para o exercício do direito à rescisão das sentenças transitadas em julgado, tendo tal prazo por termo *a quo* o momento exato da formação da coisa julgada.

É preciso, assim, verificar se outros mecanismos processuais existem que tornem possível rediscutir-se o conteúdo de sentença inconstitucional transitada em julgado.

Outro mecanismo processual logo se revela adequado, em razão de expressa previsão de sua utilização para tal fim. Refiro-me aos embargos do executado, na forma do disposto no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil.

Aludido parágrafo, acrescentado ao texto do Código pela Medida Provisória nº 2.180-35,⁴³ tem a seguinte redação: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo (que, registre-se, permite a alegação em sede de embargos do executado opostos incidentalmente a um processo de execução de sentença, de inexigibilidade da obrigação representada pelo título executivo), considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

O dispositivo a que se acaba de fazer referência, registre-se, tem sido alvo de divergências no que concerne à sua compatibilidade com a Constituição da República, uma vez que permite a relativização da coisa julgada, o que é inaceitável para alguns juristas.⁴⁴ Trata-se, porém, de dispositivo que — não obstante a ele se possa opor resistência em razão da sua ilegitimidade decorrente do modo como foi inserido no ordenamento processual brasileiro, já que as medidas provisórias, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, não eram adequadas para veicular normas processuais — conta com apoio de autorizada doutrina. Basta ver, por exemplo, que seu conteúdo já era sustentado antes mesmo de tal dispositivo ser incorporado ao CPC por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, como se pode ver no seguinte excerto da obra dos ilustres juristas: “Esse mecanismo de controle pode ser utilizado também no direito brasileiro, porque nas execuções de sentença o art. 741, II, do CPC admite embargos para argüir a ‘inexigibilidade do título’, e sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como ‘título exigível’ para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, *ipso facto*, de exigibilidade”. E, adiante, afirmam os professores mineiros: “Após a publicação das idéias esposadas no item supra e diversos debates em Seminários, foi, recente-

43. Trata-se de medida provisória que estava em vigor no momento do início da vigência da Emenda Constitucional nº 32/2001, razão pela qual a mesma se tornou uma “medida provisória permanente”, por mais paradoxal que isso possa parecer.

44. Afirma a inconstitucionalidade do dispositivo, por exemplo, GRECO. *Eficácia...*, op. cit.

mente, editada a Medida Provisória nº 2.180/2001, que tornou regra expressa as sugestões indicadas no item anterior”⁴⁵.

O disposto no aludido parágrafo único do art. 741 nada mais é do que decorrência do alcance *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos de controle direto da constitucionalidade.⁴⁶ Não se aceitar o afastamento da coisa julgada em casos como os a que alude o parágrafo único do art. 741 do CPC implicaria restringir ilegitimamente o alcance das decisões da Corte Suprema. Basta imaginar o seguinte exemplo: alguém é condenado a pagar certa quantia em dinheiro, tendo a sentença por fundamento o disposto em certa lei. Transitada em julgado esta sentença condenatória, vem o Supremo Tribunal Federal, em processo de controle direto da constitucionalidade, a declarar a inconstitucionalidade daquela mesma lei. Conseqüência disso é que ninguém terá de pagar a verba a que a mesma se refere. A não-relativização da coisa julgada formada naquele primeiro processo faria com que todos ficassem livres da obrigação, menos o que ali ficou vencido. Dito de outro modo, a decisão do STF teria alcance que não seria, a rigor, *erga omnes*, pois alcançaria a toda a sociedade menos ao vencido naquele primeiro processo, que seria a única pessoa a ter de cumprir a obrigação decorrente de lei declarada inconstitucional. Ora, se a decisão do STF é oponível contra todos, também aquele que fora condenado com base na lei inconstitucional fica livre da obrigação, razão pela qual seu pagamento não pode ser exigido. E os embargos do executado se apresentam como meio processual adequado para a alegação de tal inexigibilidade.

Registre-se, ainda, o fato de que — por ser a matéria de ordem pública — poderá tal alegação ser feita independentemente do oferecimento dos embargos, através da “exceção de pré-executividade”.

É certo, porém, que tanto os embargos do executado como a “exceção de pré-executividade” só poderão ser usados quando a sentença inconstitucional transitada em julgado tiver natureza condenatória. Além disso, sua utilização pressupõe a inércia do executado, que pode optar por se adiantar ao exequente e, antes mesmo do ajuizamento da execução, querer tomar as medidas judiciais cabíveis para ver reconhecida a inconstitucionalidade do conteúdo da sentença transitada em julgado.

Para tais hipóteses, poderá o vencido no processo em que se proferiu a sentença inconstitucional já transitada em julgado valer-se da *querela nullitatis*.⁴⁷ Esta é, ape-

45 THEODORO JR.; FARIA. *A coisa julgada...*, op. cit., p. 154.

46 Sobre este alcance, e seus precisos limites, seja-me consentido referir o que escrevi em outra sede: CÂMARA, Alexandre Freitas. *A coisa julgada no controle direto da constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. *passim*.

47 Sobre a *querela nullitatis* ainda não se produziu, no Brasil, trabalho que supere a excelência do ensaio de Adroaldo Furtado Fabrício, Réu revel não citado, ‘querela nullitatis’ e ação rescisória. *Revista de processo*, São Paulo, v. 48, p. 27 e ss., 1987. Merece registro, também, a monografia de Alexander dos Santos Macedo, *Da querela nullitatis — sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

sar do nome — que pode induzir ao erro — uma demanda de declaração de ineficácia da sentença transitada em julgado.

Como sabido, a coisa julgada possui eficácia sanatória geral, o que significa dizer que uma vez transitada em julgado a sentença convalida todas as invalidades eventualmente existentes no processo. Desaparecidas as invalidades, porém, pode sobreviver a ineficácia (como se dá, por exemplo, no caso se ter sido proferida a sentença de mérito sem que fossem citados todos os litisconsortes necessários, na forma do que dispõe o art. 47 do CPC). E essa ineficácia poderá ser reconhecida através do ajuizamento de demanda visando à sua declaração. É a *querela nullitatis*, instituto originário do direito romano e que sobrevive no direito moderno.⁴⁸

É de se verificar, porém, que em todos os mecanismos processuais até aqui apresentados a questão da inconstitucionalidade da sentença se apresentará como questão principal do processo a ser instaurado. Assim, por exemplo, ajuizada a *querela nullitatis* a questão principal a ser resolvida será, precisamente, a da inconstitucionalidade da sentença anteriormente proferida e transitada em julgado. Conforme a resolução dada a essa questão será procedente ou improcedente o pedido formulado pelo demandante.

Nada impede, porém, que a questão da inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado seja suscitada como questão prévia, a ser resolvida *incidenter tantum*. Pense-se, por exemplo, no caso da “ação de investigação de paternidade” julgada sem realização do exame de ADN. Transitada em julgado a sentença declaratória da “paternidade”, nada impede que, posteriormente, aquele que foi declarado “pai” vá a juízo propor demanda negatória de paternidade, pedindo para que se declare que ele não é o pai do seu suposto filho. Neste caso, a questão da inconstitucionalidade da sentença anterior será apreciada como questão prévia ao mérito.⁴⁹

Sintetizando: a ineficácia da sentença inconstitucional transitada em julgado poderá ser reconhecida por qualquer meio idôneo, ou seja, por qualquer meio capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou como questão prévia.

48. Sobre o ponto, não se pode deixar de lembrar o clássico ensaio de Piero Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*. In: CALAMANDREI. *Opere giuridiche*. v. VIII. Nápoles: Morano, 1979. p. 515 e ss.. Ensina o inolvidável mestre florentino, em lição aplicável ao direito brasileiro, que “também a verdadeira querela de nulidade, não como adaptação à sentença absolutamente nula da genérica ação declaratória de nulidade (*actio nullitatis*), mas como específico meio processual para impugnar diante do juízo superior a sentença anulável (*querela nullitatis* do direito comum) sobrevive *in re*, senão *in nomine*, no nosso direito (op. cit., p. 519).

49. Registre-se que isto já vem sendo aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver pelo acórdão proferido no REsp nº 226.436/PR, anteriormente referido. Confira-se, pois, a nota de rodapé nº 37, *supra*, e o texto que lhe corresponde.

6. PROPOSTAS DE LEGE FERENDA

Do quanto se disse até aqui, torna-se possível afirmar que diante de eventual conflito entre a segurança representada pela coisa julgada e a justiça representada pelo respeito à Constituição, esta última deve prevalecer. Isto, aliás, nada mais é do que aplicação da sábia advertência de Couture: “O direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça”.⁵⁰

Há, porém, um problema que não pode deixar de ser enfrentado: o da instabilidade que a relativização da coisa julgada pode gerar. O ordenamento jurídico vigente, como demonstrado, permite a relativização da coisa julgada por diversos mecanismos, entre os quais alguns que permitirão que uma decisão judicial inconstitucional proferida por um órgão superior seja desconsiderada por órgão inferior. Isto pode gerar uma insegurança prejudicial à pacificação social que é, afinal de contas, o escopo maior da jurisdição. Por isso é que se deve buscar um aperfeiçoamento do sistema, o que leva à apresentação, que passo a fazer, de uma proposta, *de lege ferenda*, para o aperfeiçoamento do sistema.

A meu sentir, deve-se acrescentar um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil. Através deste novo dispositivo estabelecer-se-ia que a sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional.

Não bastaria, porém, acrescentar este novo inciso ao art. 485 do CPC, mesmo porque a rigor tal dispositivo, sozinho, em nada inovaria, uma vez que — conforme já se viu — a rescisão da sentença inconstitucional já é possível com base no disposto no inciso V daquele artigo. A criação do novo inciso só se justificaria se este fosse a “pedra fundamental” de um novo regime, que para se completar dependeria de outras regras.

Assim é que, criado o novo inciso a que me referi, seria preciso acrescentar-se, em seguida, um novo parágrafo ao mesmo art. 485 do CPC. Tal parágrafo estabeleceria que “a sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste Capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver o risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória”. Deste modo, a “ação rescisória” passaria a ser o único meio adequado para a desconstituição da sentença transitada em julgado que ofende a Constituição da República.

50. COUTURE, Eduardo Juan. *Os mandamentos do advogado*. Trad. bras. de Ovídio Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 40.

Com este modelo que ora se propõe, estar-se-ia alcançando, a meu ver, um ponto de equilíbrio entre os dois valores que entram em conflito diante da sentença inconstitucional transitada em julgado, a segurança e a justiça. Afinal, a se adotar este modelo, a coisa julgada prevaleceria até o julgamento da “ação rescisória”, permitindo a suspensão liminar da eficácia da sentença nos casos em que estivessem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Para completar o sistema, porém, seria necessário acrescentar-se um parágrafo ao art. 495 do CPC, o qual estabelecería que “sendo a ‘ação rescisória’ fundada em violação de norma constitucional o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo”.

Conseqüência inexorável da adoção do modelo aqui proposto seria a revogação do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que se tornaria incompatível com as novas regras adotadas.

A grande vantagem do modelo que ora se propõe *de lege ferenda* sobre o que se tem hoje, *de lege lata*, é que assim se tornaria inviável que um juízo de primeira instância fosse capaz de desconstituir uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, só para figurar um exemplo. A meu sentir uma decisão proferida por um Tribunal e que já tenha alcançado a autoridade de coisa julgada só deve ser passível de desconstituição pelo próprio Tribunal que a proferiu, adotando-se para tanto o regime que no direito brasileiro sempre se aplicou à “ação rescisória”. Não é razoável que um juízo de primeira instância possa, como hoje pode, em embargos do executado, desconstituir até mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo proposto se destina, pois, a equilibrar o regime hoje existente, buscando balancear adequadamente segurança jurídica e justiça das decisões.

Espera-se, pois, que em futuro não muito distante, seja possível a adoção do modelo aqui proposto, alcançando-se deste modo o tão almejado equilíbrio entre os valores que o ordenamento jurídico deve ser capaz de produzir.

7. CONCLUSÃO

O direito processual moderno é um sistema orientado à construção de resultados justos. A ideologia do processualista contemporâneo, conhecida como *processo civil de resultados*, leva à necessária revisão de diversos conceitos que pareciam firmemente estabelecidos no panteão dos dogmas jurídicos. Isto se dá porque não é aceitável que, em um momento histórico como o atual, em que tanto se luta por justiça, possamos abrir mão dela em nome de uma segurança que não dá paz de espírito ao julgador nem tranqüilidade à sociedade. É preciso, pois, relativizar a coisa julgada material, como forma de se manifestar crença na possibilidade de se criar um mundo mais justo.



ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

O processo só pode ser aceito como meio de acesso a uma ordem jurídica justa. E é preciso crer na possibilidade de construção dessa ordem jurídica justa para que à mesma se possa chegar. Afinal, como disse — com a costumeira sabedoria — Calamandrei, “para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê”.⁵¹ Espero, apenas, que esta exposição seja recebida como uma profissão de fé na justiça e na capacidade que os magistrados brasileiros têm de transformá-la em realidade.



51. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. bras. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 4.





CAPÍTULO II

EFICÁCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

*Araken de Assis**

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Eficácia de coisa julgada: natureza e relativização — 3. “Vícios transrescisórios” e a coisa julgada — 4. Inconstitucionalidade originária e superveniente da sentença: 4.1. Origem da regra; 4.2. Ineficácia do título; 4.3. Superveniência da inconstitucionalidade; 4.4. Constitucionalidade da regra; 4.5. Vantagens e desvantagens da regra; 4.6. Aplicação às execuções definitiva e provisória; 4.7. Origem do juízo de inconstitucionalidade; 4.8. Remédios admissíveis; 4.9. Aplicação retroativa da regra; 4.10. Efeitos do julgamento dos embargos — 5. Conclusão — 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O art. 741, parágrafo único, do CPC permitiu ao executado embargar a execução mediante a alegação de que o título executivo judicial, tradicionalmente designado de “sentença”, baseia-se em lei ou ato normativo decretado inconstitucional pelo STF. Este texto suscita complexas questões, dignas de registro e reflexão, propondo-se o presente estudo a apresentá-las nas suas linhas fundamentais.

A mudança no sistema do cumprimento dos provimentos judiciais, promovida pela Lei 11.232, de 22.12.2005, não alterou substancialmente o problema. O art. 741, parágrafo único, recebeu ligeira modificação, a bem da clareza — repetiu a menção ao STF como a fonte única e exclusiva da aplicação ou interpretação conforme à Constituição —, e passou a aplicar-se à execução contra a Fazenda Pública. Por sua vez, o remédio para impugnar as demais resoluções judiciais recebeu o nome de “impugnação” e o art. 475-L, § 1º, repete regra idêntica à do vigente art. 741, parágrafo único. Nada se alterou, fundamentalmente, e nesta nova edição realizaram-se as adaptações julgadas imprescindíveis a clareza do texto.

2. EFICÁCIA DE COISA JULGADA: NATUREZA E RELATIVIZAÇÃO

O catálogo dos direitos fundamentais, constante art. 5º da Carta Política de 1988, no seu inc. XXXVI contempla a imunização da coisa julgada à retroatividade da lei.

À margem de quaisquer considerações acerca das sinuosas vias do desenvolvimento histórico do direito intertemporal, e do seu regime concreto entre nós, três aspectos se evidenciam no inciso sob foco. Em primeiro lugar, a proibição se dirige

* Professor no Curso de Mestrado em Direito da PUC/RS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ao legislador,¹ ante a explícita menção inicial à figura da “lei”, notório e conspícuo produto do processo legislativo, nele apontada como o potencial vetor deliquêscente. Ademais, o bem jurídico tutelado consiste na segurança jurídica: na ausência desse veto, o legislador assumiria funções onipotentes,² quiçá sucumbindo à influência de fatores conjunturais para subtrair dos particulares seus direitos, inclusive aqueles reconhecidos por pronunciamento judiciário. E, finalmente, incumbe à lei infra-constitucional definir objeto da garantia.

O inciso XXXVI do art. 5º da Carta, com efeito, não ministra elementos mais precisos para esclarecer o que sejam direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, nem se conceberia que o texto constitucional se ocupasse de tais pormenores. Também aqui avulta o emprego de conceitos jurídicos indeterminados. Como quer que seja, aos iniciados salta à vista que, aludindo à coisa julgada, a Constituição protege contra a hipotética retroação da lei o provimento judiciário que reconheceu algum direito ao particular. A omissão da Carta, quanto àquelas explicitações, conduziu os comentadores da Constituição à atitude natural, no tocante a todos os itens, de investigar o direito infra-constitucional e, quanto à coisa julgada, invocar o disposto no art. 6º, § 3º, do Dec.-lei 4.657, de 04.09.42, ou Lei de Introdução ao CC (LICC).³ Da leitura atenta desses comentários resulta a nítida impressão de que o compreensível expediente, às vezes, se mostra insuficiente e superficial. Em que consiste a tal “coisa julgada”, afinal, e quais os provimentos judiciais dotados desse singular atributo?

Desta tarefa ocupa-se o art. 467 do CPC, segundo o qual coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a “sentença” não mais sujeita recurso. O art. 6º, § 3º, da LICC — “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” — somente aponta o momento em que surge semelhante eficácia, nada acrescentando quanto à sua essência. Este é um dos motivos por que os comentários ao art. 5º, XXXVI, da CF/88 soam insatisfatórios.

Respeitada a classificação dos atos decisórios do juiz, portanto, nem todo provimento se revela idôneo a revestir-se dessa singular eficácia, mas tão-só a “sentença”, provimento judicial que, conforme o art. 162, § 1º, do CPC, na redação da Lei 11.242/05, julga o mérito. Ora, a interposição da apelação, cabível contra a sentença (art. 513), e o efeito substitutivo agregado pelo art. 512 a este recurso, quanto ao capítulo impugnado — fenômeno que se repetirá nas etapas subseqüentes, aviando o vencido sucessivas impugnações —, provocará sua substituição por acórdão, definido no art. 163 como ato decisório emanado do tribunal, motivo por que a dicção do art. 467 não é exata. A regra utiliza a palavra “sentença” em sentido genérico. Acontecerá de o processo findar através do pronunciamento colegiado do tribunal.

1. ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. p. 120.

2. FERREIRA Fº., Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. p. 261.

3. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. p. 105.

Nada obstante, sempre existirão pronunciamentos dotados do apreciável efeito de extinguir a relação processual, se o vencido deixar de impugná-lo, e em qualquer processo, por um motivo trivial: tudo que começa há de ter um fim. Nem sempre, porém, a resolução judicial extintiva torna o desfecho do processo indiscutível. É que, freqüentemente, o provimento não examina o mérito, restringindo-se ao juízo de admissibilidade da demanda, dando cabo ao processo através da chamada sentença “terminativa”, prevista no art. 267; e, outrossim, concebe-se que o provimento examine o mérito, total ou parcialmente, mas a lei não lhe outorgue a eficácia de coisa julgada, como ocorre com as sentenças “homologatórias” (art. 486). Naquele primeiro caso, eventualmente o vencido poderá renovar a demanda, conforme autoriza o art. 268, 1ª parte, nele se admitindo o julgamento do mérito antes ignorado; porém, então se forma novo processo, na medida em que o antecedente se extinguiu, impedindo seu prosseguimento ou retomada um obstáculo conceptualmente diferente, a chamada “coisa julgada formal”. O estudo clássico Celso Agrícola Barbi definiu este efeito simples preclusão, rejeitando a tradicional locução “coisa julgada formal”, porque apta “somente para gerar confusões”.⁴ E, no segundo caso, há frizante exemplo de “sentença” que, consoante o alvitre convergente da doutrina e da jurisprudência pátrias,⁵ jamais adquirirá a eficácia mencionada no art. 467, que é provimento extintivo da execução (art. 795).

À vista desses dados, chega-se à seguinte conclusão: a “coisa julgada” é o atributo do provimento judicial que, julgando o mérito, nas hipóteses arroladas no art. 269, não se mostra mais suscetível de recurso, no processo em que há função de cognição preponderante. Esta noção didática peca por alguma simplificação; no mínimo, caberia explicitar, ainda, em que consiste a função de conhecimento, e quando ela prepondera no processo,⁶ e o mérito,⁷ principalmente discriminando-o do seu natural pressuposto: o juízo acerca da admissibilidade da demanda, constituída dos pressupostos processuais.⁸ Deixando tais pontos subentendidos, com o fito de não perder de vista o problema proposto, urge enquadrar o atributo aludido no art. 467.

No exato alvitre da doutrina alemã, a coisa julgada é uma peculiar eficácia, acrescentada à sentença no momento do seu trânsito em julgado: a eficácia da declaração (*Feststellungswirkung*),⁹ que torna o pronunciamento, no presente e no futuro, indiscutível ou incontestável. Assim, a coisa julgada se arrola, segundo tal concepção, dentre os efeitos da sentença.¹⁰

4. BARBI, Celso Agrícola. *Da preclusão no processo civil*. p. 65.

5. Neste sentido, por todos, THEODORO JR.. *Processo de execução*. p. 453-461.

6. A respeito, ASSIS, Araken de. *Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas*. p. 37.

7. Sobre o ponto, ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 120-121.

8. Idem. *Ibidem*. p. 43-45.

9. HELLWIG, Konrad. *System*. v. 1. p. 763-764.

10. JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. p. 236.

Recebeu a tese exposta a feroz crítica de Enrico Tullio Liebman. A objeção precisa ser explicada, ante a inegável influência do célebre processualista italiano em nosso País e, notadamente, na elaboração do CPC vigente, no qual se insere o art. 467. Pois bem: de acordo com Liebman, a idéia alemã põe no mesmo e impróprio plano forças de intensidades heterogêneas, antes e depois do trânsito em julgado do provimento, ou seja, do surgimento da coisa julgada formal, que decorre da preclusão dos recursos, e desequilibra efeitos equiparáveis — declaração, constituição e condenação —, privilegiando o primeiro, perante os demais, para gerar a incontestabilidade.¹¹ Provoca grave confusão entre os efeitos da sentença e a coisa julgada, porque toda sentença entra no mundo jurídico, dotada de sua eficácia natural, seja ela qual for, produzindo efeitos declarativos, constitutivos e condenatórios. No entanto, tais efeitos ficam inibidos, em geral, por força da previsão de recurso suspensivo contra o ato decisório que julga o mérito. Ao invés, desprovido o eventual recurso desse efeito suspensivo, como às vezes a lei estabelece (incisos I a VII do art. 520), os efeitos próprios do provimento se produzirão normalmente, autorizando a execução provisória do julgado, ainda que na pendência do recurso do vencido. Se as vias recursais se esgotam, o provimento assumirá diversa condição jurídica, revestindo-se de “qualidade especial, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e faz assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”.¹²

No entanto, impugna-se a formulação de Liebman com grande veemência.¹³ O motivo se revela simples e de fácil compreensão: sejam quais forem os efeitos do provimento, eles se submetem à livre disposição das partes, sujeitando-se a inúmeras modificações. E os exemplos são convincentes. Nada obsta que o vencedor perdoe seu condenado ou que o casal, a despeito da separação decretada em função de quebra dos deveres conjugais, se reconcilie posteriormente. Esses fatos posteriores ao trânsito em julgado alteram os efeitos naturais do provimento.

Talvez sensibilizado por semelhante argumento, o legislador não reproduziu, no art. 467, a idéia de Liebman, conforme assinalou, pioneiramente, Thereza Arruda Alvim.¹⁴ Comparando os textos do anteprojeto e do dispositivo em vigor, constata-se que, durante o processo legislativo, emenda corretiva do projeto de lei erradicou a falsa inspiração de Liebman, remanescendo tão-só o adjetivo “imutável”, ténue resquício da matriz doutrinária. Por isso, não há motivo concreto e relevante para

11. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. p. 15-16.

12. *Idem*, op. cit., p. 40.

13. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 139; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Eficácias da sentença e coisa julgada*. p. 104-105.

14. WAMBIER, Thereza Arruda Alvim. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. p. 89. No mesmo sentido, PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários...* p. 568.

repetir, automaticamente, a lição rejeitada pelo *ius positum*, prestando reverência à memória de Liebman.¹⁵

De toda sorte, subsiste uma questão fundamental, relativamente à origem da eficácia mencionada no art. 467:¹⁶ decorrerá ela da própria sentença ou do esgotamento dos recursos contra o provimento? Em princípio, a segunda proposição pouco esclarece, enunciando apenas o momento em que se forma a coisa julgada formal, que, como visto, se expressa na preclusão das vias recursais. Por sua vez, a segunda divide-se em duas outras: ou a eficácia procede do elemento declaratório contemporâneo à sentença, que se torna eficaz — ou seja, indiscutível —, mediante o esgotamento das vias impugnativas,¹⁷ ou aparece somente quando esgotados os recursos contra o ato. Neste último caso, laurear-se-ia a estrita fórmula de ascendência germânica: a coisa julgada material é a força ou o efeito da declaração emanada da sentença.¹⁸

Que direção tomar nesta encruzilhada? Ora, o fator tempo somente apresenta relevo para marcar o aparecimento da coisa julgada.¹⁹ Nada impede, em realidade, que no trânsito em julgado do provimento se agregue nova eficácia ao ato judicial. Aliás, a própria natureza da eficácia declarativa elimina toda possibilidade do seu aparecimento contemporâneo ao ato. Admitiu Liebman que “a declaração sem a coisa julgada parece privada de importância e não serve para nada”.²⁰ Representando a indiscutibilidade, ao contrário, qualidade de uma das eficácias da sentença, ainda que somente da declarativa, então correto se afigurava Liebman, paradoxalmente, pois nenhum traço palpável permite discriminar as demais eficácias desta nova condição, sempre pressupondo que os efeitos, exteriores ao ato, se ostentam modificáveis.

Em síntese, a “coisa julgada”, aludida art. 5º, XXXVI, da CF/88, consiste na indiscutibilidade do pronunciamento, quanto ao mérito, eficácia acrescentada após o trânsito em julgado. Ficam as partes, subordinadas à eficácia do ato e à regra jurídica concreta por ele estabelecida. Acolhida ou não a demanda, explica Arruda Alvim, da decisão “resultou *certeza jurídica*, pois a sentença, revestida da autoridade da coisa julgada, será o espelho indelével de uma intangível realidade, a *verdade judicial*”.²¹

Evidentemente, a indiscutibilidade do provimento judicial, que é o objeto da eficácia de coisa julgada, homenageia a segurança jurídica. Para tal arte, somente poderá ser arredada através de remédio específico. Desempenha esta nobre função a res-

15. Esta é a posição de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* v. 3. p. 304.

16. Deve-se tal observação a MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 107-108.

17. Neste sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso...* v. 1. p. 427.

18. No direito brasileiro, é o entendimento de MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* v. 5, p. 123; NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. p. 505, e, no direito alemão, de ROSENBERG;SCHWAB. *Zivilprozessrecht*. p. 819.

19. MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* v. 5. p. 127.

20. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. p. 13.

21. ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. v.1. p. 425.

cisória, nos casos expressos do art. 485, demanda jungida ao prazo decadencial de dois anos, contados a partir do desaparecimento do último recurso, a teor do art. 495. Esta é a autoridade da coisa julgada e, destarte, sua natureza política: “a partir de certo momento”, assinala Sérgio Gilberto Porto, “justa ou injusta, correta ou incorreta, a sentença deverá se tornar indiscutível, conferindo, assim, por decorrência, estabilidade a determinada relação jurídica”.²²

No entanto, a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso. Não interessam, aqui, as complexas razões desse fenômeno perturbador, e, sim, o fato de que ele atingiu diretamente a coisa julgada. Tornou-se corriqueiro afirmar que a eficácia de coisa julgada cederá passo, independentemente do emprego da ação rescisória ou da observância do prazo previsto no art. 485, em algumas hipóteses. À guisa de exemplo, citam-se as sentenças de mérito, cujo comando seja de cumprimento materialmente impossível, e as sentenças proferidas em hipotético desacordo com valores humanos, éticos e políticos da Constituição, postos ao lado da coisa julgada no rol dos direitos fundamentais.²³ A revisão do julgado em investigação de paternidade, graças ao advento de nova prova técnica,²⁴ e a modificação do valor da desapropriação, que se tornou iníquo pelo transcurso do tempo,²⁵ exemplificam este último grupo.

A rigor, o caráter absoluto emprestado à autoridade de coisa julgada sempre foi antes uma questão de fé e de consenso do que real impedimento à iniciativa da parte. Livre que é o acesso à Justiça, e a conseqüente formação do processo, através da demanda do autor, somente o acolhimento fatal e inexorável da respectiva preliminar (art. 301, VI), seja por força de alegação do réu, seja através de apreciação *ex officio* do juiz, provocando a extinção do segundo processo (art. 267, V), desestimulava o vencido a pôr em causa, outra vez, o mérito definitivamente julgado.

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da

22. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. p. 46.

23. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* v. 3. p. 306-307; idem, *Relativizar a coisa julgada*. p. 33-64; DELGADO, José Augusto. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas — Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. p. 9-36.

24. 4ª T. do STJ, Resp 226.436-PR, 28.06.01, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.02, p. 370. Em sentido contrário, 3ª T. do STJ, Resp 107.248-GO, 07.05.98, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RJSTJ, 11(113)/217.

25. 1ª T. do STF, RE 105.012-RN, 09.02.88, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 01.07.88, p. 16.904.

rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou aquele princípio constitucional. Para combater semelhante desserviço à Nação, urge a intervenção do legislador, com o fito de estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia de coisa julgada não opera na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retratá-la, talvez nos termos já esboçados, no que tange às relações individuais homogêneas — por exemplo, a uniformidade de tratamento de determinada classe de servidores públicos, que postulam vantagem pecuniária idêntica em demandas isoladas e colhem resultados discrepantes, ora a concedendo, ora a negando, todos acobertados pela coisa julgada — por Paulo Roberto de Oliveira Lima,²⁶ e, mais recentemente, José Maria Rosa Tesheiner.²⁷ No tocante ao desfecho do processo executivo, defende solução análoga Theodoro Jr.²⁸ Este é o caminho promissor para banir a insegurança do vencedor, a afoiteza ou falta de escrúpulos do vencido e o arbítrio e casuísmos judiciais.

Talvez seja prematuro, no estágio atual do direito brasileiro, rezar um réquiem à coisa julgada, e conseqüentemente, à ação rescisória. Porém, é fato inobscurecível que a importância desses institutos diminuirá no futuro próximo.

No contexto do progressivo enfraquecimento da coisa julgada, situa-se o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, criado pelo art. 3º da MP 1.997-37, de 11.04.00, e o art. 475-L, § 1º, na redação decorrente da Lei 11.232/05. O texto em vigor é o seguinte: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considerará-se também exigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Antes de examiná-lo em todas as suas surpreendentes e extensas conseqüências, mister rememorar que, em outras situações, já se advogara a insubsistência da coisa julgada, ainda que o pronunciamento se revelasse consentâneo ao surgimento desta eficácia, em processos comprometidos por vícios de suma gravidade. Esta proposi-

26. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. p. 120-124.

27. TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. p. 190-192.

28. THEODORO JR.. *Processo de execução*. p. 472.

ção forneceu a base de partida para o fenômeno mais amplo da destruição da coisa julgada pelos princípios constitucionais. Deste ponto de vista, então, o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, não constituem novidade ou aberração. Aliás, o argumento de que a segurança jurídica, outorgada pela Constituição, não tem razão de existir se firmada em lei ou em ato normativo incompatível com a própria Constituição, soa convincente e, em princípio, legitima a regra.

Admitindo o caráter precário e provisório desta conclusão, ao menos ela se prestará para dissipar a flagrante má vontade inicial com o art. 741, parágrafo único, e seu desdobramento no art. 475-L, § 1º, merecendo o assunto avaliação serena e atenta. O ponto de partida dessa análise reponta na natureza dos vícios que debilitam a coisa julgada, a ponto de torná-la transparente e impugnável por qualquer remédio. Em seguida, mostrar-se-á interpretar a regra em questão.

3. “VÍCIOS TRANSRESCISÓRIOS” E A COISA JULGADA

À semelhança de qualquer outro ato jurídico, os provimentos do juiz exigem exame nos planos da existência, da validade e da eficácia. Desta sorte não escapa o pronunciamento transitado em julgado.

A distinção entre os três planos da ordem jurídica, que Pontes de Miranda expôs, defendeu e divulgou, a partir do prefácio de seu monumental e insuperável *Tratado de Direito Privado*, e de enorme valor nos estudos interdisciplinares, dele recebeu a seguinte síntese: “O fato jurídico, primeiro, *é*; se *é*, e somente se *é*, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel*, etc.; se *é*, e somente se *é*, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam”.²⁹ Para maior clareza, impõe-se distinguir, nos planos propostos, os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia, recepcionando a valiosa sugestão de Antônio Junqueira de Azevedo.³⁰ Abandonando semelhante precisão conceitual e terminológica, corre-se o risco, parafraseando o último autor, de colocar todo o delicado problema de pernas para o ar.

O ato inexistente se distingue do ato inválido: aquele é incapaz de gerar efeitos; este, ao contrário, entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais. De resto, o ato deficiente precisa ser desfeito; o ato inexistente apenas se declara como tal.³¹ A inexistência constitui imprescindível dado referencial, contrastando com a invalidade. Prescindindo-se da subentendida existência jurídica, por exemplo, não há sentido em tutelar o aparente (ou não-real).³²

29. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. p. XX.

30. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. p. 25.

31. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 4. p. 20.

32. DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. p. 21.

Freqüentemente, cria-se lastimável confusão entre a inexistência e a nulidade absoluta, sob o fundamento de que seus efeitos se equivalem.³³ Esta coincidência se revela inexata. O defeito do ato inexistente é de tal ordem que nenhuma consideração merece do juiz,³⁴ vez que simples fato da vida, do qual “nada resulta”.³⁵ De seu turno, o ato inválido, porque gera efeitos até seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importando, para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado.

Feita a distinção, os exemplos de provimento judicial inexistente ficam compreensíveis. Por exemplo, a sentença proferida por quem não é juiz ressentir-se de óbvio elemento de existência, a jurisdição, e, assim, jamais entrará no mundo jurídico. Acrescento que, porque não se cuida de provimento originado por agente estatal, também não adquire a eficácia de coisa julgada, nem exige rescisória. Pode ser simplesmente ignorado. Esta é a lição de Pontes de Miranda: “Não é pressuposto objeto da ação rescisória a sentença de quem não é juiz, ou deixara de o ser (o que vale o mesmo), pois tal sentença não é sentença; pelo fato da inexistência de juiz, é ‘inexistente’”.³⁶

Em relação ao ato inválido, o primeiro passo consiste em distingui-lo do ato irregular. Para ingressar eficientemente no mundo jurídico, o ato processual reclama a implementação de requisitos necessários e úteis. O requisito necessário é aquele tecnicamente indispensável à finalidade prática do ato; por sua vez, o requisito útil somente auxilia tal objetivo.³⁷ Exemplo de requisito útil se encontra no art. 169, *caput*, do CPC, que impõe o emprego de tinta escura e indelével na redação dos termos processuais. Ora, a inobservância de requisito útil importa a simples irregularidade do ato, ou seja, o chamado vício não-essencial.³⁸ É desnecessário, constado semelhante vício, erradicá-lo do ato, sanando o defeito. Por tal motivo, o emprego de tinta vermelha, e o erro na data da sentença, que o juiz reproduziu de processo análogo julgado um ano antes, sem adequar a datação ao presente, infringindo o art. 164, porque são vícios que atentam contra requisitos úteis, carecem de qualquer emenda.

Ao invés, reconhecido que o ato praticado em desconformidade ao modelo legal infringiu a requisito necessário, caracterizando o chamado vício essencial, há que invalidá-lo. É bem de ver que a invalidade não se identifica com o vício em si,

33. Neste sentido, THEODORO JR., As nulidades no código de processo civil. p. 41: “De qualquer maneira, a questão é puramente acadêmica, já que do ponto de vista prático os efeitos se equivalem, impedindo a formação da *res iudicata*”. Recebeu a exata crítica de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 164.

34. De acordo com LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. 1. p. 214, se está perante uma espécie de fato puramente ilusório.

35. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. p. 50.

36. MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. p. 227.

37. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. v. 3. p. 561.

38. Neste sentido, DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Para um conceito de irregularidade processual*. p. 99-100.

retratando o estado subsequente à sua decretação pelo juiz.³⁹ Enquanto tal não ocorrer, o ato viciado produzirá seus efeitos próprios. Por exemplo, a audiência realizada sem a prévia intimação do advogado da parte é ato nulo, que, nada obstante, vigorará até que o juiz reconheça o vício.

Classificam-se as nulidades, no direito processual, consoante o sistema concebido e desenvolvimento, originariamente, por Galeno Lacerda.⁴⁰ A nulidade absoluta decorre da violação de norma cogente,⁴¹ cujos fins tutelam interesse público; a nulidade relativa, se a norma infringida for cogente, porém tutela interesse da parte;⁴² e, por fim, se a norma violada for dispositiva, há anulabilidade.⁴³ Percebe-se, assim, que as nulidades absoluta e relativa têm uma base comum: o desrespeito à norma cogente; porém, distinguem-se quanto à possibilidade de erradicação do respectivo vício, na medida em que as infrações ao interesse público jamais convalidam. No entanto, admite-se que, vencido o prazo da rescisória, decaia o prejudicado da pretensão à invalidação.⁴⁴ E há outra distinção relevante, quanto à iniciativa para invalidar o ato. Compete ao juiz, *ex officio*, ante a gravidade do vício, pronunciar as nulidades absoluta e relativa. Porém, a faculdade de a parte pleitear a decretação da nulidade relativa, porque tutelado seu interesse particular, desaparece se não houver alegação na primeira oportunidade, a teor do art. 245, *caput*. Portanto, nenhum vínculo obrigatório há entre preclusão e o caráter absoluto da nulidade, atingindo aquele fenômeno tão-só as faculdades das partes, jamais os poderes do juiz. A anulabilidade dependerá de requerimento para ser pronunciada.

Pois bem: Theodoro Jr. aventurou discrepar desse esquema, de olhar fito na subordinação das partes à coisa julgada, classificando as sentenças em três classes: inexistentes, nulas e rescindíveis. Em relação à primeira categoria, afirma o seguinte: “O que não existe não pode ser rescindido, de sorte que não se há de falar em rescisória sobre sentença inexistente, tal como a que é prolatada por quem não é juiz ou a proferida sem o pressuposto do processo judicial, ou a que nunca foi publicada oficialmente”.⁴⁵ Por sem dúvida, a tese se revela correta, porque forçoso admitir a classe dos atos inexistentes. Se o provimento não existe, ele é ineficaz. O problema reside nos exemplos evocados. A sentença que o órgão judiciário elaborou em seu gabinete, mas jamais publicou (art. 242, § 1º, *in fine*), lançando em seu lugar outra de conteúdo

39. DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. p. 43.

40. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. p. 68 e seguintes, acompanhado por ARAGÃO, Moniz de. *Comentários...* p. 365-366. É diferente, no entanto, a classificação de TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos...* p. 131-132.

41. LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. p. 72.

42. *Idem*, op. cit., p. 72.

43. *Ibidem*, op. cit., p. 73.

44. DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. p. 53. No mesmo sentido, LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. p. 72.

45. THEODORO JR.. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. p. 167.

diverso, representa ato inexistente, do mesmo modo que aquela proferida por quem deixou de ser ou jamais foi juiz. Em qualquer processo, mostra-se possível, nesses casos, desconsiderar o ato judicial inexistente. No entanto, a falta de pressupostos do processo, também mencionada na passagem citada, implicará somente a invalidade do pronunciamento final do processo, exigindo o emprego da rescisória.

Ainda mais radical, e coerente com a menção aos pressupostos processuais, é a afirmativa de que, perante vícios de maior grandeza e importância, ou seja, de nulidade *ipso jure* — a contaminação do processo por nulidade absoluta —, não se forma coisa julgada, nem a parte precisa valer-se da ação rescisória para se subtrair de seus efeitos.⁴⁶ Conquanto respaldado tal entendimento em fontes variadas,⁴⁷ as hipóteses aventadas esbarram no regime da ação rescisória. Em que pese o art. 485, II, prever a rescisão da sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, Theodoro Jr. dispensa a rescisória no caso de infração à regra de competência de jurisdição, como aquela que distribui as causas entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum, porque os pronunciamentos assim viciados representariam “verdadeiros abusos de poder, por não conterem o mais mínimo resquício de jurisdição a respaldá-los, jamais poderão produzir qualquer eficácia que se assemelhe à *res iudicata* e sempre estarão ao alcance da impugnação dos interessados, qualquer que seja o tempo em que se manifeste a intenção de executá-los ou de exigir que sejam respeitados”.⁴⁸ A tese repercutiu na jurisprudência do STJ.⁴⁹

Para ordenar a nova categoria de vícios, transcendentais à coisa julgada e à rescisória, José Maria Rosa Tesheiner homogeneizou essas nulidades gravíssimas, chamando-as de “vícios transrescisórios”, em três classes diferentes: a) inexistência da sentença, porque prolatada por órgão desprovido de jurisdição; b) nulidade da sentença por impossibilidade do objeto (por exemplo, ordena a suspensão de protesto já tirado ou decretação de prisão por dívida cambial); c) ineficácia da sentença contra o réu aparente (por exemplo, postulou em seu nome advogado desprovido da procura judicial), ou que não foi citado.⁵⁰ Posteriormente, precisou seu pensamento, reputando “diminuto” o grupo das sentenças contagiadas pelos “vícios transrescisórios”, limitados àqueles casos em que há inexistência ou ineficácia, apesar de exemplificar com as hipóteses já arroladas.⁵¹ Ademais, criticou a tese de Theodoro Jr. de que toda e qual-

46. Idem, op. cit., p. 167-168.

47. Por exemplo, CASTRO, Amílcar de. *Comentários...* p. 422, dando como exemplos a sentença “quando proferida por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado; quando proferida contra disposição expressa de lei; quando fundada em instrumento, ou depoimento falso, como tal julgado em juízo competente; ou quando proferida com ofensa da coisa julgada”. Todos são casos de rescisão à luz do art. 485 do CPC. Do mesmo entendimento, PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. v. 2. p. 428-429.

48. THEODORO JR.. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. p. 177.

49. 2ª S. do STJ, CC 16.397-RJ, 28.08.96, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 17.02.97, p. 2.119.

50. TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos...* p. 139.

51. Idem. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. p. 283-285.

quer infração aos pressupostos processuais e às condições da ação geraria vício desta natureza,⁵² liquidando a indiscutibilidade do provimento, asseverando o seguinte: “Embora com algum fundamento lógico, a tese do autor é, a nosso juízo, inconveniente, pelos maus resultados que produziria, se acolhida pelos tribunais. Efetivamente, diz o autor que, ‘em se tratando de defeito de pressupostos de validade da relação jurídica processual, nulo é o processo instaurado por pessoa incapaz ou promovido por quem não detenha a habilitação técnico-profissional para postular em juízo’. Bastaria, assim, ao vencido, demonstrar que o adversário se fez representar no processo por advogado impedido ou incompatibilizado para o exercício da advocacia, para transformar em pó sentença já insuscetível de ataque até mesmo por ação rescisória”.⁵³

Na verdade, sem a exata distinção dos planos da inexistência, da invalidade e da ineficácia jamais se chegará a soluções convincentes nesta matéria. Partindo deste princípio, nenhum reparo suscita a idéia de que o provimento inexistente ou ineficaz não vincula as partes; quer dizer, ele não produz a eficácia de coisa julgada, e, portanto, o emprego da rescisória para combatê-lo é rebarbativo e desnecessário.⁵⁴ Tem razão Jorge P. Camusso, que acentua: “Digamos todavia que no habiendo nada que destruir o que revisar, no hay limite para constatar la inexistencia. En su virtud, no se requiere de una acción de inexistencia para declararla, porque de lo que no es no resultan derechos y, por lo tanto, siendo la inexistencia enunciado general, no requiere de formulación escrita proporcionada por el legislador”.⁵⁵ O único cuidado, aqui, residirá na evocação cuidadosa das hipóteses de inexistência e, *a fortiori*, de ineficácia. Os equívocos se mostram freqüentes e turvam a clareza do assunto.⁵⁶ Por exemplo, Liebman estima que a sentença proferida no processo em que se deixou de citar o réu é ato inexistente.⁵⁷ No entanto, o caso mostra-se de ineficácia, se inexistiu citação, porquanto nenhum efeito produzirá o processo perante a parte legítima que sequer foi chamada a juízo, a exemplo do que acontece com a preterição de litisconsorte necessário,⁵⁸ e de nulidade, ocorrendo vício no ato de chamamento ao

52. THEODORO JR.. *As nulidades no código de processo civil*. p. 38-59.

53. TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. p. 287.

54. Neste sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 165.

55. CAMUSSO, Jorge P. *Nulidades procesales*. p. 199.

56. Veja-se, por exemplo, a crítica branda de DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. p. 66, aos exemplos de GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. p. 228, que estima sanáveis hipóteses que reputa de nulidade absoluta, que, na verdade são de nulidade relativa.

57. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu*, p. 179, exemplo repetido por THEODORO JR.. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. p. 172, que, porém, situa o vício no plano da validade. Em sentido algo diferente, distinguindo entre a inexistência da citação e sua invalidade, que gerariam, respectivamente, processo e sentença inexistentes e inválidas, SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. p. 55. Recentemente, opina pela inexistência MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. p. 191.

58. De idêntica maneira, ineficaz é a sentença dada com preterição do litisconsorte necessário: JOBIM, Nelson A.. *A sentença e a preterição do litisconsorte necessário*. p. 41-45. Por isso, a ineficácia pode ser pleiteada através de ação declarativa: 3ª T. do STJ, Resp 97.928-RJ, 13.08.96, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *RJSTJ*, 8(89)/247.

processo, que compromete todos os atos subseqüentes, e, principalmente, a sentença. É o ponto de vista de Amílcar de Castro⁵⁹ e de Pontes de Miranda, escrevendo o último, no tocante ao art. 741, I: “a sentença favorável” — dos embargos — “com força mandamental, é declarativa da ineficácia da sentença exeqüenda, por não ter sido feita a citação, ou ter sido nula, o que supõe declaração de ineficácia da própria citação (foi, porém, não valem, nem teve efeitos)”⁶⁰.

O art. 741, I, e o art. 475-L, I, do CPC, no que respeita à necessidade de citação para a validade do processo (art. 214, *caput*: “Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”), constituem exceção ao regime comum. Em geral, o tratamento da resolução judicial nula (por exemplo, a sentença omitiu motivação⁶¹), ou originada de processo nulo (por exemplo, omitiu-se a intimação do advogado do réu para a audiência e, em conseqüência, o juiz dispensou a coleta da prova, na forma do art. 453, § 2º), se afigura profundamente diverso. Apesar da gravidade do vício, nas situações apontadas, e, talvez, da natureza absoluta da nulidade, a sentença passa em julgado e o vício transforma-se em causa de rescindibilidade. Em alguns casos, legislador eleva o vício a tal condição, explicitamente, como acontece com a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente (inc. II do art. 485); nas demais hipóteses, haverá infração à lei (inc. V do art. 485).

Valendo-se do argumento reputado “definitivo”, calcado na previsão do inc. II do art. 485, assevera Teresa Arruda Alvim Wambier: “de processos nulos, ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível. E as conseqüências práticas desta distinção são em tudo e por tudo relevantes: as sentenças encartáveis ao último grupo serão rescindíveis, como se disse, possibilidade esta presente exclusivamente dentro do biênio subseqüente à formação da coisa julgada”⁶². Aduz que a rescindibilidade revela-se conceito mais amplo do que o de nulidade, abrangendo situações em que não há vício no processo ou na sentença (por exemplo, a rescisória fundada em documento novo: inc. VII do art. 485); todavia, o processo nulo ou a sentença nula mostram-se passíveis de rescisão, ou seja, o ato defeituoso há de ser impugnado mediante rescisória.⁶³ E, conforme realça José Carlos Barbosa Moreira,

59. CASTRO, Amílcar de. *Comentários...* p. 394.

60. MIRANDA, Pontes de. *Comentários...* v. 11. p. 100. Em sentido contrário, porque localizam o defeito no plano da validade: NEVES, Celso. *Comentários...* p. 195; VILLAR, Wilard de Castro. *Processo de execução*. p. 320; BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. p. 151; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória*. p. 18-19.

61. Segundo THEODORO JR.. *Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença*. p. 177.

62. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 164. Do mesmo ponto de vista, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários...* p. 107, e FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória*. p. 22, que preleciona: “Com a passagem em julgado, em regra, as nulidades absolutas e relativas, propriamente ditas, ou simples anulabilidades, ou são de todo apagadas ou assume a feição de mera rescindibilidade”.

63. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 166.

não se deve supor que, portando o processo ou a sentença nulidades, não se revista o pronunciamento final de autoridade de coisa julgada: ao contrário, a rescindibilidade pressupõe a existência de coisa julgada.⁶⁴

A tese que retira do campo de atuação da rescisória os provimentos nulos baseia-se, de ordinário, na imprecisa diferenciação dos planos da existência, da validade e da eficácia. Por exemplo, José da Silva Pacheco afirma o seguinte: “As sentenças nulas *ipso jure*, igualmente, embora existentes, não valem, não têm eficácia (logo não produzem coisa julgada)”. É erro tão comum quanto lastimável entender que o nulo não gera efeitos. “*Existir, valer e ser eficaz* são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz... O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é”.⁶⁵ Daí por que o ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto o juiz não o desconstituir, *ex officio*, ou a requerimento da parte. Por óbvio, considerando a nulidade a imperfeição do ato judicialmente decretada, como sustenta Calmon de Passos,⁶⁶ então o ato nulo é, também, ato ineficaz, porquanto a desconstituição elimina, retroativamente ou não, seus efeitos. Na concepção há pouco exposta, e adotada pela corrente majoritária da doutrina pátria,⁶⁷ o provimento nulo, porque eficaz, gera coisa julgada material, que não passa de uma das suas eficácias, a teor da letra do art. 467. Por tal motivo, é correta a observação de Paulo Henrique dos Santos Lucon de que, a despeito da gravidade do vício da invalidade da citação no processo que formou o título executivo — por suposto, aliando-se à corrente que o situa no plano da validade — nada impede sua eficácia executiva, aduzindo: “Tanto isso é verdadeiro que se o vício não for alegado ou reconhecido de-ofício, os atos de constrição se efetivarão”.⁶⁸

A despeito da disciplina geral, a lei infra-constitucional, que outorga, ou não, a eficácia de coisa julgada a determinados provimentos do juiz, às vezes erige determinado vício essencial, porque ele parece suficientemente grave e relevante, de modo a receber tratamento privilegiado e diferente, à condição de defeito imune a quaisquer preclusões, incluindo a mais expressiva e maior delas: a coisa julgada. Na hipótese do inc. I do art. 741, bem como na do art. 475-L, I, o vício da citação sobrevive ao trânsito em julgado do título, equiparando-se à sua inexistência, motivo por que ao condenado é dado impugná-los através de embargos do devedor em vez da ação rescisória. Avulta notar, frisando o caráter excepcional do vício versado, que nenhum dos demais motivos arrolados no art. 485 comporta alegação

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários...* p. 107.

65. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. v. 4. p. 44.

66. PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. p. 138.

67. ARAGÃO, Moniz de. *Comentários...* p. 259, elogia a construção de Galeno Lacerda, que “logrou desvendar o sistema adotado pela lei, num trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa”.

68. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. p. 164.

dos embargos. Quer dizer, a sentença rescindível não deixa de ser exequível e a própria propositura da rescisória, em princípio, não trava os trâmites da respectiva execução, a teor do art. 489.⁶⁹ Por isso, a 5ª Turma do STJ recusou a alegação, nos embargos, de nulidade ulterior à citação válida.⁷⁰

Põe-se de acordo a doutrina que, no art. 741, I, subsiste a vetusta *querela nullitatis* romana.⁷¹ Idêntica conclusão se aplicará ao análogo art. 475-L, I. A jurisprudência do STF⁷² e do STJ,⁷³ no concernente ao dispositivo, já sinalizou neste rumo. Realmente, a sentença proferida nas condições do inciso, apesar de existir e produzir seus efeitos — a execução, consoante já se assinalou, na ausência de embargos ou de outro remédio para paralisá-la, prosseguirá normalmente —, por exceção perde a indiscutibilidade inerente à coisa julgada.

Porém, do art. 741, I, e do art. 475-L, I, resulta uma particularidade decisiva: a exceção à sanabilidade dos vícios há que decorrer de texto expresso de lei, conforme insinua Adroaldo Furtado Fabrício, no seu juízo positivo acerca da subsistência da *querela nullitatis insanabilis* no direito brasileiro.⁷⁴ Do contrário, a eficácia de coisa julgada representaria exceção, sempre controvertida pela alegação das precedentes nulidades do processo que a produziu.

A par do inciso I do art. 741, norma repetida no art. 475-L, I, cogita-se da transparência da sentença arbitral, que também comporta impugnação mediante embargos do devedor, a teor do art. 33, § 3º, da Lei 9.307/96, apesar de o art. 31 deste diploma estipular que ela produz, entre as partes e os sucessores, “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”. O paralelo se justifica, mal disfarçado na elíptica fórmula do último dispositivo, na pressuposição, admitida sem reboços por alguns autores, de que a sentença arbitral produz coisa julgada.⁷⁵ Diferentemente, lembrando que tal eficácia é imanente à jurisdição estatal e, mesmo nela, nem todos os pronunciamentos agasalham o raro atributo, Alexandre Freitas Câmara nega-o à sentença arbitral, porquanto pré-excluída a rescisória.⁷⁶ Por esta razão, ou porque seus vícios transcendem à indiscutibilidade do desfecho do processo arbitral, o regime desse provimento é similar àquele do inc. I do art. 475-L.

69. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários...* p. 108.

70. 5ª T. do STJ, Resp 283.634-MG, 01.03.01, Rel. Min. Félix Fischer, DJU 09.03.01, p. 135.

71. MACEDO, Alexander dos Santos. *Da ‘querela nullitatis’ – sua subsistência no direito brasileiro.* p. 52; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória.* p. 23.

72. 2ª T. do STF, RE 96.374-GO, 30.08.83, Rel. Min. Moreira Alves, RTJSTF, 110/210.

73. 4ª T. do STJ, Resp 12.586-SP, 08.10.91, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 04.11.91, p. 15.684.

74. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória.* p. 29.

75. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo.* p. 258; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da arbitragem.* p. 183; FURTADO; BULOS. *Lei da arbitragem comentada.* p. 111-112.

76. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem.* p. 112.

Neste âmbito se inseriu o art. 741, parágrafo único, e, agora, o art. 475, § 1º, do CPC. Se o pronunciamento se baseia em lei ou em ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, “ou em aplicação ou interpretação tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, desaparecerá a eficácia de coisa julgada do provimento. Logo, comportará impugnação mediante embargos (ou a novel impugnação). À diferença do que acontece nas hipóteses antecedentes, no entanto, nos quais o vício é inerente ao processo ou ao próprio ato, aqui o legislador forçou a mão, pois não excluiu que a pronúncia da inconstitucionalidade seja posterior ao trânsito em julgado. Por conseguinte, não se passa o evento no plano da validade: os vícios de qualquer ato jurídico lhe são contemporâneos, jamais supervenientes.⁷⁷ Além disto, a parte final dos parágrafos subentende a possibilidade de o vencido argüir nos embargos ou na impugnação, inovadoramente, a antinomia entre a aplicação e a interpretação da lei chancelada no pronunciamento e a Constituição. É hora, portanto, de avaliar de perto o inquietante dispositivo, precisando seus elementos de incidência.

4. INCONSTITUCIONALIDADE ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE DA SENTENÇA

O art. 741, parágrafo único, e sua reprodução no art. 475-L, § 1º, suscita várias questões complexas. É importante fixar, inicialmente, sua origem, exibindo a chave hábil para diversas soluções.

4.1. Origem da regra

Antes de o art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF estimava que, a despeito de a proclamação da inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente através de rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado.⁷⁸ A 1ª Turma do STF rejeitou, expressamente, o uso dos embargos contra a execução baseada em sentença posteriormente declarada inconstitucional.⁷⁹ E o Pleno esclareceu que o julgamento do STF não se afigura eficaz perante a execução baseada em título formado nessas condições.⁸⁰

Em sentido diverso, o § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (*unzulässig*) sua execu-

77. Na doutrina francesa, SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. v. 2. p. 93.

78. 3ª T. do STF, RMS 17.976-SP, 13.09.68, Rel. Min. Amaral Santos, *RTJSTF*, 55/744.

79. 1ª T. do STF, RE 86.056-SP, 31.05.77, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJU*, 07.07.77, p. 268.

80. Pleno do STF, Recl 148-RS, 12.05.83, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJSTF*, 109/463.

ção, aplicando-se o § 767 da ZPO.⁸¹ Este parágrafo autoriza a oposição do executado (*Vollstreckungsgegenklage*) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado. Esta disposição inspirou o art. 741, parágrafo único, do CPC brasileiro e, agora, o art. 475-L, § 1º. Gilmar Ferreira Mendes sustentou, *de lege ferenda*, a introdução de norma análoga, permitindo a alegação da inconstitucionalidade através de embargos, desde que declarada “pelo Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas (ou após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, no caso de declaração incidental de inconstitucionalidade)”.⁸²

4.2. Ineficácia do título

Acentua a analogia dos dispositivos a alusão, na parte inicial do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º, ao inc. II do art. 741 e do art. 475-L, que autorizam embargos e impugnação baseados na “inexigibilidade” do título. Não se cuida da atualidade do crédito, relacionada com o inadimplemento do condenado, mas à inexecutabilidade do próprio título.⁸³ Originou-se este inciso do art. 813, *a*, do CPC português, que alude à “inexistência ou inexecutabilidade do título”, em decorrência de vários vícios, arrolados taxativamente.⁸⁴

A remissão àqueles incisos esclarece que o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento executando, atuará no plano da eficácia: em primeiro lugar, desfaz a eficácia de coisa julgada, retroativamente; ademais, apaga o efeito executivo da condenação,⁸⁵ tornando inadmissível a execução. Embora não se reproduza, integralmente, o § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, o qual ressalva a subsistência do julgado contrário à Constituição, trata-se de consequência natural de o fenômeno se passar no terreno da eficácia. Assim, a procedência dos embargos não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado.

4.3. Superveniência da inconstitucionalidade

Em relação às demais hipóteses examinadas, o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, ostentam uma fricante diferença: o fator de ineficácia pode surgir posteriormente ao trânsito em julgado. Se, no curso da demanda, o STF pronunciar a inconstitucionalidade do direito alegado pela parte, caberá ao órgão judiciário recepcionar o evento superveniente, nos termos do art. 462 do CPC, aplicável em qualquer grau de jurisdição, e julgar a causa conforme seu novo estado. É claro que, reconhecendo a constitucionalidade da lei, ao invés de seguir a orientação da Corte

81. ROSENBERG; GAUL; SCHILKEN. *Zwangsvollstreckungsrecht*. p. 648.

82. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. p. 260.

83. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. p. 1.194-1.195.

84. SOUZA, Miguel Teixeira de. *Acção executiva singular*. p. 167.

85. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. p. 85-89.

Constitucional, emitirá provimento igualmente ineficaz e suscetível de ataque por via de embargos; porém, concebe-se que a decretação da inconstitucionalidade ocorra subseqüentemente ao trânsito em julgado.

Em tal contingência, tão intensa e profunda se revela a inconstitucionalidade, pronunciada pelo STF, que desaparece a indiscutibilidade do título, decorrente da coisa julgada, e, conseqüentemente, sua exeqüibilidade. Assim, o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, tornam *sub conditione* a eficácia de coisa julgada do título judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos ou impugnação. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir *sub conditione*. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495).

Pouco importará, ainda, que o provimento em execução haja recusado acolhimento à manifestação do STF, no curso da demanda, extinguindo-se o processo nesta situação. A inexistência de indiscutibilidade permitirá ao vencido embargar ou impugnar a execução, baseado no art. 741, parágrafo único, e no art. 475-L, § 1º, renovando a controvérsia.

4.4. Constitucionalidade da regra

À primeira vista, o art. 741, parágrafo único, assim como o art. 475-L, § 1º, não ofendem a Constituição.

Em primeiro lugar, cabendo à lei infra-constitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante eventos contemporâneos ou supervenientes à emissão do pronunciamento apto a gerá-la. Ademais, em que pese a suspeita de que a regra, haja vista sua bem documentada origem, ao fim e ao cabo favoreça apenas a Fazenda Pública, sua aplicação é neutra e indiferente à condição da parte. Ela também beneficia o adversário da Fazenda Pública.

Frisante exemplo da neutralidade da aplicação da regra se patenteia em julgado da 1ª Turma do STJ que, julgando ação rescisória, proposta por contribuinte vencido em demanda contra exigência tributária, posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, assentou o seguinte: “A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que o contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um de-

terminado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada”.⁸⁶ Vencido o prazo da rescisória, no caso exposto, o contribuinte ficaria desamparado, porque vinculado à coisa julgada; agora, dispõe dos embargos (e de ação declarativa autônoma), graças à regra comentada.

Sólidas razões excluem, portanto, ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), decorrente do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º.

Restava o problema da edição de norma processual através de medida provisória, antes da interdição da EC 32, de 11.09.01 (art. 62, § 1º, I, *b*), por falta de urgência e de relevância. Mas, o STF tolerou o abuso do Poder Executivo nesta matéria, parecendo improvável que acolha semelhante argüição contra dispositivo que aumenta a autoridade de seus próprios julgados e da força normativa da Constituição. E, agora, com a adoção dessas regras (art. 741, parágrafo único, e art. 475-L, § 1º) pela Lei 11.242/05, a questão restou superada.

4.5. Vantagens e desvantagens da regra

O art. 741, parágrafo único, beneficia a Fazenda Pública tão-só no sentido de alargar suas possibilidades de obter desejável uniformidade nos litígios com seus servidores e os contribuintes. E, também, nos litígios entre particulares o art. 475-L, § 1º, exibe idêntica finalidade de uniformização dos resultados úteis de processos diferentes.

Além de fenômeno heterogêneo, em razão do direito posto em causa,⁸⁷ já se assinalou que a coisa julgada se encontrava em crise no âmbito das relações individuais homogêneas.⁸⁸ Admissível e conveniente que seja a relativização da eficácia de coisa julgada neste tipo de litígios, em que se sobreleva o princípio da isonomia — de fato, não se compreende, e dificilmente se tolerará, que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto à álea natural dos trâmites judiciais —, o defeito do art. 741, parágrafo único, assim como no art. 475-L, § 1º, reponta na excessiva generalidade. Parecia contraproducente sua incidência nas relações privadas, *tout court*, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade. A destruição retroativa da coisa julgada promoverá, ao contrário, a insegurança jurídica. Todavia, a repetição da norma no art. 475-L, § 1º, inclinou-se pela solução contrária.

86. 1ª T. do STJ, REsp. 194.276-RS, 09.02.99, Rel. Min. José Delgado, DJU 29.03.99, p. 111.

87. PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. p. 60-68.

88. No tocante ao direito tributário, em que se defendeu a eliminação da coisa julgada em homenagem ao princípio da isonomia, LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. p. 158-160.

4.6. Aplicação às execuções definitiva e provisória

Aplica-se o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, aos provimentos transitados em julgado, ou seja, à execução definitiva (art. 475-I, § 1º). Incide, outrossim, na execução provisória, que, segundo o atual regime (art. 475-O), pode ser completa e satisfazer o crédito do exequente.

É bem de ver que o art. 2º-B da Lei 9.494/97, na redação da MP 2.180/35, de 24.08.01) proíbe a execução provisória contra a Fazenda Pública, tratando-se de créditos de servidores, e, genericamente, o art. 100, § 1º, prevendo a obrigatoria inclusão no orçamento dos “débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado”, aparentemente pré-exclui tal modalidade executiva. De toda sorte, existem execuções provisórias entre particulares e, como se apontou, o art. 475-L, § 1º, aplica-se indiferentemente a quaisquer provimentos condenatórios.

4.7. Origem do juízo de inconstitucionalidade

Não é todo juízo de inconstitucionalidade que, consoante as disposições comentadas, retirará a força executiva do provimento judicial. Impõe-se julgamento definitivo do STF, de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência na ação direta de constitucionalidade (art. 102, I, a, c/c § 2º). No primeiro, de ordinário, desaparecerá a lei ou ato normativo, objeto do controle; no segundo, perderá sua vigência. Em ambas as situações, a eficácia do julgamento opera *erga omnes*, vinculando aos demais órgãos judiciários.

Não bastará, para tal fim, a concessão de liminar nas ações direta. Os efeitos do provimento antecipatório são *ex nunc* e, embora perca a norma sua vigência — evento que as instâncias ordinárias recepcionarão na forma do art. 462 do CPC —, subsistirá a coisa julgada anterior e a força executiva do respectivo título. De acordo com Zeno Veloso, “concedida a liminar, fica suspensa a vigência da norma impugnada, mas de forma provisória, não definitiva, e sem retroatividade. Não há prejuízo, portanto, das relações jurídicas anteriores ou dos atos que se aperfeiçoaram durante a vigência do preceito impugnado”.⁸⁹

Às vezes, o provimento do STF, na ação declaratória de inconstitucionalidade, abstém-se de pronunciar da nulidade da lei ou do ato normativo. Limita-se a decretar a inconstitucionalidade sem redução de texto, precisando o alcance e o sentido da disposição legal; e formula interpretação conforme à Constituição, fixando a correta interpretação da norma para que não ocorra, na sua aplicação ulterior, ofensa à Carta Política. A cláusula final do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º — “... ou em aplicação ou interpretação tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal” — respeita a tais técnicas, portanto: não constitui janela para o vencido,

89. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional da constitucionalidade*. p. 108.

inovadoramente nos embargos, deduzir questão constitucional perante o juízo da execução, suscitando o controle difuso, *a posteriori*, do fundamento constitucional do título.

Seja qual for a técnica de controle da inconstitucionalidade adotada pelo STF, no caso concreto, origina-se eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a teor do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, ressalvada, quanto à retroatividade, disposição expressa em contrário, preservando situações pretéritas. Outorgando o STF efeitos *ex nunc* ao seu julgamento, com o fito de não bulir com direitos adquiridos sob a égide da lei inconstitucional, nenhuma aplicação exhibe o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, às sentenças transitadas em julgado e baseadas no preceito controvertido. Em outras palavras, a alegação do julgado do STF, nos embargos, atenderá os limites temporais atribuídos à decisão, a teor do art. 27 da Lei 9.868/99 e, em alguns casos, subsistirá incólume o título e, conseqüentemente, a admissibilidade da execução nele fundada. O termo inicial dos efeitos da inconstitucionalidade dependerá de resolução expressa no julgado do STF. A regra é a eficácia *ex tunc*. Compete ao interessado, emitido o provimento pela Corte Constitucional, avaliar sua extensão no respectivo dispositivo.

Quanto ao controle incidental, ainda que resulte de reiteradas manifestações uniformes e convergentes do STF, somente a partir da resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X, da CF/88, suspendendo a lei ou o ato normativo, enseja-se a incidência do art. 741, parágrafo único, e do art. 475-L, § 1º do CPC. A recente valoração desses precedentes, excepcionando a cláusula da reserva do plenário (art. 97 da CF/88), através do art. 481, parágrafo único, nos tribunais inferiores, e autorizando o julgamento singular do relator (art. 557), visam à celeridade dos pronunciamentos nas instâncias ordinárias. Assim, precedentes uniformes e convergentes do STF, antes da resolução do Senado, na bastam à aplicação dos mencionados dispositivos.

4.8. Remédios admissíveis

A ineficácia superveniente do título judicial, em razão da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o provimento, inclui-se no restrito rol das causas de pedir admissíveis dos embargos. Porém, a exemplo do que sucede na hipótese do inciso I do art. 741, e do art. 475-L, I, nada exclui o emprego da ação rescisória e da ação declaratória com idêntica finalidade. Trata-se de *concursum eletivum* de ações. O emprego de um dos remédios processuais cabíveis, nada obstante, elidirá o emprego simultâneo ou ulterior dos demais.⁹⁰

Ressalte-se que o uso da ação autônoma não se vincula à observância do prazo dos embargos (art. 738) e da impugnação (art. 475-J, § 1º). É lícito ao vencido empregá-lo após o desaparecimento da oportunidade para embargar. No entanto, somente os embargos ou a impugnação suspendem a execução, e, ressalva feita à

90. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória*. p. 25-28.

obtenção de medida cautelar, por igual admissível na ação rescisória (art. 15 da MP 2.180-35/01, hoje transplantado para o art. 489, na redação da Lei 11.280, de 16.02.2006), a ação autônoma não impedirá a tramitação do processo executivo. Ajuizada tal ação após o término da execução, e satisfeito o crédito, caberá ação do executado para recuperar o indébito, na falta do impedimento expresso contra tal pretensão, constante do § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

Finalmente, toda e qualquer questão relativa à inexecutabilidade do título se ostenta admissível na exceção de pré-executividade.⁹¹ Por tal motivo, é ilícito ao vencido alegar a ineficácia na própria execução, como aconteceria na hipótese do art. 741, I, e do art. 475-L, I.

4.9. Aplicação retroativa da regra

Para não ofender ao art. 5º, XXXVI, da CF/88, o art. 741, parágrafo único, somente se aplicará aos provimentos transitados em julgado após a vigência do art. 3º da MP 1.997-37, de 11.04.00.⁹² Antes dessa data, vigora o regime anterior, ou seja, a alegação da inconstitucionalidade originária ou superveniente se veiculará através de ação rescisória. Implementado o prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC, o título escapará dessa singular ineficácia. E isso, porque o art. 741, parágrafo único, não se limitou a instituir remédio jurídico processual, de aplicação imediata aos feitos pendentes (art. 1.211, 2ª parte, do CPC). O preceito criou fator de ineficácia, no plano material, do provimento judicial. Nenhuma lei dessa natureza se aplica retroativamente. Preconiza-se idêntica solução quanto ao prazo da rescisória: “O direito potestativo (à rescisão, no caso) já nascido para alguém, desde a ocorrência do fato que o gerou, fica imune (inclusive quanto ao lapso de tempo em que é exercitável, e que o integra como elemento essencial) à lei superveniente — no ordenamento pátrio, até por força de regra constitucional (art. 5º, XXXVI)”.⁹³

4.10. Efeitos do julgamento dos embargos

A procedência dos embargos implicará a inadmissibilidade da execução. Este provimento não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo extinto. Faltou disposição análoga ao disposto, neste sentido, § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, porém, a consequência é natural. Nenhum proveito prático resultará da renovação da demanda, ante a eficácia *erga omnes* do juízo de inconstitucionalidade, que vincula os órgãos fracionários inferiores. Respeitada a pureza do siste-

91. Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. p. 72-74, porque não situa o defeito no plano da eficácia e busca impedir a completa “relativização” da coisa julgada.

92. De acordo, TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. p. 78.

93. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*.... p. 221-222.

ma, veda-se ao juiz de primeiro grau chegar a resultado discrepante, aplicando a norma inconstitucional para emitir pronunciamento de sentido convergente àquele tornado ineficaz, e novo pronunciamento uniforme com a solução do STF é completamente inútil e dispensável. Como já se afirmou, a “correção da solução inconstitucional em que se amparou o título automaticamente inverterá o resultado do processo anterior, sem a necessidade de nenhuma providência adicional”.⁹⁴

Evidentemente, a procedência dos embargos ou da impugnação, na hipótese versada, pressupõe a motivação do título executivo, exclusivamente, no preceito inconstitucional. Se, ao invés, a condenação se ampara em múltiplos fundamentos, porque o vencedor alegou várias causas de pedir no processo que a originou, o título resistirá à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um dos seus fundamentos.

5. CONCLUSÃO

Do exposto resulta nítido que o art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1º, inserem-se no panorama mais largo, que logo se ampliará a rincões inexplorados, da flexibilidade da coisa julgada. O fundamento da regra, decorrente do respeito à Constituição interpretada pelo STF, até sobreleva-se àquelas hipóteses genéricas, respeitantes a supostas nulidades do processo e da sentença dotada de eficácia de coisa julgada, que opiniões doutrinárias apontam como motivos para desprezar a coisa julgada. Porém, para não liquidar, definitivamente, a segurança jurídica, impõe-se a intervenção do legislador, e o aparecimento da regra confirma a impressão de que dependerá de norma expressa — e, portanto, mostra-se errônea a extensão da ineficácia do julgado a quaisquer casos de nulidade — a definição da eventual inexistência da autoridade de coisa julgada.

Se a tendência contemporânea de ignorar a indiscutibilidade dos provimentos judiciais, que resume singular atributo da coisa julgada, provocará benefícios ou, ao invés, dissolverá a esperança de resolução rápida e efetiva dos litígios, constitui questão aberta a variadas divagações. No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

94. TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. p. 69.

- ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Cumulação de ações*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. *Repro*, São Paulo, v. 100, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 158, 1955.
- BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CAMUSSO, Jorge P. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1983.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CASTRO, Amílcar. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Lejur, 1989.
- _____. Para um conceito de irregularidade processual. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas — efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Repro*, São Paulo, v. 103, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Relativizar a coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 83, 2001.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 42, 1988.
- FERREIRA Fº., Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997.
- FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES, Fábio Luís et all. *Teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Lejur, 1983.
- HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. reimpressão. Aalen: Scientia, 1968.

- JAURNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. 26. ed. Munique: C. H. Beck, 2000.
- JOBIM, Nelson A. A sentença e a preterição do litisconsorte necessário. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 28, 1983.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. reimpressão. Milão: Giuffrè, 1962.
- _____. *Manuale di diritto processuale civile*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1973.
- _____. Nulidade da sentença proferida sem citação do réu. In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1997.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MACEDO, Alexander dos Santos. *Da 'querela nullitatis' — sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002.
- MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1955.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1973.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971.
- _____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (3ª série).
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.

- _____. *Comentários ao código de processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1949.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- _____. Eficácias da sentença e coisa julgada. *Sentença de coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Teoria da inexistência no direito processual civil*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- SOUZA, Miguel Teixeira de. *Ação executiva singular*. Lisboa: Lex, 1998.
- ROSENGERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz. *Zivilprozessrecht*. 11. ed. Munique: C. H. Beck'sche, 1974.
- ROSENGERG, Leo; GAUL, Hans Friedhelm; SCHILKEN, Eberhard. *Zwangs vollstreckungsrecht*. 11. ed. Munique, C. H. Beck'sche, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Repro*, São Paulo, v. 106, 2002.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Leud, 1983.
- _____. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Ajuris*. Porto Alegre, v. 25, 1982.
- _____. As nulidades no código de processo civil. *Repro*, São Paulo, v. 30, 1983.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.
- VILLAR, Wilard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.



CAPÍTULO III

UM ALENTO AO FUTURO: NOVO TRATAMENTO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES RELATIVAS À FILIAÇÃO

*Cristiano Chaves de Farias**

“Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas — mas que elas vão sempre mudando.” (Guimarães Rosa)

SUMÁRIO: 1. Uma decisão consentânea com o seu tempo: o emblema de uma nova era — 2. Breve síntese do caso: o paradigma da nova orientação jurisprudencial — 3. A filiação no direito civil clássico: águas passadas que não podem mover moinhos — 4. O novo ambiente da ação investigatória de paternidade: criando um lugar propício ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade da pessoa humana — 5. A ciência e os seus influxos: o homem desvendando a verdade biológica — 6. A maior participação do juiz na produção de prova: a integração do processo com a vida — 7. A prevalência da verdade real nas ações sobre direitos indisponíveis: o processo como instrumento de justiça — 8. Crítica à aplicação do modelo tradicional de coisa julgada nas ações filiatórias: a inquietude gerada pela concepção da coisa julgada no ambiente atual do Direito de Família — 9. A construção de nova tese sobre a coisa julgada na ação investigatória: a busca de um novo modelo de coisa julgada para as ações filiatórias — 10. A afirmação da coisa julgada secundum probationes nas ações filiatórias: a adequação do direito à realidade social — 11. Bibliografia.

1. UMA DECISÃO CONSENTÂNEA COM O SEU TEMPO: O EMBLEMA DE UMA NOVA ERA

Importante decisão prolatada pela 4ª Turma do STJ, por unanimidade, no julgamento do Recurso Especial nº226.436/PR, no dia 28 de junho de 2001, com brilhante voto-condutor do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ganhou a seguinte ementa:

“Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido.

* Promotor de Justiça — BAHIA. Professor do curso de Direito da UNIFACS — Universidade Salvador (pós-graduação); do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação); do JusPODIVM — Centro Preparatório para as carreiras jurídicas. Mestrando em Ciências da Família pela UCSal — Universidade Católica do Salvador. Coordenador do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Civil do Curso JusPODIVM; Membro do IBDFAM — Instituto Brasileiro de Direito de Família e do IBDP — Instituto Brasileiro de Direito Processual.

I — Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II — Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III — A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso da investigação de paternidade, deve ser interpretada ‘modus in rebus’. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’.

IV — Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.”

Ressalte-se, ainda, que votaram com o relator os Min. Barros Monteiro, César Ásfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Jr., acolhendo integralmente o coerente posicionamento.

2. BREVE SÍNTESE DO CASO: O PARADIGMA DA NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em abril de 1985 foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná recurso de apelação, sendo confirmada a extinção do processo por falta de provas, com decisão de improcedência do pedido.

Doze anos depois, em novembro de 1997, a ação foi reproposta, pugnando, desta vez, pela realização do exame DNA. O réu, uma vez citado, suscitou, em sede de preliminar (CPC, art. 301), a coisa julgada em razão da anterior decisão proferida, vindo o Juiz de Direito de primeiro grau a admitir o processamento da ação.

Em sede de agravo por instrumento interposto pelo acionado, o TJ/PR, mais uma vez, decidiu contrariamente aos interesses do infante, inadmitindo a nova ação porque entendeu que seriam idênticas e que já houvera julgamento de mérito na primeira delas, existindo, assim, coisa julgada, motivo que o levou a extinguir a segunda ação sem análise de fundo (CPC, art. 267, V). Chegou mesmo a afirmar: “*não é possível a repropositura de ação, onde se deu a coisa*

juulgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas. A propositura de nova ação, somente é possível nos casos expressamente excepcionados em legislações especiais”.

Foi interposto recurso especial contra a decisão do pretório paranaense, vindo a ganhar pronunciamento favorável do Órgão Ministerial com assento no Tribunal Superior e, finalmente, sendo provido de acordo com a ementa acima mencionada, descortinando uma nova era no tratamento da coisa julgada, notadamente nas ações filiatórias.

3. A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL CLÁSSICO: ÁGUAS PASSADAS QUE NÃO PODEM MOVER MOINHOS

Na vigência do Código Civil de 1916, com os influxos patrimoniais e individualistas predominantes e à luz de uma concepção matrimonializada da família, afirmava-se a filiação como “*o laço existente entre a pessoa que nasce e os seus genitores*”, como preconizava Eduardo Espínola¹, realçando o seu aspecto biológico.

Com tais princípios, adotou a ordem civil brasileira um sistema de presunções (CC/16, art.338 e NCCB, art. 1.597), com origens romanas, de modo a imputar a paternidade do filho da mulher casada ao marido dela. Era a presunção *pater is est quem nupcias demonstrant*. A paternidade era fruto de um processo lógico pelo qual a mente alcançava uma convicção por ficção legal. Justificava-se em nome da (falsa) *segurança jurídica*, montada a partir de tratamento legal em que o homem sobrepujava-se à mulher, buscando-se evitar a adulterinidade *a matre*.

Nesse campo, “*a verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurram os filhos que não se submetiam aos estritos limites da lei*”, como ressalta com maestria Luiz Edson Fachin². Por conseguinte, a ação de investigação de paternidade ficava reservada, praticamente, aos filhos nascidos fora das relações matrimoniais (chamados, até o advento da *Lex Legum* de 1988, de *ilegítimos* ou *legitimados*, se os seus pais viessem a se casar posteriormente).

Esse panorama manteve-se até o advento da Constituição da República (apesar de minoradas as conseqüências drásticas da presunção *pater is est* com as Leis nº 6.515/77 e 7.250/84), que, derrubando o sistema de presunções que se manteve por mais de 20 séculos, garantiu isonomia no tratamento entre os filhos.

1. Cf. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, p. 490.

2. Cf. *Da paternidade — relação biológica e afetiva*, p. 20.

Com os ventos isonômicos e sociais (e, por que não dizer, humanitários) da *Magna Charta*, notadamente pelo comando 227, §6º,³ foram suprimidas, em definitivo, as qualificações discriminatórias em relação à filiação. Com isso, a condição jurídica de filho pode ser investigada (e, por igual, negada pelo genitor) sem óbices ligados ao estado civil ou ao parentesco.

Elucida, então, Gustavo Tepedino, com proficiência ímpar e a autoridade de grande ponto luminoso da nossa ciência civilista, que “*a Constituição da República altera radicalmente o sistema anterior, assim delineado, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais*”. E conclui o grande mestre e membro do MP que o Texto Maior trouxe novos princípios informadores de toda a disciplina jurídica, “*definindo a nova tábua de valores*”.⁴

Deste modo, percebe-se que a partir dos novos matizes constitucionais, o tratamento filiatório passou a se submeter, basicamente, aos princípios constitucionais, dentre os quais, à *dignidade da pessoa humana* (CR, art.1º, III), vértice de todo o sistema jurídico pátrio, exigindo-se nova postura e interpretação do sistema de presunções antes vigente.

4. O NOVO AMBIENTE DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE: CRIANDO UM LUGAR PROPÍCIO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vocacionada, historicamente, para servir de mecanismo processual para a regularização do *status familiae* daqueles que não estivessem submetidos à (famigerada) presunção *pater is est*, a ação de investigação de paternidade teve seus contornos disciplinados pelo CC/16 no art.363 — agora alterado pelo art. 1.605 do NCCB.

Somente era possível o manejo da ação de investigação de paternidade pelo filho ilegítimo natural⁵ (vedado ao adúlterino, pelo menos enquanto perdurasse a sociedade conjugal de seu suposto genitor, e ao incestuoso).

E mais. A ação deveria, necessariamente, estar ancorada em uma das hipóteses elencadas no art.363 do CC/16, pena de descabimento, como se a concepção pudesse ter suas fontes taxadas pelo legislador, olvidando, até mesmo, a atuação humana e

3. A Constituição de Cuba, no art. 36, traz dispositivo com idêntico propósito, afirmando que “*todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fora del matrimonio. Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nascimentos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos, ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación. El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad.*” Assim, OLIVEIRA Fº., Bertoldo Mateus de. *Alimentos e Investigação de Paternidade*. p.150.

4. Cf. *Temas de Direito Civil*. p.393.

5. Nesse sentido vale buscar o escólio de Eduardo Espinola, ressaltando, com base no texto do CC/16, que “*os filhos ilegítimos simplesmente naturais têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento de sua filiação*”, cf. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. p.515.

as ilimitadas formas de extravasar o desejo sexual. Como se a lei pudesse impor ao ser humano os modos de conceber. Vã presunção!

Aliás, veja-se que o NCCB mantém o equívoco, tentando estabelecer hipóteses para o manejo da ação investigatória, no art. 1.605⁶.

Ora, desde a *Lex Fundamentallis* de 1988 (e as Leis nº 8.069/90 — ECA e 8.560/92 — Lei de Investigação de Paternidade), um novo ambiente foi estabelecido para a matéria. A ação investigatória é disponibilizada para todo aquele que pretender regularizar seu *status familiae*, pouco importando a sua situação jurídico-familiar ou mesmo a do investigado. Quedaram inertes (e definitivamente sem vida!) as limitações para o ajuizamento da ação investigatória.

Com o fantástico Tepedino, “o art.227, §6º, da Constituição Federal de 1988, portanto, põe fim a uma longa história de discriminações”.⁷

Ademais, não se pode olvidar que a *dignidade da pessoa humana*⁸, insculpida como motor de propulsão da nova ordem jurídica (art.1º, III, CR), impõe uma nova visão da filiação, uma vez que confere a todos o direito à vida digna, iniciada, por evidente, pela inserção no ambiente familiar. Assim, tornou-se inadmissível qualquer vedação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão, ressaltado o caráter absoluto da *dignidade do homem*.

Deflui, então, que a tutela da dignidade humana exige mecanismos eficientes, dentre eles o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade (assim como o negatório), de forma eficaz, liberto de qualquer restrição ou limites, possibilitando o atendimento da determinação constitucional.

Esse o perfil das ações relativas à filiação no novo ambiente jurídico brasileiro: absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público. E mais, impende que se lhes reconheça um escopo voltado para a promoção da dignidade e do desenvolvimento da personalidade humana.

Nada mais natural, via de consequência, que estejam as ações filiatórias submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender às idiosincrasias que o direito material impõe, até porque o processo deve ser encarado como *instrumento* para a concretização do direito substantivo correspondente.

6. O dispositivo afigura-se-nos criticável, como, de resto, toda a estrutura da nova (?) codificação. Com idêntico raciocínio, Rosana Fachin dispara que “*não há profundas alterações jurídicas na seara da procriação, perdendo o legislador uma grande oportunidade de sistematizar a realidade existente, deixando à margem desse novo século, no âmbito da filiação, tão importante porfia*”, cf. Da Filiação. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. p.114.

7. Cf. *Temas de Direito Civil*. p.409.

8. Sobre o tema, vide a inexcedível obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

5. A CIÊNCIA E OS SEUS INFLUXOS: O HOMEM DESVENDANDO A VERDADE BIOLÓGICA

Em 1865, no Mosteiro de Bro, na Morávia, o monge agostiniano Gregor Mendel descobre as leis da hereditariedade, a partir do cultivo de ervilhas, deflagrando o importante processo científico que ganhou de Mangin o título de “*história do controle da filiação*”.⁹

A partir daí, não mais parou a pesquisa e o avanço da ciência, até se chegar ao exame DNA (ácido desoxirribonucléico, também dito exame determinativo da identidade biológica), que permite, com precisão, a determinação da paternidade, a partir das influências genéticas.

Alguns, mais incisivos, enfatizam que “*os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir*”, a partir do advento do DNA, como dispara Eduardo de Oliveira Leite.¹⁰

Efetivamente, o exame DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,999%), determinar a paternidade. Por isso, ensina Maria Helena Diniz: “*a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões. Como a população da Terra é estimada em 5 bilhões de pessoas (com 2.5 bilhões de homens) é virtualmente impossível que haja coincidência.*”¹¹

Com o advento do DNA, portanto, os demais meios de prova, em ações deste jaez, tornaram-se obsoletos e desnecessários, por permitir com maior grau de convicção a descoberta da paternidade e, por conseguinte, da verdade do processo.

É certo — e isso não se põe em dúvida — que o exame DNA não constitui prova única a ser utilizada na investigação de paternidade. Não o havendo, os demais meios de prova disponíveis na sistemática processual continuam válidos e possíveis para a determinação da paternidade. Entretanto, *havendo tal exame, pode se tornar desnecessário seguir-se na instrução processual*, que serviria, apenas e no máximo, para corroborar da certeza científica.

No direito comparado, já reina pacífico o entendimento de que o DNA é a prova central da investigação filial. Os argentinos Verruno, Haas, Raimondi e Legaspe¹² chegam a disparar: “*o DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consaguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em Cortes e Tribunais de Justiça de todo o mundo.*”

9. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *O exame DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação*. p.190.

10. Cf. *O exame DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação*. p.209.

11. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p.273.

12. *Manual para la investigación de la filiación*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

O DNA é, sem dúvida, a prova mestra na investigação de paternidade e, como tal, impõe uma nova concepção da ação investigatória!

Repita-se, no entanto, à exaustão, que não é prova única. Não é o meio de prova exclusivo para a determinação da paternidade, não prejudicando as ações iniciadas, nas quais não seja possível — por qualquer motivo — produzir tal prova pericial.

“A era DNA provocou uma alteração de rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então revestidas pelo véu do impenetrável e munidas somente de provas indiretas a formar o convencimento do juiz, declarando ou não o vínculo paterno-filial”, como assevera Maria Christina de Almeida¹³.

A possibilidade de descoberta precisa da filiação pelo exame DNA representa considerável avanço, permitindo, agora, que se afaste o sistema de presunções, bem como que se aproxime a decisão judicial, em ações deste jaez, da verdade fática. Enfim, permitiu o entrelaçamento do processo com a realidade fenomenológica da vida.

Por conseguinte, morreu (de morte natural!) o art. 363 do CC/16 e foi natimorto o art. 1.605 do NCCB, porque o único fundamento para o exercício da ação de investigação de paternidade é a concepção¹⁴ — que, frise-se, pode ser fruto de relações sexuais ou não, sendo inadmissível limitar o âmbito de admissibilidade do manejo da referida ação.

Registre-se, finalmente, ser necessária uma interpretação cuidadosa e apropriada dos resultados do exame DNA, de modo a fornecer ao processo uma prova idônea a auxiliar na formação do convencimento. Impende cautela na realização do exame, desde a escolha do laboratório até a esmerada redação do laudo, passando pela formação acadêmica do profissional.

Sobreleva evitar, assim, uma *sacralização* ou *divinização*¹⁵ do DNA, que, repita-se, não se tornou prova exclusiva em tais ações.

A prova pericial genética não é único meio idôneo para provar a filiação, nem se tornou prova absoluta e inconteste. Todavia, dada a sua precisão e grau de acerto, é fundamental que seja realizado o DNA em todas as ações desta natureza, conferindo ao juiz mecanismo seguro e preciso para valorar as provas e decidir, em conformidade com a verdade da vida.

13. Cf. *Investigação de paternidade e DNA — Aspectos polêmicos*. p.142.

14. Nesse diapasão, Belmiro Pedro Welter ressalta que “há apenas uma (e não três) causa de pedir na investigação de paternidade: a concepção do filho, consistente na relação sexual ou na inseminação artificial, pelo que é possível somente o ingresso de uma demanda para descobrir a filiação biológica, desde que nela sejam produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial, notadamente o exame genético DNA, e depoimento pessoal”, cf. *Direito de Família: Questões controvertidas*. p.75.

15. Expressão cunhada por Sérgio Gischkow Pereira, ao proferir voto no TJ/RS, no julgamento da Ap.Cív. 595074709, in *RJTJRS* 175:596.

6. A MAIOR PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVA: A INTEGRAÇÃO DO PROCESSO COM A VIDA

Ao contrário do que afirmou a doutrina processual clássica, o juiz é parte interessada no processo. “*Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição*”, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque¹⁶. A idéia de juiz inerte, mero espectador da batalha entre as partes (onde vencia o mais forte), felizmente, quedou¹⁷ em prol da *igualdade substancial*, determinada pelo art.5º da CR.

A participação ativa do juiz é sinal de garantia do preceito constitucional isonômico, evitando que a parte menos favorecida seja prejudicada no plano processual, tendo destruído o seu direito material¹⁸.

Por certo, não há possibilidade do processo civil atender a uma *função social* no ambiente moderno, senão assumindo o magistrado uma posição proeminente frente às partes, com interesse na justa solução do litígio, *capaz de não só promover o impulso, mas também participar ativamente do campo fecundo da prova*¹⁹.

Não há, destarte, qualquer inconveniente ou incompatibilidade na participação mais ativa e efetiva do juiz no processo. Ao revés, deverá o magistrado estar engajado na atividade probatória, envidando esforços para que sua sentença seja obra de justiça e apresente solução eficaz e correta para o conflito de interesses estabelecido.

Transportando tais idéias para o campo das ações filiatórias, conclui-se, inarredavelmente, que deve o juiz determinar a realização de todos os meios de prova, com vistas à formação de seu juízo valorativo, desde o depoimento pessoal das partes até a realização do exame DNA, passando, por óbvio, pela prova testemunhal.

16. Cf. *Garantia da amplitude probatória*. p.171.

17. Nesse sentido, consulte-se Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, cf. *Teoria geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, ressaltando tendência universal para ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

18. Nessa senda, Barbosa Moreira, com a sensibilidade que lhe é inerente, chamou atenção para o fato de que “*os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se ‘substitui’ às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto*”, cf. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 146.

19. A jurisprudência também vem acolhendo a tese, como se pode notar da leitura do aresto ora transcrito: “*A ampliação da iniciativa probatória do juiz é tendência do processo civil moderno e está assegurada no art. 130 do CPC...*” (TRF-3ª Região, Ac.unân. 1ª T., j.26.3.96, Ag.95.03.31772-0/SP, rel. Juiz Sinval Antunes, in *JSTJ/TRF* 3 87:483).

Nesse campo, vale lembrar Belmiro Pedro Welter, um dos precursores da tese aqui defendida, com suas firmes palavras, tonificando que “*tem o juiz a obrigação de ordenar a realização de todas as provas necessárias, mesmo de ofício e, dentre elas, efetivamente, o exame genético DNA*”²⁰.

Tem-se como certo e incontroverso, então, o poder-dever do magistrado em determinar a realização de todos os meios de prova nas ações que versem sobre direitos indisponíveis, a partir da regra do CPC, art. 130, bem como pela inaplicabilidade no caso dos efeitos decorrentes da revelia, nos termos do CPC, art. 320, II.

7. A PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL NAS AÇÕES SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA

A velha assertiva de que o direito processual civil se contentava com a verdade formal está definitivamente superada. Não se pode olvidar que prevalece na fase atual do nosso direito processual a busca da verdade no processo, evitando injustiças.

Máxime em sede de direitos indisponíveis, nos quais a regra esculpida no CPC, art. 320 II, já determinava a inaplicabilidade dos efeitos decorrentes da revelia, deixando clara a necessidade de descoberta da realidade fenomenológica das coisas.

Marcelo Abelha Rodrigues, inclusive, chega a elencar a *verdade real* como princípio do processo civil, disparando que “*está o magistrado autorizado a determinar, independentemente das partes, as provas necessárias à instrução do processo*”.²¹

Vê-se, assim, que o processo civil contemporâneo traz consigo a marca indelével do princípio da *verdade real*²², afastando, de uma vez por todas, a mera *verdade formal* (que não é verdade!) — o que, aliás, é indiscutível em sede de direitos indisponíveis²³.

Como bem salientou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar o REsp.4987/RJ (publicado no DOU 28.10.91), “*na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o feticismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensinar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.*”

20. Cf. *Direito de Família: Questões controvertidas*. p.70-71. Com o mesmo pensar, Helena Cunha Vieira, *Revista Ajuris*, v. 60, p. 327, afirmando que “*se se trata de direitos indisponíveis, deverá o juiz orientar-se no sentido de encontrar a verdade real, determinando a produção das provas que entender necessárias*”.

21. Cf. *Elementos de Direito Processual Civil*. p.74-5.

22. Entretanto, não se pode confundir a *verdade real* do Processo Civil com a do Processo Penal, dada a diversidade de objetivos. A *verdade real* da Ciência Processual Civil é a *verdade possível* no processo, correspondente à realidade fenomenológica das coisas. Ou seja, é a *verdade* que o juiz poderá atingir, sem, no entanto, eternizar o processo.

23. Tratamos do assunto mais detidamente em nosso “*Audiência preliminar no processo civil moderno*”, cf. *A segunda etapa da reforma processual civil*. p.366.

Averba-se, deste modo, que o processo civil moderno não mais aceita a verdade formal, que resta superada de modo definitivo — especialmente nas ações que tratem sobre direitos indisponíveis, em face da peculiaridade de sua natureza. É mister a busca da realidade fática, de modo a que seja justa a solução do conflito de interesses.

8. CRÍTICA À APLICAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL DE COISA JULGADA NAS AÇÕES FILIATÓRIAS: A INQUIETUDE GERADA PELA CONCEPÇÃO DA COISA JULGADA NO AMBIENTE ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni & Sérgio Cruz Arenhart, “*a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional*”²⁴⁻²⁵. É, pois, a qualidade que reveste os efeitos decorrentes da sentença contra a qual não cabe mais qualquer recurso como meio impugnatório.

Historicamente, se afirmou que o resultado da sentença proferida na ação sobre a filiação fazia coisa julgada material, atingindo, inclusive, o eventual substituto processual, quando fosse o caso²⁶.

Todavia, a aplicação cega e irrestrita do regime da coisa julgada nas ações filiatórias (e nas que versam sobre direitos indisponíveis, de modo geral) conduz, indubitavelmente, a inquietações sociais e pessoais das mais diversas, uma vez que os modernos métodos de investigação científica permitem a formação de juízo valorativo seguro.

Nesta linha de raciocínio, Rolf Madaleno assevera que “*afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando tal decisão se ressentiu da adequada pesquisa científica dos marcadores genéticos de DNA, olvidando-se de promover a prova material da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai*”²⁷.

Não é crível, nem aceitável, que se admita a aplicação das regras tradicionais do CPC (diploma legal individualista, datado de 1973, quando não se podia imagi-

24. Cf. *Manual do Processo de Conhecimento*. p.610.

25. Registre-se a opinião de alguns, como Sérgio Bermudes, que entendem ser a definição da coisa julgada algo de tal modo tormentoso, que se tornaria impossível defini-la, cf. *Iniciação ao estudo de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973. p.91-92.

26. Entendendo que a coisa julgada na ação investigatória se submete às mesmas regras do processo civil, J.m. Leoni Lopes de Oliveira, cf. *A nova lei de investigação de paternidade*. p.192, e José Aparecido da Cruz, cf. *Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro*. p. 166, chegando mesmo este último, ilustre jurista paranaense, a asseverar, com base no texto do CPC, art. 474, que a coisa julgada abrange “*também as alegações e defesas eventualmente deduzíveis*”.

27. Cf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*. p.293.

nar a amplitude do avanço científico a que se chegaria em pouco tempo) nas ações filiárias. É que não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Em outras palavras, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiárias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for.

Com efeito, não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a *dignidade da pessoa humana* e a *igualdade substancial*, preconizados constitucionalmente.

Equivale a dizer, sem uma pesquisa probatória exauriente (realizada, se preciso, de ofício pelo juiz ou a pedido do MP) não se pode cogitar da coisa julgada material.

Em suma-síntese, não é possível a formação da coisa julgada material (que pressupõe um estado de certeza absoluta) havendo negligência probatória — seja das partes, do juiz ou do Ministério Público. “*Somente haverá coisa julgada material nas ações de investigação e contestação de paternidade quando tiverem sido produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial, notadamente o exame genético DNA e, depoimento pessoal*”, na lúcida assertiva de Belmiro Pedro Welter.²⁸

A concepção social do processo não admite a aplicação do sistema da coisa julgada tradicional nas ações filiárias, pena de atuação de indevidos formalismos, em detrimento de direitos e garantias fundamentais do homem²⁹.

9. A CONSTRUÇÃO DE NOVA TESE SOBRE A COISA JULGADA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA: A BUSCA DE UM NOVO MODELO DE COISA JULGADA PARA AS AÇÕES FILIATÓRIAS

Induvidoso que aquele sistema surrado da coisa julgada no CPC não tem guarida nas ações filiárias. Nesta linha de intelecção, fácil depreender o desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular as ações investigatórias e negatórias de paternidade.

Esse novo sistema de regulamentação da coisa julgada, inclusive, independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado no caso concreto pela jurisprudência.

28. Cf. *Direito de Família: Questões controvertidas*. p.75.

29. Bem ilustra Rolf Madaleno que é necessário serem “*superados formalismos processuais, quando se trata de buscar a verdade real nas ações que investigam paternidade e maternidade*”, cf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*. p.292.

dência³⁰, a partir das concepções constitucionais, eis que o sistema clássico, preconizado pelo CPC, não respeita a *dignidade da pessoa humana* e a *isonomia substancial*, determinadas constitucionalmente.

Não tinha razão, pois, Chiovenda, quando tentou encerrar os debates sobre a coisa julgada, afirmando, no alvorecer do século, que pouco restava por dizer sobre a matéria que não fosse inútil.

Não se poderia canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar, até mesmo, a própria sociedade. Deve ser ponderado pelo princípio da *proporcionalidade* qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto. Deve se considerar se mais vale a *segurança* ou a *justiça*. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor *justiça*, neste caso, porque *sem justiça não há liberdade qualquer*.

Assim, como salienta Sérgio Gilberto Porto, foi necessária a “*retomada do debate, máxime frente ao abalo que sofreu a ciência do processo, diante de nova realidade representada pelas demandas coletivas, haja vista que o ordenamento processual foi pensado e projetado para a canalização apenas dos conflitos individuais*”.³¹

Mas não é só. É preciso observar que não apenas as ações coletivas impuseram uma nova postura do instituto da coisa julgada. Também as ações sobre a filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pelo CPC, art. 467 e ss. Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada ficou mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa, etc.), com muito mais razão deve ser relativizada nas ações filiatórias.

Enfim, *é injusto vedar-se para sempre ao cidadão o direito de pleitear o reconhecimento de sua filiação, que se lhe constitui direito absoluto, sagrado, indisponível e inerente à própria personalidade*³².

Bem pondera Reinaldo Pereira e Silva que, em face da existência de tantas exceções à regra da imutabilidade da coisa julgada material, “*entender pela inviabilidade da analogia, em sede de ação de investigação de paternidade, seria de-*

30. Em sentido contrário, exigindo a previsão legal expressa de um novo sistema de coisa julgada, o eminente Prof. Fredie Didier Jr., mestre na matéria, para quem “*a necessária adaptação do processo ao direito material (e também à realidade) impõe, entretanto, uma imediata reforma legislativa, de modo a que se consagre, ‘de lege lata’, a técnica da coisa julgada ‘secundum eventum probationis’ para as demandas de paternidade. As peculiaridades deste direito (indisponível e constitucionalmente protegido) conspiram, também, a favor da diferenciação da tutela*”, cf. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista do curso de Direito da UNIFACS — Universidade Salvador*, Porto Alegre, v. 2, p.36 e ss, 2001.

31. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p.139. Nesse sentido, vejam-se os arts.16 da Lei nº 7.347/85 e 103 da Lei nº 8.078/90 — CDC.

32. Nesse sentido, o voto vencido do Des. Vanderlei Romer, no julgamento do Ag. Instrumento nº 8.159, do TJ/SC.

masiado apego à forma, ceifando o direito em si, como se este vivesse em função daquela e não o contrário”.³³

É que não se pode virar as costas para uma categoria especial de direitos, cuja natureza diverge dos demais direitos — regra geral, de cunho patrimonial — contemplados no CPC, projetado e voltado para a chancela de direitos individuais e com expressão econômica.

As regras ordinárias sobre a coisa julgada, arquitetadas no CPC, não podem ir de encontro à *Lex Mater*, nem — e o mais importante! — se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a *verdade sobre a paternidade*. Pensar diferente é tráfegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução — conquista dos homens livres! — das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta área, está a serviço da *verdade* e se nos impõe usá-la. Veja-se, inclusive, que se a verdade é conceito de índole filosófica, sendo possível encontrá-la, em tais casos, com o amparo científico, sobreleva sua utilização racional, a serviço do bem-estar do homem digno.

De mais a mais, como bem sentenciou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “*numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança*”.

“*O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentaram as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial, mas, também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genética do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda não foram devidamente aquilantados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas*”³⁴, na lúcida e pertinente assertiva de Rolf Madaleno.

Deste modo, fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.

Uma coisa é certa: a coisa julgada, talhada no sistema individualista do CPC vigente, é imprestável para as ações investigatória e negatória de paternidade³⁵, eis que poderia implicar na negação do próprio direito material correspondente. Ou seja, poderia, por via oblíqua, frustrar o caráter *instrumental* do direito processual, que serviria como óbice à concretização *efetiva* do direito à filiação, garantido constitucionalmente.

33. Cf. *Direitos da Família: uma abordagem interdisciplinar*. p.183.

34. Cf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*. p.301.

35. Com idêntico pensar, Madaleno, cf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*. p.305 e ss. e Belmiro Pedro Welter, cf. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. p.113.

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejuízo da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova *não passa em julgado*, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

Por derradeiro, vale trazer à liça aresto do TJ/DF, vazado em firmes e irretocáveis argumentos: “a busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. (...) A coisa julgada não pode servir para coroar o engodo e a mentira... O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais”.³⁶

10. A AFIRMAÇÃO DA COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES* NAS AÇÕES FILIATÓRIAS: ADEQUAÇÃO DO DIREITO À REALIDADE SOCIAL

Consideradas as peculiaridades das ações filiatórias, é mister afirmar que a coisa julgada nelas se dará sob a técnica *secundum eventum probationes*. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Disso não discrepa Cândido Rangel Dinamarco, propondo uma relativização da coisa julgada, afirmando importantíssima teoria, visando a imunização de decisões aberrantes de valores, princípios, garantias e normas constitucionais. Assevera, com maestria e sensibilidade, o mestre que a relativização da coisa julgada, devendo “*aplicar-se também a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é...*”³⁷

Pois bem, a técnica processual para regular a coisa julgada nas ações filiatórias não pode ser outra, senão a coisa julgada *secundum eventum probationes*³⁸.

36. TJ/DF, Ac.46.400, Reg.Ac.103.959, Ac.1ª T., rel. Des. Válter Xavier, publ. DJU 22.4.98.

37. Cf. Relativizar a coisa julgada material — I. *Revista Meio Jurídico*, v. 44, p.34-39, 2001.

38. Assim também, Belmiro Pedro Welter, cf. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. p.113, asseverando que “*somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial e especialmente, exame genético DNA, e depoimento pessoal*”.

E não se afirme a impossibilidade de ser aceita em nosso ordenamento por falta de previsão legal. Não se pode prestigiar o *indevido formalismo do processo, em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial*. Proceder deste modo é violar a *Magna Charta* e negar os direitos fundamentais do homem. É que “*o repensar do sentido da paternidade foi positivado nas próprias alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal de 1988, quando adotou o princípio da igualdade entre todas as categorias de filhos*”³⁹, consoante a cátedra oportuna de Maria Christina de Almeida.

A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ter assegurados seus direitos fundamentais. Até porque é constitucional a determinação do respeito à *dignidade da pessoa humana* e à *isonomia substancial*. Deste modo, resta ao processo civil adequar-se às necessidades da vida humana, distribuindo segurança e respeito aos direitos fundamentais.

Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana* também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Enfim, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Com Luiz Edson Fachin, “*a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal*”⁴⁰.

Reafirme-se, nesse passo, que é a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e atenta contra a *dignidade humana*, fazendo *tabula rasa* dos direitos fundamentais.

Pensar diferente é voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária *relativização da coisa julgada* pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito à filiação.

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: “*mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo*

39. Cf. *Investigação de paternidade e DNA*, p.153.

40. Cf. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, p.167.

tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade”.⁴¹

Vale registrar, por derradeiro, que, buscando tratar a matéria no plano positivo, apresentando uma solução *de lege ferenda*, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 116/2001, de autoria do Senador Valmir Amaral, dispondo: “Art. 1º. A ementa da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: ‘Regula a investigação de paternidade’. Art. 2º O art. 8º da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo Único — A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.”⁴²

Enfim, é preciso garantir o império e o papel primordial dos direitos fundamentais do homem.

11. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA — Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude da produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista do curso de Direito da UNIFACS — Universidade Salvador*, Porto Alegre, v. 2, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Campinas-SP: Bookseller, 2001.

41. STJ, Ac. 3º T., j.3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, in *RSTJ* 40:236.

42. Eis a justificação do Projeto: “O Código de Processo Civil, no artigo 469, determina que não faz coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, assim como não o fazem os motivos para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (CPC, incisos I, II e III do artigo 469). Assim, tem-se o paradigma segundo o qual a verdade deve ser revelada. Em alguns registros de nascimento, porém, essa verdade aguarda a oportunidade de ser lançada, sem mais embutir o medo da ilegitimidade ou do preconceito, e sem prejudicar as partes investigadas, como ocorria antes da Constituição Federal de 1988. A sociedade deste novo século não aceita mais a dúvida sobre a paternidade, que, no século passado, por ser motivo de vergonha, alcançava na jurisprudência sua principiação. Primeiro, foi proibido questionar e, depois, foi proibido rever os julgados sobre a paternidade, sempre baseados em frágil prova testemunhal. (Senador Valmir Amaral, Diário do Senado Federal, junho/2001, Sala das Sessões, 22/06/01)

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade — Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, Rosana. Da Filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JR., Fredie (Coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*. v. 4. São Paulo: RT, 1999.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade — DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA F^o., Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. São Paulo: RT, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Direitos da Família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999.

SIMAS F^o., Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2000.





CAPÍTULO IV

FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA¹

*Donaldo Armelin**

A coisa julgada material, gerando a imutabilidade panprocessual da decisão judicial por ela unvida, já foi considerada característica fundamental da jurisdição, como única atividade estatal hábil a produzi-la. Os estudos a respeito dos processos de execução e cautelar fizeram refluir sua abrangência apenas para o processo de conhecimento, ainda que tal concepção encontre algumas resistências na tela doutrinária. Mas mesmo neste, sua imperatividade vem sendo paulatinamente esgarçada. Como se pretende demonstrar mais de espaço infra, até a decisão coberta pela coisa julgada, que ultrapassou o biênio que a sujeita ao crivo da ação rescisória, tem sua imutabilidade sujeita a críticas em determinadas situações. Mesmo o sistema processual vigente incorporou, ainda que sob o prisma de medida provisória² e, pois, passível de não ser convertida em lei, restrição expressa para a denominada coisa julgada inconstitucional, subtraindo da decisão condenatória por ela revestida a exequibilidade inerente a esse tipo de sentença. Alguns aspectos deste novo panorama doutrinário e jurisprudencial a respeito da *res judicata*, são abordados a seguir, como mais uma tentativa de compreender esse aspecto agudo do conflito permanente entre os valores Justiça e Segurança Jurídica que informam o sistema jurídico com um todo.

O direito, como um sistema de disciplina social, estrutura-se mediante princípios e regras, que são dotados de normatividade, ou seja, de aptidão para impor conduta. Pacificou-se a questão da inserção dos princípios no âmbito das normas, reconhecendo-se, por conseguinte, em seu favor essa mesma aptidão. As normas têm um sentido que lhes é direcionado por valores que as informam, considerando que, como ressalta Miguel Reale, resolvem elas um momento de tensão entre fatos e valores.³

* Mestre e doutor — PUC/SP. Professor da PUC-SP.

1. Este trabalho corresponde à atualização de palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil realizadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em 2001 na cidade de Fortaleza.

2. V.M.P 2.180-35/2001.

3. Cf. "Cada norma jurídica, em suma, considerada de per si, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, *representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em um dado momento da experiência social*" (*Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p.478. Destaque no original).

Os valores para os quais tende o direito são vários, sobrelevando-se nessa constelação axiológica aqueles concernentes à idéia do direito, que são Justiça, a Segurança Jurídica e o Bem Comum⁴, os quais se refletem no sistema normativo com maior ou menor intensidade, considerando-se as circunstâncias do plano fático em que ocorre a atuação do direito. Assim, podem eventualmente as normas prestigiar valores de menor relevância em atenção aos resultados desejados em determinado quadrante do tempo e do espaço. O importante, contudo, é destacar as formas pelas quais a acomodação de valores diversos se faz no sistema normativo. Deveras, composto este por regras e princípios, o conflito entre aquelas e, destarte, entre os valores por elas prestigiados faz-se pelo sistema do “tudo ou nada”, de forma que, emergindo uma antinomia entre elas, uma delas será sacrificada mediante a sua exclusão do sistema. Diferentemente sucede quando se cuida de princípios. Estes não se excluem, mas se harmonizam, através da ponderação dos valores conflitantes, permitindo a atuação do princípio da proporcionalidade que impõe a existência de uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios para sua consecução, relacionados a uma específica situação⁵. A proporcionalidade já ressaltada por Aristóteles, é reconhecida como essencial à idéia do direito, constituindo mesmo um aspecto formal da Justiça. Não foi por outra razão que Dante definia o direito como uma *hominis ad hominem proportio*⁶ e Legaz Lacambra reconhece no equilíbrio e proporção aquele aspecto formal da Justiça⁷.

Atualmente no sistema jurídico não preponderam as regras mas sim os princípios, de forma que o sistema jurídico é presidido precipuamente por estes⁸, até porque a vulneração de um princípio pode implicar lesão mais grave do que aquela resultante de violação de uma regra. Nesse sentido o posicionamento de Celso Antonio Bandeira de Mello reconhecendo ser a violação de um princípio é muito mais grave do que o descumprimento de um dispositivo legal.⁹

Os princípios afloram no sistema também através de regras, mas, por vezes, a técnica legislativa os explicita diretamente, como sucede na Constituição Federal vigente, cujos artigos 1º a 4º patenteiam quais os princípios fundamentais adotados pelo Constituinte e que informam direta ou indiretamente o ordenamento jurídico nacional.

4. Cf. SAUER, Wilhem. *Allgemeinerechtslehre*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, KG, 1951. p. IX, sendo entretanto discutível a inclusão do bem comum nessa categoria.

5. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.357 e ss. O princípio de proporcionalidade atua na interpretação da Constituição, sob a denominação de princípio da concordância prática ou da harmonização que “reduzido ao seu núcleo essencial.....impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de fora a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros” (CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p.218.

6. De Monarchia, II c.II-XIII.

7. Cf. *Filosofia del Derecho*. Madri: Réus, 1951. p.448

8. V. CANOTILHO, J.J. Gomes. Principializão da Jurisprudência através da Constituição. *Repro*, v. 98, p. 84.

9. Cf. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980. p.230.

Tais princípios fundamentais reportam-se à estrutura de República Federativa do Brasil, à sua conduta no plano das relações internacionais e aos objetivos a serem por ela alcançados. Ali, no seu art. 3º, a Carta Magna especifica tais objetivos, destacando-se as referências à justiça, quando se refere a uma sociedade justa e solidária e ao bem comum, nele nominado como o bem de todos. O fato de serem colocados o bem comum e a sociedade justa como escopos a serem atingidos, não descarta a sua qualificação como valores, exatamente porque estes são conceituados como fins postos e reconhecidos como motivos determinantes de conduta.

Aliás, a referência ao justo é uma constante no texto constitucional. Assim é que se encontra nele a exigência de justa indenização na desapropriação (inciso XXIV do art. 5º e art. 184), de justa causa na despedida de empregado (inciso I do art. 7º) de justiça social na ordem social (art. 193) dentre outras hipóteses. O mesmo sucede com a justiça social reiterada no art. 170 como fundamento da ordem econômica.

Obviamente a justiça social não pode ser construída sem observância da justiça nas relações interindividuais, que se pretende assegurar através do acesso ao Judiciário não apenas como garantia de uma tutela jurisdicional qualquer, mas sim como direito a uma tutela justa. Portanto, não somente o acesso à ordem jurídica e sim o acesso a uma ordem jurídica justa. O valor justiça, destarte, permeia o texto constitucional consistindo no referencial mais elevado na estrutura axiológica que informa a Carta Magna. Já se disse que a pura justiça reside apenas nas estrelas¹⁰, ressaltando-se assim a inatingibilidade desse valor no seu estagio mais elevado. Nem por isso deixa de ser uma clara meta à qual tende o direito, até porque pode ser considerada como a síntese de todos os valores. De qualquer forma a justiça embora relativizada pelas contingências do tempo e do espaço, apresenta um aspecto formal mais favorável ao alcance do legislador e do aplicador do direito, que corresponde ao equilíbrio e proporção, tal como ressaltado supra. Por isso mesmo, com a manutenção dessas características, a justiça revela-se nos *praecepta iuris: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, que atravessaram séculos sem perder a sua atualidade, sem embargo dos câmbios sociais e econômicos ocorridos com a humanidade.

Mas não se desvenda o valor justiça apenas através dessas referências diretas constantes do texto da Constituição. O art. 37 desta explicita o princípio da moralidade que deve impregnar a administração pública, bem como ressaltam-se, no seu art. 170, outros princípios reportados ao bem comum, refletidos na tutela do meio ambiente, do consumidor e de outros bens jurídicos. O mesmo sucede com a seguridade social. Todos direcionados ao estabelecimento de uma sociedade efetivamente justa.

10. Cf, SAUER, op.cit, p.20, “Die Gerechtigkeit, die als absolter Wert nur in den Sternen wonht.”

Por sua vez, o valor segurança jurídica é também expressamente respaldado na Carta Magna. Se a segurança pode ser enfocada, sob o prisma psicológico, como a convicção de que as coisas ocorrerão normalmente, a segurança jurídica repousa também na estabilidade das relações jurídicas e também, especialmente, das decisões que põem fim aos conflitos eclodidos na sociedade. Seu tratamento específico emerge do texto do art 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior da União, que assegura não só a a intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, como também da coisa julgada frente à lei nova, impondo a vedação da retroeficácia desta de forma a obstar qualquer prejuízo ao julgado unguído pela imutabilidade panprocessual inerente a esse fenômeno de natureza processual de grande relevância para estabilidade das relações sociais.

Também resulta prestigiado pelo texto dos dispositivos constitucionais, que fixam prazos prescricionais para o exercício de pretensões, como sucede com o inciso XXIX do art. 7º da Constituição, que alude à prescrição quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho e com outros preceitos dela constantes. A referência à prescrição como forma de tutela da estabilidade das relações sociais deriva do fato de configurar uma sanção à inércia do titular do direito e, concomitantemente, assegurar a impossibilidade da eternização de litígios, cuja proliferação e subsistência acabam por esgarçar o tecido social. O mesmo, de resto, sucede com a decadência.

Isto demonstra que, no texto constitucional, remanescem subjacentes ou explicitados princípios que albergam ou se reportam a valores que podem, em determinadas circunstâncias, revelar-se antagônicos, impendendo, destarte, a sua harmonização até mesmo em função da segurança que deve ressumar de uma exegese inequívoca dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais integrados em um ordenamento jurídico disciplinador da sociedade. Mas esta forma de segurança há de ser obtida através de uma interpretação coesa e uniforme dos princípios em atenção direta aos valores neles prestigiados.

No que diz respeito ao objeto desta análise, tornam-se relevantes os possíveis atritos entre preceitos referenciados ao valor Justiça e ao valor Segurança jurídica. Principalmente no concernente à possível colisão entre a coisa julgada material e a justiça de decisão por ela unguída.

O aludido inciso XXXVI do art. 5º da Constituição estabelece como cláusula pétrea que a lei não prejudicará, nem o direito adquirido, nem o ato jurídico perfeito e muito menos a coisa julgada. É matéria pacificada que tanto o direito adquirido como o ato jurídico perfeito não se revestem dessa garantia constitucional se corporificados contra dispositivo legal cogente. O mesmo, todavia, incorre no que concerne à coisa julgada, que pode impor a intangibilidade de decisões *contra legem*, considerando-se a sua disciplina infraconstitucional. Ou seja, pode gerar uma decisão judicial injusta imune a qualquer possibilidade de modificação diversa daquelas

especificamente explicitadas no plano da legislação ordinária. Nisto reside o núcleo do problema atinente à necessidade de, nesse caso específico, serem harmonizados os princípios que respaldam a segurança jurídica e a justiça.¹¹

Ainda que o texto constitucional apenas se reporte à lei, a intangibilidade da coisa julgada existe e se impõe relativamente a todos os aplicadores do direito, o que inclui, inexoravelmente, o Judiciário. Deveras, se a lei, constitucionalmente, é a única forma de imposição de conduta positiva ou negativa, não haveria como qualquer ato que não se revestisse de sua natureza, inclusive uma decisão judicial, afrontar essa imutabilidade em razão de uma redação do texto constitucional que enseje uma interpretação restritiva dessa vedação. Aliás, sendo a coisa julgada material um fenômeno natureza eminentemente processual, seria impensável pudesse ela deixar de ser observada nesse mesmo plano, negando-se a sua própria finalidade. Deve-se ressaltar, todavia, que o fenômeno da coisa julgada material atenta mais a escopos de ordem prática do que de ordem meta jurídica, quando assegura a estabilidade das decisões judiciais independentemente do modo de sua formação e de seu conteúdo. Por isso mesmo não discrimina entre decisões justas e injustas, na outorga da imutabilidade que lhe é inerente.

A despeito de sua situação de garantia constitucional, a coisa julgada material, qualidade que se agrega à sentença não mais passível de modificação através de recurso de qualquer natureza, não foi conceituada no texto da Carta Magna. Sua definição situa-se no plano infraconstitucional, ou seja, no âmbito da lei ordinária. Atinge-se esse grau de imutabilidade panprocessual através da necessária passagem da decisão judicial pela sua imutabilidade endoprocessual, vale dizer no mesmo processo, através da preclusão de todos instrumentos de impugnação ou da exaustão destes. Esta preclusão final, a que se denomina coisa julgada formal, não se constitui em uma condição para a concretização da coisa julgada material, mas sim no aspecto

11. A respeito do conflito dos valores segurança e justiça, ponderou J.J. Calmon de Passos, *verbis*: “O processo persegue dois objetivos que, no final das contas, são os objetivos também buscados pela própria ordem jurídica. Nem poderia ser diversamente, visto como o processo é ao lado do adimplemento (aplicação voluntária do direito) o outro modo pelo qual se efetiva ou se realiza o direito. São eles a justiça e a segurança, ou em outros termos, a justa participação de todos nos bens da vida e a pacificação social. Esses objetivos deveriam se complementar, integrando-se em algo que bem poderíamos simbolizar com a palavra JUSTIÇA, assim maiúscula e proeminente. Na prática isso não ocorre. Antes eles se porfiam dialeticamente, ora um interferindo no outro, em seu prejuízo e detrimento. Porque, em verdade, como já frisamos, a ordem jurídica é a resultante da tensão dialética, nunca eliminada, entre a vocação do Poder para excluir, discriminar, privilegiar, estabilizar, e a vocação da sociedade civil de obter, de modo mais acentuado, melhor participação nos bens da vida, com satisfação do maior número possível das necessidades individuais e coletivas, que a vida social engendra e a formação de cada qual particulariza. Quando a sociedade civil é frágil em termos de participação e organização, prevalecem os valores relacionados com a pacificação social e a segurança, que beneficiam o poder, visto como privilegiam o *status quo*. Quando aquela sociedade logra maior participação e tem melhor organização, predominam os valores de justiça, que proporcionam mais equitativa fruição dos bens da vida por maior número”, *Código de Processo Civil Comentado*. v. X, t. I. São Paulo: RT, 1984. p. 232-233.

intraprocessual desta, considerando-se que uma e outra ocorrem concomitantemente. A coisa julgada formal ou preclusão máxima considera-se uma categoria processual autônoma quando o processo não tem, por variados fundamentos, o condão de gerar coisa julgada material. Esta, como ressalta Walther J. Habscheid, produz dois efeitos básicos: o de impedir a reiteração da mesma decisão no processo gerador daquela por ela coberta, homenageando assim o princípio *ne bis in idem*, e o de se impor a todo outro órgão judicante como obstáculo da rediscussão da matéria em processo que veicule ação idêntica.¹² Atua no processo como objeção processual, tal como contemplada no art. 301, VI, cujos parágrafos 1º e 3º estabelecem seus contornos, bem como no art. 267, V, que a qualifica como causa de extinção do processo sem julgamento do mérito.

Portanto, a coisa julgada material, teve seu conceito e seus contornos atribuídos à lei ordinária, que define o seu âmbito de atuação e estabelece os seus limites subjetivos e objetivos. Já foi ela considerada como característica essencial à jurisdição¹³ existindo, atualmente, como já afirmado supra, controvérsias sobre a sua atuação fora do processo de conhecimento. Deveras, ainda que seu conceito encontre-se insculpido na Lei de Introdução ao Código Civil (Dec-lei nº 4.657 de 4.9.42), cujo art. 6º, § 3º, limita-se a reconhecer sua existência quando incabível recurso de uma decisão judicial, e, pois, tenha uma abrangência que extrapola o próprio estatuto processual, sua atuação fora do processo de escopo declaratório *lato sensu*, não se justificaria por dispensarem os demais tipos de processo a imutabilidade dos resultados deles emergentes.

Com efeito, os processos de execução ou cautelar não aspiram uma declaração lastreada em certeza e imutável. O primeiro porque parte de uma decisão decorrente de um processo de cognição plena e exauriente ou de uma situação legalmente equiparada, objetivando tão somente satisfação de direitos. O segundo em razão de, normalmente, propiciar um situação provisória asseguradora do resultado útil de um processo de cunho satisfativo já pendente ou a ser incoado.

Nem a topografia do art. 467 do CPC, que neste define a coisa julgada material, auxilia a sua atuação relativamente aos demais tipos de processo albergados nesse Código. Com efeito, ao qualificar como coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso de qualquer espécie, não versou esse preceito legal matéria inserível naquela que deveria ter sido a parte

12. Cf. FREIWILLIGE. *Gerichtsbarkheit*. 7. ed. München: Verlag C.H.Beck, 1983. p. 203-204

13. Assim MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 61; ALVIM, Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. São Paulo: RT, 1971. p. 148-149; de certa forma LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. São Paulo, 1945. p. 114; ALLORIO, Enrico. Entorno a recientes manifestaciones científicas contrárias a la correlación entre jurisdicción y cosa juzgada. In: *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1963. p. 53 e ss.

geral desse mesmo Código, mas sim um fenômeno indiscutivelmente pertinente ao processo de conhecimento. Não, porém, ao processo de execução ou cautelar. Muito menos ao processo voluntário, a denominada jurisdição voluntária.

Embora ainda questionável a inocorrência da coisa julgada material no processo de execução, a doutrina majoritária inclina-se no sentido de não se revestir, em regra, de coisa julgada material a sentença a que alude o art. 795 do CDC.¹⁴ Aliás, exatamente por gerar uma situação em princípio imutável, a coisa julgada material deve resultar de um processo que permita uma cognição plena e exauriente no plano vertical, o que, como é curial, não sucede no processo de execução.

Da mesma forma, o processo cautelar, cuja sentença é prolatada com lastro em prova de mera plausibilidade, sendo manifestamente temporário, não está afeiçoado, salvo exceção expressamente prevista no CPC, a gerar decisões imutáveis.¹⁵ Finalmente, a disciplina legal da jurisdição voluntária também permite concluir no sentido de não se revestirem as decisões nela prolatadas da imutabilidade inerente à coisa julgada material. É o que resulta do art. 1.111 do CPC, que autoriza a modificação da sentença, sem prejuízos dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.¹⁶ Algumas formas de tutela de urgência de escopo satisfativo também não se compatibilizam necessariamente com a coisa julgada material. Assim é que a determinadas medidas provisionais previstas no art. 888 do CPC não se tem reconhecido a incidência de coisa julgada material relativamente às decisões nelas prolatadas, notadamente no que diz respeito às ações demolitórias, sob o aciccate de grave risco à saúde, à segurança ou outro interesse público (inciso VIII do art. 888).

14. Nesse sentido LIEBMAN, *Embargos do Executado*. p. 249-250; ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 242; THEODORO JR., Humberto. *Execução Forçada e Coisa Julgada*. In: *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 125-126; MOURA, Mario Aguiar. *Embargos do Devedor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p.74. Mais recentemente, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 114 e ss. Na jurisprudência, dentre outros arestos, TARS, Ap.120126979, rel. Araken Assis, j. 6.2.91.

15. A matéria não é pacífica. Assim Ovidio Baptista da Silva: “não havendo declaratoriedade relevante, na sentença não haverá espaço para estabelecer-se a coisa julgada material”, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. v. XI. Porto Alegre: Lejur, 1986. p.208; MARINS, Vitor A. A. Bomfim. *Tutela Cautelar*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 306; em sentido contrário porém PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X, t. I. São Paulo: RT, 1984. p. 234 e ss.; de certa forma também reportando-se a uma espécie de coisa julgada material cautelar, ARAGÃO, Egas Moniz de. *Medidas Cautelares Inominadas*. *Revista de Direito Processual*. Rio de Janeiro, v. 57, p. 601-67, 1988; COSTA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 11. São Paulo: RT, 2001. p. 756.

16. Entretanto a redação desse artigo 1.111 deixa entrever uma situação semelhante à das sentenças prolatadas em processos de jurisdição contenciosa, versando situações jurídicas que se prolongam no tempo, em relação às quais permite-se sustentar a incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, que enseja a propositura de ação denominada por Pontes de Miranda ação de modificação para adaptação do decidido às circunstâncias supervenientes a ele relativas. Cândido Dinamarco, negando a ocorrência de coisa julgada material na jurisdição voluntária, conclui que “isso não significa que as sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária sejam desprovidas de qualquer grau de imunização”. *Fundamentos do Direito Processual Civil Moderno*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 396.

A coisa julgada ainda apresenta peculiaridades consoante a matéria questionada no processo de onde resulta a decisão judicial a ser por ela afetada. As técnicas empregadas pelo sistema processual no sentido de serem protegidos direitos mais relevantes por sua função social, como aqueles do consumidor, do meio ambiente e da livre concorrência, possibilitam a formação de coisa julgada segundo o resultado do processo. O mesmo sucede quando o litígio envolve o princípio da moralidade pública, como ocorre na ação popular. Em tais situações o resultado do processo desfavorável a direitos relevantes quando resultante de deficiência probatória, seja por incúria dos representantes técnicos dos titulares desse direito ou mesmo sem responsabilidade destes, não se forma a coisa julgada material, possibilitando-se a repositura da mesma ação. Ocorre também a técnica da expansão dos limites subjetivos da coisa julgada material, com a formação desta com eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, o que demonstra que esse fenômeno processual é maleável e não pode ser considerado como um instituto insuscetível de flexibilização. No plano infraconstitucional o sistema processual tem permitido a adoção de tais técnicas sem que a sua utilização tenha esgarçado a segurança jurídica.

Na esfera do processo penal é conhecida a possibilidade de, em favor do réu, ser requestionada¹⁷, mediante revisão criminal, decisão trânsita em julgado, que julgou procedente a ação penal, o que demonstra a relativização desse fenômeno nessa área do processo. Nela, aliás, não se forma a coisa julgada quando ocorre a absolvição do réu por ausência de provas, o que demonstra ser a coisa julgada penal objeto de limitações na sua incidência sobre as decisões judiciais de mérito. Aliás, essas limitações podem repercutir no plano civil, quando neste efetivada a execução da sentença penal condenatória geradora de obrigação de indenizar e vem ocorrer a revisão bem sucedida dessa sentença, com a absolvição do réu executado.¹⁸

De todo o exposto, pode-se concluir que a coisa julgada material não é atributo essencial da prestação jurisdicional assegurada pela garantia da inafastabilidade da jurisdição, ínsita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição e hoje recortada pela existência de meios alternativos de resolução de disputas, notadamente pela arbitragem,

17. A revisão é, no sentir da doutrina que ainda não se pacificou a respeito, uma ação constitutiva autônoma de impugnação de decisão judicial ainda que trânsita em julgado. Nesse sentido MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 646-645 e TOURINHO Fº, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 450-451. Suas hipóteses de cabimento previstas no art. 621 do CPP apontam para casos graves de descompasso entre a decisão a o justo como valor informativo do direito. Assim é ela admissível quando a sentença condenatória for proferida contra texto expresso de lei; quando essa sentença for contrária à prova dos autos ou quando se fundar em provas comprovadamente falsas ou, ainda, quando após a sentença descobrirem-se novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Verifica-se, no confronto entre as causas de revisibilidade e de rescindibilidade um certo paralelismo. Apenas a rescisória, no sistema processual está vinculada a um prazo decadencial, o que inoocorre quanto à revisão criminal.

18. V. a respeito ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. São Paulo: RT, 1993. p. 179 et passim.

cuja constitucionalidade foi, recentemente, declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Isto implica reconhecer que a coisa julgada e seus efeitos são manejados pelo Legislador segundo critérios de ordem prática, no interesse da estabilidade das decisões judiciais, quando esta se faz necessária em razão do princípio da segurança jurídica.

Efetivamente, a coisa julgada material alcançando sentenças justas e injustas, não leva em consideração a justiça da decisão para ungi-las da imutabilidade e indiscutibilidade que caracterizam esse fenômeno processual. Esta peculiaridade reflete-se nos instrumentos postos à disposição dos legitimados para afastar a coisa julgada material de forma a propiciar a rediscussão da causa ou a superação de obstáculos que impediram a sua discussão, como sucede, v.g. no caso de sentenças que reconhecem a prescrição ou a decadência.

São eles necessariamente ações porque a coisa julgada material está condicionada a inexistência de recursos a serem interpostos contra a decisão por ela aureolada. O certo, contudo, é que nenhum dos instrumentos processuais direcionados a afastar direta ou indiretamente a coisa julgada material leva em consideração a justiça da decisão. Com efeito, tanto a ação rescisória prevista no art. 485 do CPC, como a ação anulatória contemplada no art. 486 do mesmo Código¹⁹ não cogitam de decisões injustas como alvo de sua atuação. O mesmo sucede com a ação declaratória — *querela nullitatis insanabilis* — de inexistência de relação processual relativamente ao réu do processo de onde emanou a decisão atacada sob tal fundamento. É o que também ocorre com os embargos de devedor previstos no inciso I do art. 741 do CPC, que, não atacando diretamente a decisão exequenda, inibe-lhe a eficácia executória, *ad instar* do disposto no parágrafo único desse mesmo artigo, inserido no CPC mediante a Medida Provisória n° 2.180 de 24 de agosto de 2001, ainda não convertida em lei mas vigente em virtude de sucessivas reedições.

Esse parágrafo tornou inexigível o título executivo judicial, mesmo ungi-do pela coisa julgada material, quando lastreado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal. Nesse caso de coisa julgada concernente a decisão reconhecida como inconstitucional o decidido subsiste, mas não será exequível. Disso se infere que as decisões de natureza declaratória e constitutiva não serão afetadas pela restrição imposta pela mencionada Medida Provisória,²⁰ o que gera um tratamento diferenciado de situações. Deveras, enquanto nas sentenças transitadas em julgado nas ações declaratórias ou constitutivas sua eficácia plena não é tolhida, naquelas de natureza condenatória a exequibilidade da sentença é inibida.

19. Se e quando consideradas unguidas pela coisa julgada material as decisões meramente honoratórias.

20. No mesmo sentido v. TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade. *Repro*, 106, p.79.

A ação declaratória de inexistência de relação jurídico-processual relativamente ao réu não citado ou nulamente citado, quando o processo correu à sua revelia e gerou sentença de mérito, fundamenta-se na violação de princípio constitucional assegurador do contraditório e da ampla defesa, como sub-princípio daquele que respalda o devido processo legal. Em verdade, porém, o processo nessa hipótese existiu sob forma de relação jurídica apenas linear entre o autor e o juiz e pode haver propiciado uma sentença favorável ao réu, justa ou injusta, em detrimento do autor, que restou vencido independentemente da participação daquele no processo. Destarte, embora seja um processo limitado a uma relação jurídica meramente linear, pode propiciar uma decisão favorável ao réu, o que deve ser levado em consideração para a declaração da inexistência por ele reclamada, o qual, por ser beneficiado pela decisão objeto de tal pedido, deverá ser julgado carecedor da ação, por ausência de interesse processual.

A rigor, se o artigo 741, I do CPC o comportasse, melhor seria, em casos de inexistência ou nulidade de citação do réu, a declaração da ineficácia do processo em relação a ele réu, que não participou da relação processual. Mas, de qualquer forma, a justiça da decisão prolatada no processo é desinfluyente para ensejar declaração elisiva dos efeitos da coisa julgada relativamente ao réu, ou da ausência de eficácia executiva da sentença condenatória na execução em face dele incoada. Isto porque em ambas hipóteses ocorre *error in procedendo* por si só suficiente para tal declaração.

Da mesma forma, a ação anulatória prevista no art. 486 do CPC não se reporta à justiça da decisão, que não se confunde com aquela prevista no art. 55 desse mesmo Código. Com efeito cuida esse referido instrumento processual de sentenças meramente homologatórias, nas quais o órgão julgante apenas outorga a chancela estatal a negócios jurídicos celebrados entre as partes. Se ingresso houver no exame do mérito da matéria objeto da homologação judicial, refletindo-se no conteúdo desta, deixa de haver uma simples homologação para se convolar o ato judicial em uma decisão com as características a ela inerentes, tornando-se passível de revisão pela ação rescisória.

Obviamente, na homologação judicial há de se levar em consideração os aspectos formais do negócio jurídico, bem como a harmonia deste com o sistema jurídico em que se engasta. Mas inexistente um enfoque específico quanto aos valores que informam o negócio celebrado entre as partes, até porque deve este versar matéria inserida na área da disponibilidade dos componentes das ambas as esferas jurídicas inseridas no acordo de vontades destas.

Outrossim, os atos judiciais diversos da sentença ou delas independentes não resultam revestidos dos efeitos da coisa julgada material e, embora possam provocar resultados injustos, não colocam em confronto os valores da segurança jurídica e da Justiça. Mas a ação anulatória, que decidir a seu respeito, por ensejar decisões trânsitas em julgado, poderá propiciar uma decisão injusta, em determinadas hipóteses. Isto implica reconhecer que, tal como pode suceder com os outros instrumentos proces-

suais direcionados à superação da coisa julgada material, o resultado de sua atuação também pode permitir o surgimento de decisões injustas.

Finalmente, a ação rescisória de sentença a que alude o art. 485 do CPC direciona-se exatamente ao desfazimento da coisa julgada material, propiciando a rediscussão e redecisão do mérito da ação afetado por ela. Não há rescisória calçada apenas na injustiça da decisão e sim, independentemente dela, em uma das hipóteses constantes do elenco taxativo inserido naquele dispositivo legal. Tais hipóteses contemplam *errores in procedendo* e *errores in iudicando*, sem estabelecer distinções quanto aos efeitos do reconhecimento de uns e de outros, no que concerne ao juízo *rescindens*.

É essa ação o instrumento de eleição do Legislador para afrontar a coisa julgada material, tendo sido estabelecido um prazo decadencial para o exercício do direito de rescindir a decisão judicial revestida dessa qualidade, prazo esse cuja exaustão retira do interessado qualquer possibilidade de rediscussão da matéria nela versada, consoante se tem entendido. A maior ou menor extensão desse prazo revela a opção pela estabilidade ou revisibilidade da decisão transitada em julgado. A redução de tal prazo, no vigente CPC, para dois anos, quando o pretérito Código bem como o art. 178 do Código Civil de 1916 o fixavam em cinco anos²¹, denota o propósito de assegurar, em menor prazo, a estabilidade definitiva e, pois, inatacável das decisões judiciais, privilegiando-se, destarte, a segurança jurídica, ainda que em detrimento da Justiça.

Mereceu essa redução encômios de parte da doutrina nacional afinada à necessidade de estabilização definitiva dos julgamentos. Nesse sentido Barbosa Moreira²² ponderou que o legislador dos tempos modernos e não apenas no Brasil tem qualificado a injustiça de sentença como um mal menor, se confrontado com a necessidade da estabilidade das decisões judiciais configuradoras da certeza jurídica. Uma opção de política legislativa, pois. Mas se demonstra que, no direito alienígena, pode ser adotada técnica diferenciada daquela constante do vigente Código de Processo Civil, fixadora de prazo decadencial único para todas as hipóteses de rescisão, bem como termo inicial também único para a sua fluência. A adoção de termos iniciais flexíveis, como a data em que se tomou conhecimento do fato propiciador da pretensão à rescisão, ainda que com redução do prazo para a propositura da ação rescisória, tem sido a opção escolhida por outros ordenamentos jurídicos. Essa técnica favoreceria melhor a parte prejudicada por uma decisão injusta decorrente v.g. de atos ilícitos, provas falsas e outras hipóteses, dos quais apenas após o prazo normal para

21. O vigente Código Civil ao cuidar da decadência não mais contempla o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, deixando assim à lei processual a incumbência de o fixar, como sucede com o art. 495 do CPC.

22. Ver mais especificadamente exposta essa posição nos *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 214 e ss.

a propositura da ação rescisória tomou ela conhecimento. Não obstante, *legem habemus* e a ação rescisória ficou confinada, quanto ao prazo para o seu aforamento, ao prazo bienal e termo inicial deste estatuídos no artigo. 495 do CPC.

O elenco do artigo 485 desse Código destaca dentre as hipóteses de rescindibilidade algumas decorrentes de ilícitos penais ou de falta de condições de imparcialidade ou de competência do juiz; de conduta ilícita da parte vitoriosa ou de ambas as partes neste caso para fraudar a lei; de falsidade ou insuficiência de prova passível de correção *a posteriori*; de afronta a lei ou à própria coisa julgada; de invalidação de transação, desistência ou confissão; de erro no julgamento em decorrência de má apreciação da prova. A última das hipóteses de cabimento da ação rescisória, inserida no rol previsto no precitado artigo 485, dizia respeito ao flagrante descompasso entre o valor fixado em ação de desapropriação direta ou indireta e o preço de mercado, ou seja, o valor real do objeto dessa ação. Tal hipótese de cabimento da ação rescisória foi, contudo, extirpada desse elenco por não ter sido reproduzida na Medida Provisória nº 1.906-6, de 29.6.99 que reeditou a Medida Provisória nº 1.798 de 13.05.99, cujo art. 5º incluía tal hipótese de cabimento da rescisória naquele rol do art. 485 do CPC.²³

Nessa hipótese já inexistente parece haver sido levada em conta a justiça da decisão, na medida em que a causa da rescindibilidade estaria diretamente conotada à existência de um enriquecimento sem causa do expropriado, decorrente de valor superior àquele real do bem desapropriado, ou a um confisco parcial do patrimônio deste, quando a indenização fosse manifestamente inferior àquele real, vulnerando, destarte, o princípio da justa indenização constitucionalmente assegurada.

Se for considerada uma sentença como injusta sempre que existir uma divergência entre o decidido e a situação substancial preexistente, em contrário à pretensão da parte que suporta as consequências dessa divergência,²⁴ verificar-se-á que o rol desse artigo. 485 alistar algumas sentenças que podem indicar a existência de injustiça nos seus dispositivos. Outras, porém, conquanto rescindíveis, o serão por motivos meramente processuais e, como tais, quaisquer que sejam os respectivos dispositivos, não se pode cogitar necessariamente de sua injustiça. Barbosa Moreira, ao examinar o art. 485 do CPC, demonstra que “a maior parte das hipótese previstas nos diversos incisos corresponde realmente a casos de julgamento defeituoso”²⁵ quer em razão de *error in procedendo*, quer em virtude de *error in iudicando*. Prosseguindo, o mesmo Autor destaca que o defeito pode ser imputado ao juiz, à parte ou mesmo a circunstâncias supervenientes, como seria o caso de documento novo surgido após o trânsito em julgado.

23. V. NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 512.

24. Nesse sentido VELLANI, Mario. *La Naturaleza de la Cosa Juzgada*. Buenos Aires: EJE, 1963. p. 137.

25. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 117-118.

De qualquer forma, essas ações rescisórias, espécie do gênero ações de impugnação de decisões judiciais, correspondem, no sistema do vigente Código de Processo Civil, à última oportunidade para a eliminação das sentenças passíveis de serem qualificadas como injustas, embora os fundamentos para a utilização desses instrumentos processuais não se apoiem diretamente nessa injustiça para propiciar a rediscussão e revisão do decidido.

O sistema processual, embora não preveja outras oportunidades para o questionamento de decisões trânsitas em julgado, permite, considerando-se a natureza declaratória das ações atinentes à inexistência de relação jurídico-processual relativamente aos réus não citados ou nulamente citados nos processos que correram à sua revelia, essa rediscussão a qualquer tempo. Mas não é essa uma hipótese isolada. Existem situações em que a sentença de mérito não transita em julgado. Como acima referido, há tutelas de urgência de natureza satisfativa, como sucede com o inciso VIII do art. 888 do CPC, que podem permitir o questionamento, mediante outra ação caracterizada por cognição plena e exauriente, do decidido a respeito do seu mérito, independentemente de ação rescisória.²⁶

Tal significa, para aqueles que aceitam essa categoria processual, a inexistência de coisa julgada material com seus indeclináveis efeitos. Da mesma forma não transitam em julgado os erros de cálculo e as inexatidões materiais consubstanciados em sentença, ainda que insuscetíveis de qualquer recurso. É o que se explicita de forma inequívoca no art. 463, I, do CPC, que permite ao prolator da decisão judicial tarjada por essas incorreções sua sanção a qualquer tempo. Embora a decisão já esteja coberta pela coisa julgada material, a eliminação de tais incorreções não sofre quaisquer restrições quanto à sua efetivação. Evidentemente, não se justificaria, a teor da estabilidade das decisões judiciais, sacramentar com a imutabilidade erros manifestos do julgado, aferíveis *ictu oculi* e em descompasso com a estrutura do decidido.

Também não são cobertas pela imutabilidade decorrente da formação de coisa julgada material aquelas sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, declarando o autor carecedor da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Sem dúvida, consoante o posicionamento adotado pelo Código, a possibilidade jurídica do pedido constitui uma condição da ação. Deveras, tendo sido nele adotada a concepção de Liebman a respeito da ação como o direito a uma sentença de mérito, essa possibilidade somente poderia ser considerada como matéria prévia ao conhecimento do mérito, para se manter a coerência relativamente a tal concepção. Contudo, como é cediço, o seu criador

26. Seria o caso da ação demolitória para resguardo da saúde, segurança ou outro interesse público que permitindo a prolatação de sentença com lastro apenas em prova de mera plausibilidade (art. 889 do CPC) não permitiria a formação de coisa julgada material, que exige para tanto a cognição plena e exauriente. A matéria é controvertida.

desistiu de considerar essa impossibilidade como condição da ação, a qual, a despeito dessa circunstância, mantém-se no processo nacional.

Em verdade, duas correntes doutrinárias formaram-se para conceituar tal condição. Para uma delas, a possibilidade jurídica do pedido resulta de sua previsão pelo sistema jurídico nacional. Outra, exige a inexistência de qualquer veto expresso nesse sistema ao pedido veiculado na inicial. Ora, como o sistema contempla várias formas de superação das lacunas nele existentes, a simples ausência de previsão nele do pedido formulado pelo autor da ação não deve ser considerada como a inexistência da possibilidade jurídica do pedido. Entretanto, a presença de um veto legal a tal pedido patenteia sua impossibilidade no plano processual.

Prestigiosa doutrina²⁷ conceitua também como forma de impossibilidade jurídica do pedido a ilicitude da causa de pedir que o fundamenta. Mas, qualquer que seja a amplitude dessa condição da ação, restringindo-se à ilicitude do pedido ou nela incluindo a ilicitude da causa de pedir, torna-se difícil escandir do mérito esse elemento inserido, por opção do Legislador, na área da admissibilidade processual. Com efeito, se frontalmente infenso a uma norma cogente do sistema jurídico vigente o pedido formulado pelo autor na sua inicial, evidencia-se a sua improcedência aferível “*prima facie*”.

Realmente, se a impossibilidade de se subsumirem os fatos alegados à hipótese legal invocada como suporte do pedido é motivo suficiente para que a ação proposta seja julgada improcedente, o pedido, que colide inequivocamente contra um dispositivo legal cogente, também deveria gerar a mesma consequência. A simples circunstância de ser essa impossibilidade detectada, desde logo e independentemente da produção de qualquer prova quanto aos fatos alegados pelo autor, propiciando o julgamento no estado do processo, não justificaria tratamento diferenciado relativamente ao resultado deste, ou seja, a ausência de imutabilidade do decidido, gerando uma sentença que apenas põe fim ao processo, permitindo a reiteração da ação da qual o autor foi julgado carecedor. Não há porque ser uma sentença meramente terminativa enquanto outra, gerada em processo onde se produziu prova dos fatos em que se embasou a pretensão ou esta prova se fez desnecessária, será definitiva e, pois, passível de ser unvida pela coisa julgada material.

A impossibilidade jurídica do pedido apresenta-se, portanto, na tela processual como um caso macroscópico de improcedência, que torna despicienda qualquer indagação a respeito dos fatos que embasam o pedido, considerando-se que, mesmo sendo estes incontroversos, a improcedência da ação será inevitável. Destarte, ao inserir essa hipótese de improcedência da ação no rol das condições da ação, ou seja naquela área do processo instituída em razão de interesses relativos à técnica e econo-

27. Assim DINAMARCO, Cândido. *Execução Civil*. São Paulo: RT, 1973. p. 139.

nia processuais²⁸, o sistema processual imunizou a decisão, que a reconhece, de qualquer indiscutibilidade ou imutabilidade decorrente de lei ou de fatos novos. Isto não obstante a subsunção de fatos à norma jurídica invocada pelo autor ser matéria tipicamente de mérito e, como tal, a decisão a seu respeito dever gerar coisa julgada material. Destaque-se, porém: enquanto a possibilidade jurídica do pedido pode ser considerada condição do exame do mérito, quando este exige o conhecimento ou prova de fatos, a impossibilidade jurídica, excluindo esse conhecimento e tornando conseqüentemente despicienda sua prova, deixa de ser condição para tal exame, convertendo-se, ao revés, no próprio exame do pedido veiculado na inicial. A equiparação da possibilidade jurídica do pedido, que autoriza uma decisão de mérito, à sua impossibilidade, cujo reconhecimento implica a vedação do julgamento deste, constituiu opção política do Legislador, calcada em posicionamento doutrinário já superado, mas que vem se mantendo em desafio às reformas impostas ao Código de Processo Civil.

Há uma certa semelhança entre a possibilidade, a qualquer tempo, de correção de inexatidões materiais e erros de cálculo e o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido. É que ambas situações são aferíveis *prima facie* e não comportam maiores dúvidas quanto à sua existência, na medida em que resultam ou da estrutura da decisão judicial ou da existência da norma jurídica vedadora do atendimento do pedido do autor, respectivamente.

Assim, do exame dos casos supra, em que incoorre a formação de coisa julgada material quanto às decisões judiciais que envolvem o mérito nas ações de conhecimento, pode-se constatar que o sistema comporta exclusões quanto à abrangência, nesta área, desse fenômeno processual. A questão que se põe é investigar as razões pelas quais tais opções ocorrem e os meios de harmonizar a imutabilidade inerente à coisa julgada, que serve ao princípio da segurança jurídica, com aquele que prestigia a Justiça como valor preponderante na aplicação do direito aos casos litigiosos.

A convivência de decisões judiciais imutáveis, mas injustas, porque esgotados os instrumentos para sua alteração, e em conflito com os princípios fundamentais informadores do sistema, em que elas se engastam, é uma questão que, de há muito, desafia os juristas, sem que a respeito tenha se chegado a soluções insuscetíveis de críticas.²⁹ A garantia constitucional da inafastabilidade da atuação do Judiciário nas

28. V. SAUER, op. cit., p.217: Mit der Aufstellugn von Zulässigkeitsbedingungen verfolgt das Gesezt also gewisse prozestechinische und prozesökonomische Interessen.

29. A respeito Carnelutti ponderou: “Puesto que también bajo este aspecto la resolubilidad, por la inseguridad que de ella deriva, causa un daño, se comprende que a revocación pueda quedar excluída y, de igual modo, que su eficacia puede estar limitada por un termino acelerativo .y peremptorio, en embos os caos se tendrá la conocida oposición entre las exigencias de la Justicia y de la certidumbre, no hay institución en que esa oposición se manifieste más dramaticamente que en el de la cosa juzgada formal, o sea la irrevocabilidad de la sentencia, la qual, si bien es el ato de cuya justicia más se necesita, también es el acto de cuya estabilidad mas se precisa.” Cf. *Teoria General del Derecho*. Madri: Ed. Revista de Derecho Privado, 1958. p. 442.

hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direito não assegura, por si só, a justiça da tutela jurisdicional por ele prestada. Sem dúvida sustenta-se que tal garantia propicia não apenas o acesso a uma prestação jurisdicional, como também a uma ordem jurídica justa, que derivaria do próprio sistema. Destarte as decisões judiciais nos casos concretos deveriam convergir para essa mesma ordem, prestigiando o Justo na solução de conflitos individuais ou coletivos.

Todavia no sistema processual civil vige, como é notório, o princípio da aceitação da verdade meramente formal, o que importa em reconhecer que uma decisão calcada rigorosamente na prova dos autos e com aplicação exata do direito pertinente ao quadro probatório, não pode, sob o prisma processual, ser julgada injusta, exatamente porque foi produzida com estrita observância de todos os preceitos legais que disciplinam a matéria. Sendo assim, ainda sob essa mesma ótica, uma decisão dessa forma gerada merecerá, se versar o próprio litígio retratado no pedido, ser unguida pela imutabilidade que resulta da coisa julgada material. Respeitadas aquelas hipóteses expressas nas quais se permite o ataque à sentença assim aureolada por tal imutabilidade, subsistirá essa decisão fazendo, como já outrora se afirmava, do branco, negro, do quadrado, redondo e alterando os vínculos de sangue.

Nessas hipóteses a injustiça da sentença somente poderá decorrer do descompasso entre a situação substancial efetivamente existente e aquela espelhada nos autos, que vem a ser acolhida em juízo ou de teratológica distorção do direito aplicável à espécie. Deveras, se, sob o prisma processual, a sentença foi gerada segundo os cânones impostos ao processo e com o respeito a todos os princípios constitucionais, que o disciplinam, como o contraditório e ampla defesa dentre outros, a decisão judicial será processualmente escorreita e insusceptível de crítica, desde que a aplicação do direito aos fatos efetivamente comprovados nos autos seja também incensurável.

Mas, a despeito dessa circunstância, a decisão poderá ser injusta. Nessa hipótese, tal injustiça da decisão derivará de sua inaptidão à situação fática preexistente e objeto do processo e dos efeitos que tal decisão acarretará para ela, pois estará direcionada a uma situação retratada nos autos e diversa daquela concretamente existente. Efeitos, ressalte-se, detrimenais para o vencido no pleito judicial. Esse tipo de injustiça torna-se mais palatável quando o litígio versa direitos disponíveis, em relação aos quais poder-se-ia atribuir o desfecho desfavorável do processo à responsabilidade da parte vencida. Menos aceitável emerge essa solução quando o litígio cuidar de direitos indisponíveis, em relação aos quais a atividade do Juiz deve se ampliar para abranger também a pesquisa da verdade real, respeitados os limites legais para tanto.

Nessa conformidade não há como afastar a premissa de que o sistema processual aceita o risco da existência de sentenças materialmente injustas, desde que adimplidos todos os requisitos formais para a prestação da tutela jurisdicional reclamada e atendida. Também, em homenagem ao valor segurança jurídica, permite que sentenças tarjadas pelo seu descompasso com a realidade não apenas se revistam da imutabilidade ine-

rente à coisa julgada material, como também resem imunes à atuação dos instrumentos processuais direcionados a romper, nos casos específicos, essa mesma imutabilidade.

Não existem, obviamente, estatísticas quanto ao número de decisões judiciais imutáveis que solucionaram litígios ao arpejo das situações substanciais submetidas à apreciação do Judiciário ou ainda em contrariedade com o direito aplicável ao caso. Entretanto, de um modo geral, as repercussões no tecido social da injustiça das decisões judiciais na tela civil não são significativas a ponto de gerar uma desconfiança generalizada da sociedade a esse respeito. Seja porque o Judiciário, as partes e os seus representantes técnicos aceitam as regras do jogo, quanto à suficiência da verdade formal para cimentar o decidido, seja porque o descompasso entre esta e a verdade real não se constitui um fenômeno recorrente. Dessa forma a segurança jurídica, normalmente um valor aferível no plano coletivo, é satisfeito, sem que o Justo, reconhecidamente, nos conflitos de interesses, em regra como um valor restrito ao plano individual, o seja.

O ideal seria a manutenção da segurança sem sacrifício da justiça, resguardando-se uma proporção ideal entre a atuação de um e de outro desses valores, sem se perder de vista que a Justiça é o objetivo maior do sistema jurídico. Para esse tipo de proporcionalização adequado seria evitar que casos extremos de afronta ao valor Justiça pudessem remanescer intocados *ad aeternum*, como sucede, se e quando for erigida a coisa julgada material como um resultado absoluto e intangível, quaisquer que sejam as circunstâncias que geraram a sua formação e qualquer que seja o seu grau de oposição ao sistema jurídico vigente e aos princípios que o informam. O grau de descompasso entre o decidido e estes seria o critério para o afastamento dessa imutabilidade, para que a decisão por ele tarjada perdesse o signo da injustiça *coram populo*.

A desarmonia entre a decisão judicial transita em julgado e o valor Justiça pode ocorrer em razão de várias circunstâncias. Algumas podem ser suscitadas por serem consideravelmente mais freqüentes e podem ser reconhecidas, tal como supra examinado, até mesmo no rol das hipóteses de cabimento da ação rescisória de sentença. São elas a) o erro, dolo ou fraude do órgão judicante; b) a fraude da parte ou dos órgãos auxiliares da Justiça; c) erro ou a inércia da parte no seu desempenho processual, nisso compreendido o erro, dolo ou omissão de seu representante técnico d) a evolução do estado da técnica, em se tratando de meio de prova; e) má aplicação do direito à espécie *sub judice*.

O erro do juiz ao aplicar o direito a fatos incontroversos ou suficientemente comprovados normalmente não gera situações injustas definitivas porque a sentença passa pelo crivo dos Tribunais, sempre que utilizados pela parte prejudicada os recursos cabíveis. Mas nada impede que esse erro possa ser mantido nos superiores graus de jurisdição. Ou que não venha ser por eles apreciado à mingua de recurso ou em virtude da inadmissibilidade deste. Sem dúvida será uma situação excepcional mas não impossível, considerando-se a plethora de serviços impostos atualmente ao Judiciário. Também pode suceder o trânsito em julgado por ausência de recurso da parte

vencida, formando-se assim, antecipadamente, a coisa julgada material. Mas, nesta hipótese, tem-se a falha da parte no seu desempenho no processo, desafiando o ônus a ela imposto neste quanto à recorribilidade da decisão desfavorável e suportando as conseqüências de sua inércia.

Já as hipóteses de dolo ou fraude do órgão judicante são muito mais graves porque a injustiça da sentença deriva de ato ilícito do seu prolator, nem sempre detectável nos graus superiores de jurisdição. Trata-se de sentença proferida por quem não ostenta nesse caso a característica fundamental de todos os órgãos da jurisdição estatal ou privada, que é a imparcialidade. Seja em razão de exigências legais a esse respeito, seja, ainda, em razão da participação do magistrado em condutas tipificadas como crime. É caso de rescindibilidade, sem dúvida. Mas, ausente esta, deverá subsistir tal aleijão jurisdicional, máxime se o crime, o dolo ou a fraude vem à tona após a expiração do prazo para aforamento da rescisória?

A circunstância da parte prejudicada com essa conduta do órgão jurisdicional poder erigir-se em fator de responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, em hipóteses dessa natureza, não se constitui em fator hábil a afastar o direito da parte de ter a prestação jurisdicional reclamada outorgada por um órgão imparcial mediante uma conduta livre de qualquer ranço de ilegalidade.

A mesma indagação supra formulada a respeito de decisões tarjadas por condutas ilegais do órgão jurisdicional cabe no que concerne às decisões que resultaram de fraude da parte, dos auxiliares da justiça, nestes inseridos os peritos que produzem a prova de fatos para os quais se exigem conhecimentos técnicos especializados não dominados pelo juiz. Ou, ainda, no referente às testemunhas, cujo depoimento, quanto tismado de falsidade tipifica ilícito penal. Evidencia-se que, em tais hipóteses, o órgão judicante é enganado quanto aos fatos comprovados nos autos, com base nos quais proferiu sua decisão.

Estas situações, embora não freqüentes ou talvez menos passíveis de prova concreta a respeito de sua ocorrência, não podem ser desprezadas como fator de conflito entre a verdade real extra processual e aquela distorcida pela prova fraudada nos autos. Nelas se inserem também o processo simulado e o processo fraudulento cujos vícios não foram detectados pelo juiz e que, destarte, chegaram ao seu fim com a formação de coisa julgada material hábil a prejudicar terceiros, a despeito de seus limites subjetivos. Exaurido o prazo para a propositura da ação rescisória pelos terceiros interessados, a que se reporta do inciso II do art. 487 do CPC, a submissão deles aos efeitos reflexos de um processo simulado afrontaria o valor Justiça.

Questão que se põe como bastante intrincada é a ocorrência de uma decisão injusta e imutável por omissão da parte ou de seu representante técnico, consubstanciada na perda de uma oportunidade processual para o exercício do direito de defesa e com

conseqüências irreversíveis no plano processual. É o que sucede, v.g., com a revelia do réu e seus efeitos, gerando a presunção de veracidade relativamente aos fatos alegados pelo autor na ação proposta não elidida por posterior produção de prova em contrário. Ou com omissão na produção de prova indispensável à procedência da ação. A falha, incúria ou omissão da parte ou de seu advogado teriam o condão de expungir da decisão toda e qualquer mácula de injustiça? Em outras palavras a conduta processual das partes é suficiente para garantir a justiça da decisão?

Evidencia-se que a questão retorna ao ponto de partida anterior, ou seja, a necessidade de se definir a respeito da aptidão do processo civil, que optou pela suficiência da verdade formal, de eliminar, mediante o estrito cumprimento de sua disciplina, vale dizer, sempre que inexistir qualquer irregularidade ou invalidade a lhe tordar a higidez, a injustiça da decisão e, assim, gerar uma tutela jurisdicional formalmente justa, ainda que incompatível com a situação substancial real por ela regrada. Sem dúvida, na hipótese ora em exame, a injustiça da decisão decorreria da conduta da parte vencida, que não colaborou suficientemente para o descobrimento da verdade, atuando ao arrepio do dever legal imposto pelo art. 339 do CPC. Então se poderia invocar o dito atribuído a Carrara: “chi è causa del suo proprio dolore, pianga se stesso.”

Outra causa potencial de uma tutela jurisdicional injusta, mas agora sem qualquer participação dos sujeitos principais, secundários ou especiais do processo, é a evolução do estado da técnica em matéria de prova pericial implicando questionamentos eminentemente técnicos quanto aos seus resultados. Assim, pode ocorrer que uma sentença lastreada em determinada perícia que, por sua vez, deu exato cumprimento aos princípios científicos e técnicos então vigentes e aplicáveis para a elaboração de seu laudo, venha ser questionada exatamente porque, com a evolução da ciência e da técnica, as conclusões desse laudo desvendam-se equivocadas em detrimento da parte vencida. É o que sucederia, v.g., com uma ação civil pública na qual se pediu e obteve a condenação de determinado fornecedor de um produto que, na época da prolação da sentença condenatória, era notoriamente reconhecido como poluente e lesivo à saúde pública. Produto esse que, anos após findo esse processo, veio se revelar, com o progresso da ciência, como inteiramente inócuo aos seus consumidores. Ou, como está sendo atualmente questionado, que alguém declarado pai de determinada pessoa, conforme a prova então produzida de acordo com o estado da técnica, tenha sua paternidade excluída pela prova relativa ao DNA. Essa sentença formal e materialmente justa quando do fim do processo, pode desvendar-se injusta posteriormente, na medida em que a evolução técnica ou científica relativa à prova então produzida demonstrar seu descompasso com a realidade.

As hipóteses supra referidas de sentenças potencialmente injustas revelam a disparidade de situações e de causas dessa eventual tarja de tais decisões, o que não permite a sua redução a um denominador comum. Com efeito, algumas de tais sen-

tenças são produto de crime ou de ilícito civil, podendo gerar enriquecimento ilícito, proscrito em todos os quadrantes do direito. Outras resultam de omissão da parte interessada quanto ao exercício de suas faculdades processuais e ou do desatendimento dos ônus que as normas do processo lhe impõem. Finalmente, um terceiro grupo de sentenças tem a sua harmonia com a Justiça esgarçada pela insubsistência das normas técnicas e científicas que embasaram os respectivos dispositivos.

Mas não se pode desprezar o descompasso que resulta de decisões judiciais díspares relativamente à mesma matéria, tal como sucede, v.g. com decisão que desgarrar de jurisprudência assentada sobre determinada questão, como sucede no caso de toda uma classe de empresários judicialmente aquinhoadas com determinadas vantagens fiscais restando uma minoria deles sem estas, porque vencidos em uma causa versando o mesmo conflito de interesses. Nessa hipótese, que pode implicar até mesmo situações de concorrência desigual, o princípio constitucional da isonomia pode resultar vulnerado.

As decisões, que se afastam da realidade fática, por omissão da parte vencida e são relativas a direitos disponíveis, são, como já se ressaltou supra, mais palatáveis frente ao valor Justiça, na medida em que esses direitos são passíveis de renúncia e transação, e, pois, a omissão da parte por ela prejudicada no processo poderia ser a estas analogada. Diferentemente ocorre com aqueles direitos indisponíveis em que tais figuras de autocomposição são vedadas. Logo, manifesta a heterogeneidade de situações, o seu tratamento há de ser também diferenciado sob o prisma da subsistência da imutabilidade da decisão coberta pela coisa julgada, que superou o prazo para o ajuizamento da rescisória ou se desvendou insubsumível às suas hipóteses de cabimento.

Examinadas, assim, algumas das várias causas que colocam as decisões judiciais em conflito com a Justiça, é de se investigar se existe compatibilidade entre a decisão judicial e o ilícito, seja ele resultante de violação de normas penais ou daquelas civis. O ilícito, contudo, corresponde a um universo hábil a albergar quaisquer dos tipos de violação das normas jurídicas. Mas, entre esses tipos e espécies, alguns são mais intensos na sua antijuridicidade. Parece inconcusso que há, sem dúvida, uma área da ilicitude em que as condutas por ela maculadas ofendem mais gravemente os princípios jurídicos, tornando difícil a sua convivência com os valores informativos do direito.

Mais do que isso, impedem a convivência destes com as decisões judiciais que albergam, de forma consciente ou não, ilícitos penais. É tão evidente a incompatibilidade entre tais ilícitos e a coisa julgada que o Código de Processo Civil inseriu entre as hipóteses de rescindibilidade das sentenças aquelas tarjadas por condutas delituosas de seus prolores ou das partes.

Impende, em face do supra exposto, perquirir a respeito da obtenção de uma fórmula pela qual o valor segurança jurídica respaldado pela coisa julgada material e a imutabilidade, que a caracteriza, poderá harmonizar-se no universo das decisões judiciais

com aquele consistente na Justiça. A segurança, como elemento garantidor da consistência do tecido social, tem preponderado sobre aquele, considerando-se tal universo. Nem isso poderia deixar de ser, considerando-se que a estabilidade das decisões judiciais cimenta as relações sociais, como um vetor de tranquilidade para a sociedade, propiciando-lhe a eliminação definitiva dos litígios que a perturbam. A tendência, pois, nos ordenamentos jurídicos é privilegiar a segurança jurídica, ainda que, como supra já foi ressaltado, esteja ela em uma escala subalterna relativamente à Justiça.

Assim, há um nível tolerável de descompassos entre as decisões judiciais e as situações submetidas à sua apreciação e que constituem seus objetos. Essa desarmonia é bem absorvida pela sociedade, até porque, em se tratando de litígios individuais, a publicidade das decisões é, normalmente reduzida, não repercutindo na coletividade. Sendo, contudo, matéria objeto de ações coletivas ou de ações envolvendo uma pluralidade de sujeitos, sua repercussão é maior, diminuindo o nível dessa tolerância social relativamente às eventuais decisões injustas. Entretanto, mesmo tal nível reduzido de tolerância desaparece, quando as decisões judiciais discrepam de um mínimo de razoabilidade, gerando inconformismo com a sua estabilidade decorrente da coisa julgada material.

São vários os exemplos dessa natureza. Desapropriações gerando indenizações vultosíssimas em total desconformidade com a realidade e, pois, enriquecimento ilícito ou, pelo menos, sem causa; sentenças assegurando vencimentos e vantagens em valores astronômicos para determinados servidores públicos escorados na imutabilidade da coisa julgada, lesões ao patrimônio público acoroçadas por decisões judiciais transitadas em julgado; danos a particulares em razão de condutas ilícitas no processo e outras hipóteses em que princípios fundamentais do ordenamento jurídico são postergados, deveriam desmerecer qualquer estabilidade, ainda que já consolidada pela via da coisa julgada material.

São situações em que a Justiça não poderia deixar de prevalecer, mas que não são passíveis de uma qualificação objetiva, a ponto de permitir um denominador comum caracterizante. Devem ser elas examinadas em sua casuística para a aferição de sua excepcionalidade justificadora da prevalência dos princípios que respaldam valores mais elevados, na constelação axiológica, sobre a segurança jurídica. É a predominância da Justiça no caso concreto, que permite inferir pela via indutiva a supremacia desse valor em situações excepcionais em que o grau de injustiça apresenta-se em elevado teor justificando a qualificação dessas decisões como teratológicas.

Destarte, embora seja regra a predominância do valor segurança jurídica, não deve acoroçar a manutenção de situações gritantemente injustas, que se constituem em exceções a essa mesma regra. Evidentemente tais situações não podem ser discriminadas em atenção à natureza da parte prejudicada pela violação de princípios indesejáveis. Da mesma forma pela qual devem ser profligadas as indenizações astronômicas calca-

das em laudos tarjados de falsidade ideológica, também aquelas de cunho marcadamente confiscatório nas quais os valores são ínfimos afrontando o princípio constitucional que impõe a sua justa adequação à realidade, merecem o ferrete da Justiça.

A doutrina e a jurisprudência têm atendido à necessidade de revisão das sentenças transitadas em julgado materialmente, em casos específicos, que paulatinamente vão se avolumando nos trabalhos doutrinários e nos arestos a respeito da matéria. Não se configurou ainda neles uma posição predominante quanto à relativização da coisa julgada mesmo em casos específicos em que a flagrância de vulneração de princípios pelas decisões judiciais a exige. A sacralização da *res judicata* sofre agora ataques que vão aluindo paulatinamente o seu caráter absoluto. Como, lapidarmente ressaltou Barbosa Moreira, no universo processual “há pouco espaço para absolutos e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização”.³⁰

Assim é que, no plano da jurisprudência, é conhecido o aresto da relatoria do Min. José Delgado, submetendo a coisa julgada material aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado.³¹ Cuidava a espécie de ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição do indébito aforada pela Fazenda do Estado de São Paulo em face dos autores de ação indenizatória em razão de desapossamento administrativo, julgada procedente, com trânsito em julgado e com acordo celebrado entre as partes para parcelamento do débito. O Superior Tribunal de Justiça, através da sua Primeira Turma desconsiderou a coisa julgada, conforme o voto condutor do eminente Relator, concedendo a antecipação de tutela, que fora negada no E. Tribunal *a quo* a teor exatamente da intangibilidade do decidido no primeiro processo. Ou seja, a coisa julgada e o acordo realizado entre as partes não se erigiram em barreiras intransponíveis para o reexame da causa.

Esse mesmo jurista, em conferência pronunciada em Fortaleza, elenca a título exemplificativo as inúmeras hipóteses que contemplam sentenças que “podem ser consideradas como sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição”.³² São inúmeras tais hipóteses, que se imbricam também com aquelas de rescindibilidade, apontando para a possibilidade desta, em determinadas hipóteses, transcender as bitolas cronológicas estabelecidas para a propositura da ação rescisória.

30. Cf. Miradas sobre o processo civil contemporâneos. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.56. (6ª série).

31. Cf. STJ 1a T. RESp n. 240. 712/SP, j.15.2.2000 maioria.

32. Cf. Texto básico de palestra proferida em Fortaleza no dia 20 de dezembro de 2000, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia Geral da União, 5ª Região. In: NASCIMENTO, Carlos Valder. (Coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2003. p. 101 e ss.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, também desconsiderou a coisa julgada material em julgamento da apelação cível nº 46.400/97 da relatoria do E. Desembargador Valter Xavier³³ ao admitir ação de investigação de paternidade ao arrepio de anterior já finda, mas agora com base em resultado calcado no exame do DNA.

Aliás, anteriormente a essas decisões, Supremo Tribunal Federal já sinalizara a respeito da relativização da coisa julgada ao admitir a atualização de indenizações, através de novas avaliações, quando os valores já fixados por decisões já cobertas pela coisa julgada material tornaram-se defasados.³⁴ Embora essa orientação pareça mais influenciada pela teoria da *rebus sic stantibus*, tal como sucede com o art. 1.111 do CPC, seu advento indicia o esgarçamento da intangibilidade do decidido decorrente da *res judicata*.

A doutrina nacional não se mostrou infensa a esse posicionamento. Assim é que nela se destacam os entendimentos de Pontes de Miranda, Humberto Theodoro Júnior, Hugo Nigro Mazzili, Candido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Reinaldo Pereira e Silva e do Min. José Augusto Delgado. Na doutrina estrangeira elencam-se, dentre outros, Gustav Boehmer, Eduardo Couture e Juan Carlos Hitters, que abordaram essa matéria.

Deveras, Pontes de Miranda em sua obra referente à ação rescisória já cuidava da possibilidade da sentença nula de pleno direito quer por vício formal quer por afrontar a ordem jurídica nacional, ser objeto de nova ação sem o obstáculo da coisa julgada material formada relativamente a tal sentença nula.³⁵

Humberto Theodoro Júnior, em parecer exarado a pedido da Fazenda do Estado de São Paulo a respeito de questão envolvendo uma dupla condenação desta a pagar indenização sobre o mesmo imóvel, também entendeu inexistir óbice decorrente da coisa julgada material relativamente à decisão que impôs a segunda condenação, para a questionar em embargos de executado. Para conciliar essa possibilidade com a imutabilidade inerente à coisa julgada material entendeu o ilustre parecerista haver ocorrido erro material a excluir a *res judicata*. Em obra recente esse mesmo jurista manifestou-se no sentido da relativização da coisa julgada material, trazendo à colação o entendimento de Jorge Miranda, para quem, sob a ótica do direito português, “*O princípio da intangibilidade do caso julgado não é um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e pode sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global*”³⁶.

33. V. RT 783/79.

34. Assim os arestos ínsitos nas RTJs 34/91; 52/711; 54/376; 102/276.

35. Cf. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras Decisões*, op. cit., p.259, verbis: “É da mais alta importância saber-se que a rescindibilidade nada tem com a não existência (portanto com a declarabilidade de não existência), nem com a não eficácia (portanto com a declarabilidade de não eficácia), nem com as decretações de invalidade (decretações de nulidade ou de anulação).”

36. Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder. (Coord.) *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 139.

Já Hugo Nigro Mazzili pôs a questão do conflito entre decisões trânsitas em julgado e a tutela do meio ambiente, princípio constitucional fundamental, que se constitui em suporte a um dos direitos da chamada terceira geração. Nesse sentido ressaltou a impossibilidade de se admitir coisa julgada ou direito adquirido autorizadores da violação do meio ambiente, cuja transcendência o coloca como condição da própria existência humana sobre a terra.³⁷

Cândido Rangel Dinamarco em excelente artigo, sob o título “Relativizar a Coisa Julgada Material”, após pertinentes considerações sobre a matéria e a colação de precedentes jurisprudenciais e doutrinários em abono de seu posicionamento, conclui, com inteira pertinência, no sentido de que: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*. Prosseguindo, averba o ilustre processualista: *“A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a auctoritas rei judicatae ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição — com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse a regra geral.”* Como premissa a essa conclusão, reporta-se esse Autor também ao direito americano colacionando vários casos em que a coisa julgada foi desconsiderada em atenção a determinadas situações em que pode ocorrer o comprometimento de certos escopos de disposições constitucionais ou legais. Tais considerações foram desenvolvidas com maior profundidade em recente publicação, em que o mesmo processualista reitera esse seu entendimento.³⁸

Nesse trabalho, esse Autor faz, ainda, referência a parecer exarado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, no qual, através da fixação dos limites objetivos da coisa julgada, pode-se concluir pela admissibilidade de ação de declaratória de inexistência de relação de paternidade entre o mesmo autor e o mesmo réu, muito embora houvesse sido aquele vencido em ação anulatória de escritura de reconhecimento de filiação, cuja sentença já transitara em julgado.³⁹

Em artigo também recente, Reinaldo Pereira da Silva⁴⁰ defende a renovação do questionamento a respeito da paternidade biológica, com a utilização do exame do

37. Cf. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171-172.

38. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 33 e ss.

39. Cf. Parecer publicado no informativo Incijur, ano 1. n. 10, Joinville, maio de 2000 e assim ementado: “Coisa julgada. Limites objetivos. Objeto do processo. Pedido e causa de pedir. Trânsito em julgado de sentença de improcedência de ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação. Possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico.

40. Cf. O exame do DNA e sua influência na investigação da paternidade biológica. In: *RT*, 783/79d.

DNA, independentemente do trânsito em julgado de decisão anterior desfavorável ao autor da segunda ação de investigação agora com a utilização de método científico mais elaborado e seguro. A evolução dos conhecimentos científicos e técnicos poria em xeque a estabilidade de decisões judiciais sedimentadas pela coisa julgada material gerada mediante a utilização de métodos já superados.

Sintetizando seu entendimento a respeito da matéria em tela, o Min. José Delgado, em artigo publicado na Revista de Direito Tributário, sob o título “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, após judiciosas considerações com invocação de doutrinadores e julgados, explicitou: “6.1. *O princípio da coisa julgada é de natureza relativa.* 6.2. *A coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade.* 6.3. *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.* 6.4. *A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças.* 6.5. *O decisum judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Judicial.* 6.6. *A carga imperativa da coisa julgada pode ser revista a qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipulem obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo Direito.* 6.7. *A regra a respeito da coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático.* 6.8. *A garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não retroatividade.* 6.9. *Os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados.* 6.10. *A coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o Fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição não permite que a tanto ela alcance.* 6.11. *Em tema de desapropriação o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada.* 6.12. *A sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para a rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático, por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da Natureza;* 6.13. *A segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial”*⁴¹ Esse

41. Cf. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 79. p. 64-65.

posicionamento foi mantido na sua publicação atualizada de palestra acima referenciada constante de obra coletiva.⁴²

No plano doutrinário internacional, colaciona-se o entendimento de Gustav Bohemer, que, após examinar a questão das sentenças materialmente injustas conclui que: “*La fuerza de cosa juzgada de sentencias materialmente injustas tiene, sin embargo, sus límites. Ya Kohler pronunció la célebre afirmación: “Debe hacerse pleno honor a la cosa juzgada y reconocerse totalmente la importancia social de una sentencia firme, pero no hay que exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado”*”

Conclui, em seguida, com a possibilidade da coisa julgada material ceder passo em casos excepcionais.⁴³

Por sua vez, Juan Carlos Hitters enfrenta a temática da revisão da coisa julgada material, examinando — a à luz da jurisprudência argentina, colocando-se em posição favorável à possibilidade de revisão de sentença substancialmente injustas, mesmo que transitadas em julgado.⁴⁴ Em abono de seu posicionamento colaciona esse autor uma questão envolvendo coisa julgada resultante de conduta fraudulenta do representante legal de uma das partes, objeto de exame de Couture. Foi o caso de um fazendeiro rico, que gerou um filho com sua empregada, convencendo-a a ingressar com uma ação contra ele, patrocinada por procurador conluiado com o réu, o que implicou, obviamente, a improcedência da ação. Posteriormente, tendo o filho atingido a maioria, ingressou com nova ação de investigação de paternidade, que terminou em acordo, impossibilitando assim uma decisão judicial a respeito da prevalência ou não, no caso, da intangibilidade da coisa julgada.

Outrossim, Carlos Valder do Nascimento insurge-se, em obra recente, contra a intangibilidade da coisa julgada material, sendo suas palavras; “*Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infra-constitucional, sua inconstitucionalidade 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*”.⁴⁵

As manifestações da doutrina e da jurisprudência supra alistadas demonstram à sociedade que a questão relativa à absoluta eficácia da coisa julgada material como

42. V. *Cosa Juzgada Inconstitucional*, op. cit., p. 118 e ss.

43. Cf. *El Derecho através de la Jurisprudencia: su Aplicación y Creación*. Barcelona: Bosch Casa, 1951. p. 97 e ss.

44. *Revisión de la ccosa juzgada*. La Plata: Platense, 1977. p.256 e ss., p. 325. *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit.

45. Cf. *Cosa Juzgada Inconstitucional*, op. cit., p. 13.

fator esterilizador de qualquer questionamento da matéria decidida, mesmo quando a decisão por ela unvida é injusta, não é nova e não apresenta soluções objetivas e convincentes até o momento. Mas não restam dúvidas que a sacralização da coisa julgada material vai sendo paulatinamente erodida, aceitando-se a sua relativização sempre que o conflito de valores torna-se mais agudo em razão da intensidade da injustiça do caso concreto ou do grau de sua colidência com os princípios informativos e fundamentais do ordenamento jurídico.

Entretanto manifestação legislativa recente afetou de maneira inequívoca a intangibilidade da coisa julgada material, autorizando a eficácia retroativa de decisões do Supremo Tribunal Federal para tornar inexigíveis os títulos executivos judiciais lastreados em lei ou ato normativo declarados por ele inconstitucionais. É do que resulta do parágrafo único supra reportado do artigo 741 do CPC, inserido neste pela Medida Provisória 2.180/2001. Esse diploma não prima pela precisão e clareza ao permitir que o título executivo fundado também em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal suporte o mesmo efeito da declaração de inconstitucionalidade, tornando-se, assim, inexigível, vale dizer, *ex vi* do art. 618 do CPC, perdendo a qualidade de título executivo porque carente de aptidão para incoar um processo de execução válido.

Esse comando também estendido à Jurisdição Laboral, deixa inúmeras dúvidas a serem enfrentadas pela doutrina e jurisprudência, notadamente, como antes já acenado, quanto à sua aplicabilidade às decisões transitadas em julgado relativas àquelas sentenças dotadas do poder de imposição imediata de condutas geradoras de modificações no mundo empírico, como é caso das denominadas sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*. Outrossim, haverá de se resolver a questão decorrente das execuções de sentenças condenatórias resultantes de reconhecimento de inconstitucionalidade de leis, que, posteriormente, foram julgadas constitucionais, seja mediante vitoriosa ação de declaração de constitucionalidade, seja em decorrência de aplicação e interpretação tidas como compatíveis com a Constituição Federal. Mais, ainda, há que se considerar os limites da incidência das decisões das ADINs, fixados nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868 de 10.11.99 que atualmente disciplina a ação direta de declaração de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Talamini, que examinou a questão gerada pela introdução dessa modificação no texto do CPC aponta para as diversas hipóteses albergadas no parágrafo único do art. 741 desse Código, que são a) as conseqüências do reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle direto e abstrato da constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade); b) o reconhecimento pelo Supremo de inconstitucionalidade na via incidental; c) a abrangência da “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição

Federal” constante do texto do parágrafo em tela.⁴⁶ A matéria exigiria um exame mais aprofundado, como fez o referido autor, mas que seria incompatível com as dimensões deste trabalho. Certo é que essa norma infra constitucional deixou patente a possibilidade de decisões judiciais posteriores a outras já trânsitas em julgado e, mesmo, insusceptíveis de revisitação por meio de ação rescisória, serem afetadas por decisões judiciais posteriores e, mais, por incompatibilidade com a Constituição, abrindo caminho para novo conceito legal de coisa julgada material passível de flexibilização.

Deve-se todavia atentar que o reconhecimento da possibilidade de se alterar a coisa julgada inconstitucional se, de um lado, abre uma via para reparação de julgados que afrontam o texto da Carta Magna, texto esse reconhecidamente extenso e analítico, de outro agregará considerável dose de insegurança às decisões judiciais já trânsitas em julgado e, mesmo, irrevocáveis. O Legislador, nessa hipótese específica, resolveu alterar o equilíbrio geralmente existente os valores Justiça e Segurança Jurídica, de tal forma que somente o tempo e a atuação dessa nova situação entre esses valores poderão permitir um balanço a respeito da oportunidade e conveniência dessa modificação. Contudo, além de sinalizar uma tendência ao esgarçamento da imutabilidade da coisa julgada material essa solução legislativa tem o condão de tornar razoavelmente objetiva as hipóteses de sua ocorrência, minimizando, assim, os entendimentos subjetivos a respeito dessa matéria. Sem embargo dessas consequências não será desarrazoado inferir que o Legislador ao especificar apenas essas hipóteses de relativização dos efeitos da coisa julgada, ratificou as situações de imutabilidade não atingidas pela abertura legislativa relativa exclusivamente a tais hipóteses. Uma ampliação do âmbito de incidência desse parágrafo único do art. 741 do CPC parece ser inevitável. Para a arguição de inexigibilidade do título tal como autorizado nesse dispositivo legal, serão admissíveis ações autônomas de declaração dessa inexistência. Admitida que seja essa relativização impenderia perquirir quais os meios processuais adequados para afastar a coisa julgada material no caso concreto em que a sentença colide com o sistema jurídico em que se engasta. Aponta Pontes de Miranda como meios adequados a esse desiderato a propositura de nova ação, com a desconsideração da coisa julgada, a apresentação de embargos na execução das ações condenatórias ou suscitação da matéria como incidente no processo de execução e a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo.

Todavia, todas essas vias processuais encontraram obstáculos no próprio sistema processual vigente. Deveras, a coisa julgada é motivo para a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. Os embargos de executado previstos no art. 741, I, do CPC envolvendo o questionamento da decisão

46. Cf. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 106, p. 40.

exequenda, que somente são admissíveis, como é cediço, nas execuções lastreadas em títulos executivos judiciais (art. 584 do CPC), não podem veicular em seu bojo matérias outras que não aquelas explicitadas no art. 741 do CPC. Por sua vez, decisões relativas a incidentes processuais dificilmente afrontariam a coisa julgada material. Impenderia, destarte, encontrar uma ou mais fórmulas pelas quais a barreira da *res judicata* não possa obstar uma prestação jurisdicional efetivamente justa, ou seja, para que se desconsidere a coisa julgada material, quando inviáveis ou já superados os meios atualmente existentes para esse fim.

O Legislador fez a sua parte, embora restringindo a revisitação dos julgados cobertos pela coisa julgada àquelas ações rescisória e anulatória⁴⁷, bem como franqueando a via processual dos embargos do devedor às questões que envolvam a inconstitucionalidade de leis que lastream a decisão exequenda. A doutrina respaldada pela jurisprudência reavivou a *querela nullitatis insanabilis*. Urge que a jurisprudência e a doutrina atuem de modo a não permitir perpetuem-se no ordenamento jurídico vigente, aleijões jurídicos gerados ao descompasso gritante com o sentimento médio de Justiça que permeia a sociedade.

Para se atingir esse resultado pode-se utilizar, como sustenta Pontes de Miranda, o ajuizamento de uma ação na qual se postule a anulação da decisão anterior, enfrentando em seu processamento a coisa julgada material, que haveria de ser nele desconstituída considerando-se o seu descompasso com valores constitucionalmente respaldados. Ou ainda, tal como defendeu Humberto Theodoro Júnior, em seu parecer supra referido, adotando-se a disciplina processual do erro material, que não transita em julgado. Isto quando o descompasso entre os fatos e o direito aplicável justificar, pela sua intensidade, o reconhecimento desse fenômeno processual que permite a todo tempo a redecisão da matéria nele envolvida. Também se pode ampliar o âmbito de admissibilidade da “*querela nullitatis insanabilis*, de natureza declaratória *stricto sensu* e, pois, diferenciada da ação rescisória, sendo cediçamente insusceptível de ser atingida por prescrição ou decadência. Uma pequena alteração, mediante um esforço exegético, do âmbito do art. 4º do CPC a fim de permitir que, no seu conteúdo possa se albergar também o reconhecimento da ineficácia de determinadas decisões contrárias a textos constitucionais ou legais, bem como a princípios fundamentais ou informativos do sistema jurídico, e se estará ampliando o arsenal de instrumentos jurídicos hábeis a fletir a rigidez da coisa julgada material. Finalmente, ainda com o escopo de ladear essa imutabilidade, pode-se dar maior operatividade ao conceito de impossibilidade jurídica do pedido. Deveras, constante do inciso VI do art. 267 do CPC esse requisito propiciador de uma decisão sobre o mérito da ação, envolve, em verdade, uma decisão do próprio e mérito que, por estar inserida na esfera da admissibilidade processual, não se reveste da coisa julgada

47. Art. 486 do CPC, se admitida a presença de coisa julgada nas sentenças meramente homologatórias.

material, podendo, assim, ser questionada, conforme assentimento expresso constante do art. 268 do mesmo Código. Portanto, a despeito do dispositivo da sentença consignar a improcedência da ação, quando esta foi direcionada contra texto expresso de lei ou contra princípio fundamental inconcusso do sistema jurídico, haveria de se considerar como uma sentença que foi prolatada sem o adimplemento do requisito da possibilidade jurídica e, pois, insusceptível de se revestir da imutabilidade inerente à coisa julgada material. Se a denominada impossibilidade jurídica do pedido abranger também a causa de pedir, até mesmo a ilicitude desta poderá permitir que uma decisão supostamente de mérito venha ser considerada como meramente terminativa e, destarte, questionada em novo processo. São, portanto, os exemplos supra, formas pelas quais, mediante uma alteração na exegese de dispositivos legais vigentes do sistema processual, poder-se-ia tentar contornar a rigidez da coisa julgada material, sempre que a decisão por ela unida revista-se da teratologia resultante de macroscópica injustiça e de conflito com textos constitucionais e legais ou com princípios informativos e fundamentais do ordenamento jurídico.

De todo o exposto supra pode-se concluir que os princípios respaldadores da Justiça e Segurança Jurídica harmonizam-se no sistema jurídico, com prevalência deste último valor no instituto da coisa julgada material. Isto decorre não apenas da relevância da segurança jurídica para a higidez do tecido social como, ainda, da adoção pelo sistema processual da suficiência da verdade formal para lastrear as decisões judiciais. Essa prevalência, contudo, embora seja a regra, não deveria subsistir nas hipóteses macroscópicas de afronta da decisão trânsita em julgado aos demais princípios fundamentais e informativos do sistema, notadamente quando expressamente engastados na estrutura da Constituição Federal.

Há extrema dificuldade em estabelecer regras objetivas definindo as hipóteses em que o valor Justiça deve suplantar a Segurança Jurídica na área da estabilidade das decisões judiciais. Ainda mister se faz o exame de cada caso específico, o que pode tornar essa aferição caracterizada por subjetivismos, considerando-se que a Justiça enquanto valor e enquanto realidade tem seu conceito variável no tempo e no espaço. Para evitar que isso ocorra há de se detectar o conflito aberto e indubitado do decidido com os aludidos princípios fundamentais e informativos, reconhecendo que o valor Justiça é aquele para o qual essencialmente tende o direito. São excepcionais essas situações consoante vêm reconhecendo a doutrina e a jurisprudência.

Por isso mesmo, não há como generalizá-la. Nesse particular é acertada a assertiva de Araken de Assis no sentido de que *“não é preciso infalível oráculo para prever, abertas as exceções e proposta a flexibilização do instituto, a rápida disseminação desse vírus do relativismo para todo o corpo. Nenhum veto, a priori, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo invocando a pretensa ofensa desse ou daquele valor da Constituição. Esta possibilidade multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá,*

*preliminarmente, se obedece ou não o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e, até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. A intervenção legislativa para estabelecer, previamente, as situações em que a eficácia de coisa julgada não opera na desejável e natural extensão e o remédio adequado para retrata-la, talvez nos termos já esboçados alhures, é o único caminho promissor para banir a insegurança do vencedor, a afoiteza ou falta de escrúpulos do vencido e o arbítrio e casuismo judiciais.*⁴⁸

Entretanto, como o conceito de coisa julgada é relegado à lei ordinária, enquanto esta permanecer como está atualmente vigendo, mister se faria, para o equilíbrio dos valores Justiça e Segurança Jurídica, em casos especiais, reduzir a área dessa excepcionalidade, sendo conveniente flexibilizar a sua rigidez, adotando-se uma disciplina menos limitativa da ação rescisória, com a fixação de termos iniciais para o prazo decadencial a ela imposta, variáveis conforme o tipo de vício que inquina a decisão rescindenda. Assim esse prazo iniciar-se-ia a partir do conhecimento da ocorrência do vício ensejador da rescisão ou do fato que a justificaria. Com isso, sem maior prejuízo para a estabilidade das decisões judiciais, mais amplas possibilidades existirão de serem elas trazidas mais rente à Justiça. Ou então, como de há muito sugeriu Humberto Theodoro Jr., mediante a criação, por lei expressa, de hipóteses adequadas para disciplinar essa matéria.⁴⁹

Deve-se, ainda, considerar que em atenção ao valor segurança jurídica, as formas e hipóteses de descon sideração da coisa julgada serão sempre excepcionais, não podendo ser generalizadas através de uma ótica subjetiva a respeito da violação de princípios constitucionais ou do valor justiça. O tema da coisa julgada material, nem sempre bem explorado pela doutrina nacional recebeu agora, sob a angulação da chamada relativização desse fenômeno processual, considerável incremento, com o surgimento de várias obras a seu respeito. Todavia, é fundamental não entender a possibilidade excepcional de relativização da coisa julgada como uma autorização para a sua descon sideração sob pretexto de simples injustiça, não atendendo à sua função indispensável na manutenção da segurança jurídica e de todas as conseqüências sociais dela defluentes, além daquelas inerentes ao plano exclusivamente jurídico.

Independentemente dessa modificação direcionada à ampliação da admissibilidade das ações rescisórias, o sistema processual pode oferecer instrumentos hábeis a

48. Cf. Concurso especial de credores no Código de Processo Civil, tese de doutoramento ainda inédita, p. 425. O mesmo Autor colaciona em abono de seu posicionamento aquele de Humberto Theodoro Jr. no sentido de que “*De lege ferenda, seria conveniente regular ou solucionar o problema da execução injusta, por lei expressa, através de uma ação especial, com requisitos especificados pelo legislador e sujeição a prazo decadencial pequeno, ad instar da ação rescisória da sentença de mérito*”. In: *Processo de Execução*. 7. ed. São Paulo: Leud, 1983. p. 472.

49. V. nota anterior.

afastar a injustiça de determinadas decisões judiciais já trânsitas em julgado e insusceptíveis de serem objeto de ação rescisória. A ampliação do âmbito das ações declaratórias, que não se submetem ao prazo decadencial bienal, como a *querela nullitatis insanabilis* ressuscitada pela doutrina, bem como das hipóteses em que ocorre erro material sempre que manifesta a incompatibilidade do decidido com a realidade dos fatos provados e do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, quando este colide frontalmente com normas ou princípios vigentes no sistema ou quando a sua causa de pedir for flagrantemente ilícita, poderá, se conveniente e dosimetricamente aplicada, reduzir, enquanto não se adota uma disciplina expressa da matéria, o número de decisões judiciais em desarmonia com o valor Justiça. Isto porque, como, em recente artigo publicado em periódico desta Capital, Miguel Reale pondera, se não conseguimos definir a Justiça, não podemos viver sem ela.⁵⁰

Não obstante, o afã em atingir a Justiça nas decisões judiciais não deve permitir que a vida social seja conturbada pela eternização de litígios que se renovam. As decisões injustas vêm de longe. Basta atentar-se ao julgamento de Cristo. Nem por isso constituíram-se em fatores de desagregação social, que pode resultar de um alto grau de insegurança jurídica afetando aquela social. O que importa não são soluções individuais para o tema das decisões injustas e sim o reflexo destas para a sociedade. Nesta tormentosa questão a respeito da necessidade de se flexibilizar a coisa julgada material esse deve ser o norte a orientar o Legislador para redisciplinar esse fenômeno jurídico que se constitui em um dos embasamento mais fortes da segurança jurídica.

50. Cf. Variações sobre a Justiça. In: O Estado de São Paulo de 04/08/01, p. A2.



CAPÍTULO V

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL FUNDADO DE INCONSTITUCIONALIDADE (CPC, ART. 741, PAR. ÚN.)¹

*Eduardo Talamini**

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A declaração de inconstitucionalidade por via direta e as sentenças que aplicaram a norma inconstitucional — 3. A declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade pelo Supremo: limites e forma de extensão da sua eficácia — 4. A “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” — A solução inconstitucional — 5. Jurisprudência reiterada do Supremo e art. 741, parágrafo único — 6. O sentido e alcance do parágrafo único do art. 741 — Interpretação conforme a Constituição — 7. A repercussão da questão constitucional sobre o título executivo — 8. Desconstituição do resultado do processo anterior. Definição de um novo resultado? — 9. Matéria veiculável apenas em embargos ou que pode ser conhecida na própria execução? — 10. Mudança de orientação no entendimento do Supremo — 11. Direito intertemporal — 12. Conclusão: o art. 741, parágrafo único, e a “coisa julgada inconstitucional” — 13. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Através de medida provisória, criou-se nova hipótese de embargos à execução fundada em título executivo judicial. Instituiu-se um parágrafo único no art. 741 do Código de Processo Civil, segundo o qual “considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” (MP 2.180-35, art. 10).

A regra inova ao conceber uma hipótese de matéria veiculável em embargos à execução de título judicial que é anterior à formação do título. Antes, a única com

* Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Processual Civil. Advogado em Curitiba e São Paulo.

1. Publicado originalmente na *Revista de Processo*, v. 106, 2002. Para o exame de referências doutrinárias e jurisprudenciais ainda mais recentes, e para o aprofundamento de alguns dos tópicos aqui expostos, consulte-se o capítulo 8 de meu livro *Coisa julgada e sua revisão* (São Paulo: RT, 2005). Posteriormente à publicação do presente texto, foi promulgada a Lei 11.232 (de 23.12.2005), que promoveu alterações na execução dos títulos judiciais. O art. 741, par. ún., teve sua redação reformulada a fim de explicitar que o pronunciamento que permite o emprego dos embargos em questão deve, sempre, ser do STF — tal como já preconizávamos no presente texto (v. n. 4, adiante). Pela Lei 11.232 os embargos dos arts. 741 a 743 passam a destinar-se à impugnação da execução por quantia certa fundada em título judicial contra a Fazenda Pública. Nos demais casos de execução por quantia certa fundada em título judicial (que passa a denominar-se “cumprimento de sentença”), cabe uma “impugnação” regulada pelos arts. 475-L e 475-M. No art. 475-L, § 1º, há regra de idêntico teor à do atual art. 741, par. ún. — de modo que as observações aqui feitas a respeito desta regra aplicam-se igualmente àquela outra.

essa característica era a do art. 741, I, que envolve a própria “inexistência jurídica” ou “ineficácia” do processo em que se formou o título — o que, como se vê adiante (n. 2), em princípio não se tem na nova hipótese. Constitui também uma inovação a possibilidade de revisar inclusive títulos executivos acobertados pela coisa julgada material, independentemente de ação rescisória (e, mesmo, fora do prazo dessa).

Regra semelhante é sugerida na proposta de reforma da execução civil apresentada pelo Professor Athos Gusmão Carneiro. Conforme o “esboço inicial” de anteprojeto, entre outras estritas hipóteses, a execução poderia ser “impugnada” sob o fundamento de “ser a sentença fundada em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 475-L, V).²

O primeiro dispositivo é mais amplo e está em vigor. Por isso, será objeto do exame nesse texto. Obviamente, parte do adiante exposto vale para a regra sugerida no esboço de anteprojeto, cujo alcance está contido no da regra já vigente.

O preceito tem sido pouco discutido, o que impressiona quando se considera que ele envolve três temas que têm sido objeto de marcantes debates: a “relativização da coisa julgada”,³ o conflito entre a adequada tutela ao executado e a busca de efetividade da execução; o tratamento conferido à Fazenda Pública em juízo.

Esse terceiro aspecto merece uma explicação. A regra do art. 741, parágrafo único, *não* se aplica apenas em favor da Fazenda nem somente nos processos que a envolvam. Mas é evidente sua relevância no campo dos conflitos de direito público. É nesse terreno que mais comumente uma mesma questão de constitucionalidade tende a repercutir sobre grande quantidade de casos concretos. Aliás, tanto o processo “público” é especialmente sensível a esse tipo de problema que, não por acaso, a inovação em exame veio a ser instituída através de medidas provisórias (sucessivamente reeditadas até a Emenda Constitucional 32) que tiveram por principal finalidade disciplinar o tratamento diferenciado do Poder Público em juízo.

A circunstância de a inovação haver sido trazida por essa via dá ensejo a duas advertências a quem se propõe a examinar o dispositivo.

Por um lado, há de se ficar atento ao uso que se fará da nova regra. Comparando-se as redações dadas ao parágrafo único do art. 741 nas sucessivas medidas provisórias, nota-se a aparente flexibilização das novas hipóteses de “inexigibilidade” (*sic*) do título executivo judicial. Na primeira versão do novo preceito,

2. Esse esboço de anteprojeto veio a resultar na Lei 11.232/2005, já mencionada na nota de rodapé n. 1, acima. Como já mencionado, a hipótese de impugnação em questão acabou sendo regulada pelo art. 475-N, § 1º, mediante fórmula redacional idêntica à do atual art. 741, par. ún.

3. Cf. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, e DINAMARCO. *Relativizar a coisa julgada material*.

mencionava-se o “título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (*sic* — art. 3º da MP 1.997-37, de 11.04.2000). A partir da Medida Provisória 1.984-20, de 28.07.2000, passou-se a aludir a “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. Pelo cotejo literal entre as duas redações tem-se a impressão de que a mudança teria servido para dispensar uma prévia manifestação do Supremo acerca da “incompatibilidade” constitucional “da aplicação ou interpretação da norma”. A fluidez e largueza dos termos empregados são marcantes quando se coteja a regra com aquela sugerida no anteprojeto acima mencionado. Tal amplitude e vagueza podem dar margem a abusos. Evidentemente, os exageros podem ser cometidos por qualquer litigante, mas é razoável o receio de que advenham com maior intensidade precisamente daquele que criou a regra... Para evitá-los, o sentido e o alcance do dispositivo precisam ser adequadamente definidos em consonância com os ditames constitucionais.

Por outro lado, há de se evitar o preconceito. Sem dúvida, põe-se a séria questão da constitucionalidade formal da inovação, por haver sido veiculada através de medida provisória.⁴ Mas, à parte esse aspecto, não é possível simplesmente ignorar a regra ou tê-la por inadmissível pela mera circunstância de haver sido concebida em um contexto de ampliação das prerrogativas do Poder Público em juízo. Importa é que o dispositivo pode ser aplicado em favor de qualquer litigante. Assim, não há ofensa à isonomia — defeito de que talvez padeçam diversas das outras regras integrantes daquele contexto. Superado esse óbice, cumpre examinar em que medida a regra é compatível com a ordem constitucional. Nos limites em que o seja, impõe-se aplicá-la.

Tal verificação exige que se considerem separadamente as diversas hipóteses extraíveis do parágrafo único do art. 741: (a) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo no exercício do controle direto e abstrato (ação direta de inconstitucionalidade); (b) o reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Supremo em via incidental; (c) a “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

4. A Emenda Constitucional 32 veiculou expressa proibição de medidas provisórias em matéria processual. Antes, em um dos primeiros casos em que exerceu o efetivo controle dos pressupostos de emprego da medida provisória, o Supremo havia suspenso a eficácia de regra sobre processo veiculada por tal via provisória por reputar que não estavam presentes os pressupostos de urgência e relevância previstos no art. 62 da Constituição (ADI 1910-1, j. 22.4.1999, rel. Min. S. Pertence). Porém, em outras tantas ocasiões, o STF examinou na via direta a constitucionalidade de normas processuais instituídas através de medida provisória sem lhes atribuir nenhum defeito formal. O dispositivo em exame teve sua inconstitucionalidade argüida através de ação direta proposta pela OAB, que invocou inclusive ofensa ao art. 62 (ADI 2.418-3). A liminar aguarda julgamento.

2. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIA DIRETA E AS SENTENÇAS QUE APLICAM A NORMA INCONSTITUCIONAL

A análise dessa primeira hipótese passa pela definição da qualidade e da eficácia de que se revestem a norma inconstitucional e os atos com base nela praticados, antes de ser declarada a inconstitucionalidade. Trata-se de saber se a norma inconstitucional é “inexistente”, “nula” ou “anulável”. Sob outra perspectiva, consiste em definir se o provimento que no controle direto e abstrato reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* (o que tradicionalmente é discutido em termos de natureza “declaratória” ou “constitutiva” do pronunciamento da inconstitucionalidade). Além disso, há de se precisar qual a natureza do defeito que eiva a sentença que aplica a norma inconstitucional.

Por um lado, a definição de tais questões envolve aspectos lógico-jurídicos, vale dizer, o exame de categorias abstratas que independem do direito positivo (v.g., a pertinência e a compatibilidade das normas em um sistema; a distinção entre validade e existência, nulidade e anulabilidade, etc.). No que tange a tais aspectos, pelo menos uma ressalva precisa ser feita. A discussão sobre ser a inconstitucionalidade da norma um vício de “nulidade” ou “anulabilidade” deve ser compreendida com cautela. Tal terminologia padece de um certo ranço privatista, incompatível com o tema em exame. A distinção entre “nulidade” e “anulabilidade” nessa sede não toma como baliza a presença de um interesse público ou privado, pois a inconstitucionalidade da norma sempre envolve o interesse público. Tampouco o emprego desses termos é adequado caso se repute que o critério distintivo esteja propriamente na eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* do pronunciamento que constata o defeito. Afinal, mesmo no direito privado a anulação pode gerar efeitos *ex tunc* (Código Civil, art. 158). Kelsen, por exemplo, embora afirmando ser a inconstitucionalidade um caso de “anulabilidade” não descartava a eficácia *ex tunc* do provimento que a decretasse (v. adiante).

Por outro lado, é inegável que aspectos jurídico-positivos interferem na definição da questão. A compreensão do tema, ainda quando se pretenda conferir-lhe roupagem de teoria geral (lógico-jurídica), acaba influenciada pelas peculiaridades do direito positivo. A teoria da “nulidade” da norma inconstitucional é moldada ao modelo americano de controle de constitucionalidade, em que qualquer juiz está autorizado a exercê-lo e se afirma que todos têm o direito de descumprir a lei inconstitucional. O sistema austríaco formulado por Kelsen — concentrado e gerador de pronúncias *ex nunc* — sobretudo em suas feições originárias é integralmente compatível com a tese da “anulabilidade”. Kelsen, é bem verdade, reformulou sua teoria, sem mudar-lhe a essência, para aplicá-la inclusive ao direito norte-americano. Mas na doutrina de Calamandrei, por exemplo, a vinculação a aspectos do direito posto é ainda mais evidente. Embora reportando-se a Kelsen, fica claro que sua defesa da tese da eficácia constitutiva e *ex nunc* do pronunciamento de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional italiana alicerçava-se nos termos literais do art. 136 da

Constituição italiana. Tanto é assim que o jurista italiano não tinha dificuldades em reconhecer que na ordem constitucional anterior, em que era dado a qualquer juiz o controle da constitucionalidade formal das leis, o reconhecimento de inconstitucionalidade tinha natureza declaratória e eficácia retroativa.⁵

De todo modo, nota-se certa convergência, quanto ao tema, entre os modelos de controle de constitucionalidade dos diversos ordenamentos.⁶

Na Áustria, o sistema inicial em que o reconhecimento de inconstitucionalidade tinha efeitos *erga omnes* e *pro futuro* foi parcialmente mitigado já em 1929, quando se instituiu o controle concreto de constitucionalidade. Nessa hipótese, não faria sentido e seria de mínima ou nenhuma utilidade recusar a aplicação da lei apenas para o futuro, já que os fatos da causa, para os quais seria relevante a questão da constitucionalidade, eram, no mais das vezes, pretéritos. Assim, passou-se a reconhecer a eficácia retroativa do controle concreto.⁷

O sistema original alemão, por sua vez, operava unicamente com a eficácia *erga omnes* e *ex tunc*. No entanto, esse modelo foi sendo paulatinamente atenuado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, engendrando-se novas técnicas de controle que vieram a ser consolidadas na reforma da jurisdição constitucional, de 1970.⁸ Passou-se a conceber que a norma seja considerada “incompatível” com a Constituição, sem a declaração de sua nulidade (§§ 31, n. 2, e 79, n. 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal).

Nesses casos, o Tribunal Constitucional Federal alemão não reconhece a nulidade com eficácia retroativa, seja porque tal retroatividade não geraria efeitos práticos, seja porque não traria benefícios aos interessados, seja ainda porque importaria gravame desproporcional a outros interesses dignos de proteção. Em algumas hipóteses, o Tribunal apenas põe uma barreira à aplicação da norma dali para frente; em outras, quando o vazio legislativo seria ainda mais grave do que a inconstitucionalidade constatada, estabelece que a norma continue sendo aplicada até que nova disciplina seja posta pelo legislador, a quem o Tribunal exorta a adoção dessa providência. Eis algumas das espécies de situação em que o Tribunal já se valeu da técnica da mera declaração de incompatibilidade (a menção é relevante porque inclusive fornece subsídios ao atual direito brasileiro, como se vê adiante): (a) leis anteriores à Constituição, que lhe estejam em desacordo: reconheceu-se a impos-

5. CALAMANDREI. *La ilegitimidad...*, n. 20, p. 95-100.

6. Cappelletti notava essa convergência já em sua obra *Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (cap. V, § 4, p. 120-124). Desde então, as diferenças entre os vários modelos de controle atenuaram-se ainda mais, como se nota a seguir.

7. CAPPELLETTI. *O controle*. cap. V, § 4, p. 121.

8. Sobre o exposto neste parágrafo, vede HÄBERLE. *La Verfassungsbeschwerde*, n. 7.2, p. 68-69; HESSE. *Elementos*. n. 688, p. 499-500; e, especialmente, WITTHAUS. *Poder*. cap. I, p. 21-43.

sibilidade da imediata e integral adequação do ordenamento infraconstitucional; reputou-se razoável dar tempo ao legislador para um período de transição, declarando nulas apenas as leis prévias que ofendessem a dignidade humana ou os princípios fundamentais do Estado de Direito e da ordem democrática;⁹ (b) violações à Constituição “não-evidentes”; (c) casos em que o vazio legislativo gerado pela nulidade da norma conduziria a situação de caos; (d) violações ao princípio da igualdade, que se resolveriam mais adequadamente com a extensão do tratamento diferenciado àqueles que não o têm do que com a supressão em face daqueles que já o recebem: em alguns desses casos, o Tribunal Constitucional já determinou que, passado o prazo dado ao legislador para a extensão do tratamento diferenciado, os próprios juízes o façam, aplicando diretamente as cláusulas constitucionais; (e) normas inconstitucionais por causa de erros no processo legislativo: em casos em que não havia nenhuma inconstitucionalidade material e nos quais a falha processual não era evidente, o Tribunal, em prol da segurança jurídica, não declarou a lei nula, apelando ao legislador para que sanasse o vício.

Em outras situações, o Tribunal Constitucional Federal alemão, embora reconhecendo que a lei é “ainda constitucional”, verifica que ela está em “trânsito para a inconstitucionalidade”. Vale dizer: constata que, em virtude da evolução de fatores sociais, econômicos, tecnológicos, políticos etc., a norma provavelmente será inconstitucional no futuro. Em tais casos, o Tribunal emite um apelo ao legislador, a fim de que promova a mudança da norma antes que sobrevenha a inconstitucionalidade. Essa técnica também tem sido utilizada na jurisdição constitucional brasileira, como se verá de passagem adiante.

No direito alemão, tanto nas hipóteses de incompatibilidade quanto nas de inconstitucionalidade com nulidade, as anteriores sentenças penais que aplicaram a norma, ainda que já tenham transitado em julgado, podem ser revistas (Lei do Tribunal Constitucional, § 79, n. 1). Já as sentenças civis revestidas da coisa julgada, em princípio, permanecem íntegras, mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade com nulidade. No entanto, a execução de tais decisões já não será admissível. Se mesmo assim advier a execução judicial, caberão embargos, nos termos da legislação processual (§ 79, n. 2). Essa regra é a principal fonte inspiradora do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil brasileiro.

Na Itália, o art. 136 da Constituição prevê que, quando a Corte Constitucional “declara” a inconstitucionalidade de um ato normativo, “la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”. Embora o texto pareça indicar o contrário, doutrina e jurisprudência extraem da norma do art. 136 a

9. No Brasil, tal hipótese não se pôe porque se firmou no Supremo a (discutível) tese de que o controle direto só se exerce em relação às normas posteriores à Constituição (v. ADI 2, em que, já sob a égide da atual Constituição, se reafirmou a “antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária” — j. 06.02.1992, *DJU* 21.11.1997).

eficácia *ex tunc* dos pronunciamentos de inconstitucionalidade, ao diferenciá-los da mera abrogação. Mas ficam excluídas dessa retroatividade as “relações exauridas”. São assim consideradas “oltre quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva conclusione mediante sentenza passata in giudicato, quelli rispetto ai quali sia decorso il termine di prescrizione o di decadenza per esercizio di diritti a essi relativi”.¹⁰ E o art. 30, *comma* 4, da Lei n° 87, de 11.03.1953, *a contrario sensu* confirma essa orientação ao prever a cessação da execução e dos efeitos *penais* das sentenças condenatórias “irrevogáveis” que aplicaram a norma declarada inconstitucional. Vale dizer, em princípio ficam preservados os efeitos civis das sentenças que aplicaram a lei inconstitucional e não são mais “revogáveis” (o que, entre nós, equivaleria a não mais rescindíveis).

Também na Espanha o princípio da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Constituição espanhola, art. 161, 1, a; Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 40, 1) veio a ser atenuado a partir de célebre sentença do Tribunal Constitucional, em 1989 (Sent. 45, de 20/02). Examinava-se a constitucionalidade do sistema que fazia obrigatória a “liquidação conjunta do imposto sobre a renda da ‘unidade familiar’ matrimonial”. Tal sistema vinha vigorando, em virtude de diversas leis, pelo menos desde 1978. O Tribunal Constitucional reconheceu que essas normas eram incompatíveis com a Constituição, pois a “liquidação conjunta” deveria ser facultativa. Mas o Tribunal constatou também que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa geraria sério risco ao Tesouro Público; provavelmente não traria benefícios aos contribuintes, pois novos tributos seriam criados para cobrir o rombo; enfim, poderiam advir “resultados irracionais”. Por isso, atribuiu ao provimento declaratório da inconstitucionalidade eficácia *pro futuro*, a partir da sua publicação. A mesma orientação veio a ser reiterada em diversos julgados posteriores do Tribunal Constitucional.¹¹ Note-se que, mesmo antes dessa atenuação jurisprudencial da eficácia *ex tunc*, a própria Constituição já excluía da retroatividade as anteriores sentenças transitadas em julgado (art. 161, n. 1, a).

Um modelo de retroatividade atenuável é também o que vigora no sistema português de controle de constitucionalidade (Constituição de Portugal, art. 282, de acordo com a Lei Constitucional n° 1, de 1982). A regra geral é a da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. A decisão produz efeitos desde a entrada em vigor da norma inconstitucional ou, em caso de inconstitucionalidade superveniente, desde o momento em que sobreveio tal defeito (art. 282, n. 1 e 2). A Constituição portuguesa expressamente excluiu dessa eficácia retroativa as anteriores sentenças

10. Sentença da Corte Constitucional, de 07.05.1984, n. 139, op. cit. por Pescatore e outros, em *Costituzione*, nota 5 ao art. 136, p. 1439. Quanto ao princípio geral da eficácia retroativa, v. as sentenças citadas na nota 3 ao art. 136, p. 1438-1439, da mesma obra. Cf. ainda RUFFIA, Biscaretti di. *Direito...*, n. 165, p. 469-475; CAPPELLETTI. *O controle*, cap. V, § 3, inclusive nota 12, p. 119-120, e CUOCOLO, *Istituzioni*, n. 569, p. 892-894.

11. Cf. ENTERRÍA, García de. *Justicia...*, *passim*; RÍO, Concheiro del. *Responsabilidad*, n. I, B, p. 94-118.

revestidas da coisa julgada (“casos julgados”), excetuando da exclusão as que envolvam matéria penal, disciplinar ou de “ilícito de mera ordenação social”, quando a declaração de inconstitucionalidade puder representar situação mais favorável ao condenado (art. 282, 3). Além disso, “a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” podem vir a exigir que o Tribunal Constitucional, fundamentadamente, fixe os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito (art. 282, 4).¹² Essa última regra influenciou diretamente o legislador brasileiro, que, através da Lei 9.868 (art. 27), introduziu semelhante mecanismo em nosso sistema.

No direito comunitário europeu, a eficácia prospectiva tem sido adotada em decisões que versam sobre aquilo que a doutrina já denominou controle de “convencionalidade”,¹³ vale dizer, o exame da compatibilidade da lei interna com o tratado ou convenção que lhe é superior. O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, no caso *Defrenne* (08.04.1976), reconheceu que determinada lei belga ofendia dispositivo do direito comunitário que assegurava a igualdade salarial entre homem e mulher. No entanto — considerando que a aplicação retroativa desse reconhecimento arruinaria muitas empresas privadas, que sempre seguiram a lei belga, e tomando ainda em conta possíveis dúvidas sobre o termo inicial de eficácia do dispositivo comunitário — o tribunal decidiu que sua sentença reconhecendo a ilegitimidade da lei belga produziria efeitos a partir da data de publicação.¹⁴ Semelhante solução foi adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Markx*, também envolvendo a Bélgica. Reconheceu-se que um dispositivo do Código Civil daquele país ofendia a Convenção Européia de Direitos Humanos ao conferir tratamento diferenciado para filhos havidos dentro e fora do casamento. Todavia, por razões de segurança jurídica, tal reconhecimento produziria eficácia apenas a partir da sentença.¹⁵ Ademais, também o controle judicial dos acordos, regulamentos e demais atos gerais comunitários emprega a técnica da preservação de efeitos do ato incompatível. Nos termos do art. 231, 2, do Tratado da Comunidade Européia, “com respeito aos regulamentos, o Tribunal de Justiça [da Comunidade Européia] assinalará, se o reputar necessário, os efeitos do regulamento declarado nulo que devam ser considerados como definitivos”. O Tribunal de Justiça tem interpretado esse dispositivo em sentido amplo, considerando-o aplicável a quaisquer atos comunitários suscetíveis de produzir efeitos jurídicos.¹⁶

12. V. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, II, n. 110-115, p. 383-392; CANOTILHO. *Direito constitucional*, parte IV, cap. 26, p. 969-970; CANOTILHO; MOREIRA, Vital. *Fundamentos...*, cap. VI, n. 2.8, p. 273-278.

13. David Dokhan, por exemplo, trata do “contrôle de conventionnalité” das próprias normas constitucionais (*Les limites*, p. 210 e ss).

14. ENTERRÍA, García de. *Justicia...*, n. III, p. 6-8; CASTRO, Siqueira. *Da declaração...*, n. 4, p. 81.

15. ENTERRÍA, García de. n. III, p. 8. A compatibilização da legislação belga com a Convenção Européia só veio a ocorrer oito anos depois da decisão do Tribunal (Georg Ress, *La convention*, coment. ao art. 54, p. 865).

16. Ver TORRE, Castillo de la. *El control*, n. 5.4, p. 195-197.

A discussão sobre o momento de eficácia da decisão de inconstitucionalidade chegou até mesmo à França — o que seria a princípio impensável, em vista do sistema do controle de constitucionalidade *a priori* que lá vigora. A norma geral é a de que o controle de constitucionalidade se faça apenas antes da promulgação das leis. Não se concebe a argüição da inconstitucionalidade da lei já em vigor nem mesmo para meramente obstar sua incidência em um caso concreto. Os projetos de 1990 e 1993 que visavam a tornar possível a “exceção de inconstitucionalidade” foram rejeitados.¹⁷ No entanto, em meados da década de 1980, começou a firmar-se no Conselho Constitucional francês o entendimento de que lhe caberia a competência para controlar a constitucionalidade de uma lei já promulgada, nas hipóteses em que tal lei pudesse ser contestada por ocasião do exame *a priori* de disposições normativas que a estivessem modificando, completando ou *alterando-lhe o alcance*. Quando examina a constitucionalidade de um dispositivo modificado ou complementado por lei em vias de ser promulgada, o Conselho Constitucional não foge da diretriz do controle *a priori*. Afinal, nesses casos o que se tem é um dispositivo legal *novo*. A verdadeira inovação deu-se na decisão *Loi organique sur la Nouvelle-Calédonie*, de 15 de março de 1999. Examinava-se a constitucionalidade de uma lei a ser promulgada que previa para certos casos a aplicação de penalidade prevista em outra lei, já vigente e que inclusive já havia passado pelo crivo prévio de constitucionalidade do Conselho. O Conselho não só reputou inconstitucional a aplicação daquela pena aos casos previstos na lei nova, como foi além, expressamente declarando ser inconstitucional também a previsão da penalidade a casos originariamente previstos na lei antiga já em vigor. Vale dizer: houve controle de constitucionalidade *a posteriori*. Diante disso, passou-se a indagar se em tais casos o reconhecimento de inconstitucionalidade produziria efeitos retroativos ou *ex nunc*. David Dokhan, que relata detalhadamente esse interessante capítulo do direito constitucional francês aqui resumido, inclina-se para a segunda alternativa, que “*aurait le mérite d’éviter toute contestation*” dos punidos pela lei antiga antes de 15 de março de 1999.¹⁸

Nos próprios Estados Unidos, onde se estabeleceu de modo tão marcante a tese da nulidade e da ineficácia absolutas da lei inconstitucional, a jurisprudência veio a reconhecer a necessidade de mitigação daquele entendimento, para que outros valores igualmente relevantes fossem resguardados. Em várias ocasiões, os tribunais americanos já haviam preservado as conseqüências da aplicação de normas inconstitucionais. Porém, o grande marco a esse respeito foi a decisão da Suprema Corte no caso *Linkletter v. Walker*, em 1965, quando se afirmou que “a Constitui-

17. Cf. DOKHAN. *Les limites*. p. 167.

18. *Les limites*. p. 167-175.

ção não proíbe nem exige efeitos prospectivos” no pronunciamento de inconstitucionalidade. Reconheceu-se ser necessária a avaliação das peculiaridades de cada caso concreto. Em julgamento posterior (*Stovall v. Denno*, 1967), a Suprema Corte procurou fixar parâmetros para a determinação da eficácia temporal dos julgamentos de inconstitucionalidade.¹⁹

No Brasil, inclusive pela original influência do modelo americano, firmou-se a concepção da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. Tal orientação foi mantida mesmo com a introdução do controle concentrado em via abstrata.²⁰ Mas, desde a década de 1960 — ou seja, desde o início do controle direto e abstrato —, põem-se ressalvas e limites a tal eficácia retroativa.

Assim, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal, embora tendo declarado a inconstitucionalidade da lei de investidura de pessoas em cargos públicos, reconheceu a eficácia e validade dos atos por eles praticados. Para tanto, adotou a teoria do “funcionário de fato”, concebida no direito administrativo. Buscou assim resguardar a posição jurídica dos administrados que de boa-fê estavam envolvidos em relações jurídicas que pressupunham a legitimidade dos atos praticados por aqueles “funcionários”.²¹

Em outros casos, o Supremo, invocando a irrepetibilidade de verbas alimentícias, manteve efeitos pretéritos de leis inconstitucionais que haviam concedido ou aumentado a remuneração de servidores. Firmou-se o *standard*: “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.²²

Além disso — e eis o ponto que mais diretamente interessa ao presente estudo — é assente no Supremo que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de automaticamente desconstituir a coisa julgada das sentenças pretéritas que aplicaram a norma declarada inconstitucional.

19. Cf. CAPPELLETTI. *O controle...*, cap. V, § 4, p. 122-123; ENTERRÍA, García de. *Justicia...*, n. II, p. 6; CASTRO, Siqueira. *Da declaração...*, n. 4, p. 58-60. García de Enterría nota que, muito antes da afirmação da doutrina “prospectiva” do controle de inconstitucionalidade, já era usual o entendimento no direito americano de que tributos inconstitucionais em princípio não deveriam ser devolvidos (“Justicia...”, n. V, p. 11). Daniel Sarmiento aponta uma tendência mais recente de restrição à doutrina prospectiva na Suprema Corte americana (*A eficácia...*, n. 3, p. 113-114).

20. STF, *RTJ* 82/791, 87/758, 89/367, 95/993, 97/1369, 101/503, 102/671, 146/461; Rp. 980, rel. Min. Moreira Alves, j. 21.11.1979, em *RTJ* 96/496; RE 263.659-SP, 1a T., rel. Min. Moreira Alves, j. 20.03.2001, *DJU* 18.05.2001. Buzaid, *Da ação*, n. 59-60, p. 130-132, e n. 62, p. 137-138; Gilmar F. Mendes, *Jurisdição*, cap. III, p. 253; Clèmerson Clève, *A fiscalização*, n. 3.2.9, p. 244-249.

21. RE 79.628, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJU* 13.12.1974; RE 78.209, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJU* 11.10.1974; RE 78.594-SP, 2a T., rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974, em *RTJ* 71/570; 78.533-SP, rel. p/ ac. Min. Décio Miranda, j. 13.11.1981, em *RTJ* 100/1086.

22. RE 122.202-MG, 2a T., rel. Min. F. Rezek, j. 10.08.1993, *DJU* 08.04.1994.

nal. Trata-se de orientação em consonância com vários dos ordenamentos estrangeiros acima mencionados. A desconstituição de tais coisas julgadas dependerá de ação rescisória, cabendo observar os requisitos dessa, inclusive o prazo de interposição.²³ Na doutrina tal entendimento é igualmente acolhido, de modo quase unânime.²⁴⁻²⁵

Acresça-se a esse panorama a regra introduzida pelo art. 27 da Lei 9.868/99. Permite a modulação dos efeitos da declaração direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Mantém-se a regra geral da eficácia retroativa do pronunciamento de inconstitucionalidade. No entanto ao declarar em via direta a inconstitucionalidade, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

O Supremo não concedeu, até hoje, liminar em ações diretas de inconstitucionalidade que impugnaram o art. 27 da Lei 9.868.²⁶ Não o aplicou, tampouco. Mas a não-aplicação até o momento provavelmente se deve ao fato de o Supremo não se haver deparado com situação em que reputasse necessária a mitigação dos efeitos retroativos. Não parece que a falta de utilização do dispositivo indique alguma dúvida quanto à sua legitimidade — mesmo porque já existe acórdão do Pleno que traz na própria ementa referência a essa regra sem nenhuma ressalva quanto à sua constitucionalidade.²⁷

23. RMS 17.976-SP, rel. Min. Amaral Santos, j. 13.09.1968, em *RTJ* 55/744; RE 86.056, rel. Min. Rodrigues Alckmin, j. 31.05.1977, *DJU* 01/07/1977; Recl. 148, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.06.1983, em *RTJ* 109/463.

24. Cf., entre muitos: BUZAID, *Da ação...*, n. 62, p. 138; MENDES, Gilmar F. *Controle...*, tít. III, cap. V, p. 279-280, e *Jurisdição...*, cap. III, p. 260; CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 3.2.9, p. 251-253; ZAVASCKI, Teori. *Eficácia...*, cap. 6. É francamente minoritário o entendimento de Teresa A. Alvim Wambier, no sentido de que as sentenças pretéritas nessa hipótese seriam “inexistentes”, defeito esse cujo reconhecimento independeria de rescisória (*Nulidades...*, n. 3.1.3, p. 310).

25. Como nota Teori Zavascki, as relações continuativas, mesmo estando decididas por sentenças transitadas em julgado, sofrerão prospectivamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, sem que se lhes possa opor a coisa julgada (*Eficácia...*, n. 4.5 e 4.6, p. 92-101). A constatação, de extrema perspicácia, merece apenas uma ressalva. Devem ser diferenciadas (1) as relações continuativas sobre as quais a norma (aplicada pela sentença e depois declarada inconstitucional em via de ação direta) permanece incidindo, de modo contínuo ou reiterado, (2) das relações continuativas para as quais a norma foi relevante apenas no momento da constituição, e não mais depois. Ou seja, importa saber se a norma em questão é de incidência contínua ou reiterada (hipótese 1) ou incidiu uma única vez, no passado (hipótese 2). Apenas na hipótese 1 há como se cogitar da aplicação *ex nunc* da posterior declaração de inconstitucionalidade em via direta, sem que se fale em quebra da coisa julgada.

26. ADI 2154-2, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, e ADI 2258-0, proposta pela OAB. Ambas aguardam julgamento da liminar.

27. EDADI 483-PR, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 22.08.2001, *DJU* 05.10.2001.

A doutrina brasileira, por sua vez, tem reconhecido a constitucionalidade da nova regra —²⁸ e com inteira razão.

O dispositivo apenas explicita a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade por ocasião do controle das normas em via abstrata. Caberá ao Supremo ponderar se, em certas hipóteses, a supremacia da Constituição e a isonomia, princípios que justificam a atribuição de efeitos *ex tunc* ao provimento declaratório de inconstitucionalidade, não devem ceder espaço a outros valores constitucionais também relevantes (dignidade humana, boa fé, segurança jurídica...). Além disso, a possibilidade de excepcionalmente restringir os efeitos retroativos ou mesmo atribuir apenas efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade — ao contrário do que possa parecer — confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato. A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, acabe muitas vezes simplesmente deixando de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas conseqüências que adviriam da eficácia *ex tunc* dessa declaração. O poder de modulação dos efeitos do juízo de inconstitucionalidade afasta as soluções à base do “ou tudo ou nada” — permitindo o reconhecimento da inconstitucionalidade mesmo em casos como esses últimos.²⁹ De resto, fica preservada a regra geral da eficácia retroativa, ínsita à nossa tradição constitucional: a modulação dos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade dependerá de quórum qualificado (dois terços dos membros do Supremo). E evidentemente não é “discricionária” a atividade que o Supremo desenvolve no exercício dessa regra: tem o dever de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões para tanto; tem o dever de se abster de tal limitação, quando faltar motivo justificável.³⁰ Eis mais um daqueles casos em que não se pode confundir a aplicação concreta de conceitos indeterminados (“segurança jurídica” e “excepcional interesse social”) com atividade propriamente discricionária.³¹

28. Reconhecem expressamente a constitucionalidade da regra ou a examinam sem lhe imputar qualquer defeito dessa monta, entre outros: ARAGÃO, Alexandre S. de. *O controle...*, *passim*; CASTRO, C. R. Siqueira. *Da declaração...*, *passim*; SARMENTO, Daniel. *A eficácia...*, n. 6, p. 123-129; BARROSO, Luís Roberto. *Conceitos...*, n. 9.; ROTHEBURG, Walter. *Velhos...*, n. 3.6, p. 282-285; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição*, n. V.1, p. 177-188; ZAVASCKI, Teori. *Eficácia...*, n. 2.5, p. 49-51; MENDES, Gilmar F.. *Controle concentrado*, n. 7.2.2, p. 313-324; VELOSO, Zeno. *Controle...*, n. 206-213, p. 186-197. São raras as manifestações no sentido oposto (v.g. FERREIRA Fº., Manoel Gonçalves. *O sistema...*, *passim*). Ainda antes da Lei 9.868, Paulo Bonavides sustentava a possibilidade de o direito brasileiro inspirar-se no mecanismo alemão do reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Constituição sem a declaração de sua nulidade (*Curso...*, cap. 9, n. 9, p. 301-310).

29. Nessa mesma linha, tratando do direito de seus respectivos países, Jorge Miranda, *Manual...*, II, n. 114, p. 389-390; García de Enterría, *Justicia...*, n. VI, p. 15 (para quem a técnica prospectiva é “una ampliación de la eficacia práctica de la Constitución”).

30. Nesse sentido, no direito português, Jorge Miranda, com amparo na doutrina alemã (*Manual...*, n. 114, p. 390).

31. Veja-se o meu *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, n. 16.2 e 16.3, p. 379-388, e, sobretudo, a doutrina lá citada.

E esse modelo é consentâneo com a natureza da norma inconstitucional e da decisão que no controle direto a pronuncia. Nesse ponto, cabe breve menção à doutrina de Kelsen, não propriamente para adotá-la, mas para tomá-la como ponto de partida para a tentativa de adequada compreensão do tema.

Kelsen afirmava que mesmo a lei dita “inconstitucional” seria “válida”. A constatação de sua “validade” seria extraível da própria previsão de mecanismos para retirá-la do ordenamento: se o sistema se ocupa de disciplinar os modos de remover uma lei do ordenamento, é porque a reconhece como tal. Afinal, se uma pessoa qualquer, um louco, resolvesse praticar um ato e intitulá-lo de “lei”, esse ato, então sim, jamais seria tido por “válido”; não autorizaria o emprego dos meios previstos no sistema para debelar a lei “inconstitucional” etc. E se o ato desse louco viesse a ser acatado como lei, ter-se-ia a subversão do sistema, *um novo sistema*. Já as leis ditas “inconstitucionais” estariam desde o início dentro do sistema. Tanto seriam válidas, na ótica de Kelsen, que apenas poderiam ser retiradas do ordenamento pelos órgãos aos quais a Constituição atribuiu competência para tanto. Essa formulação pode parecer consentânea apenas com um sistema como o austríaco, em sua feição original, de controle abstrato concentrado em um único órgão que proferia decisões *ex nunc*. Mas Kelsen ocupou-se de demonstrar que sua teoria se aplicaria aos outros sistemas, mesmo o americano. A circunstância de não um único, mas todos os juízes e tribunais estarem autorizados a reconhecer a “inconstitucionalidade” não afetaria a concepção de que tal lei é “válida”, de que é “constitucional”, até que exista a pronúncia invalidando-a. Mais ainda, a própria possibilidade de qualquer cidadão descumprir a lei “inconstitucional” também não desmentiria sua tese. Afinal, dizia Kelsen, quando o cidadão assim age, assume o risco de sua conduta. Sempre ficará na dependência de que posteriormente o órgão revestido de competência para tanto reconheça a “inconstitucionalidade” e “anule” a lei. Caso contrário, o particular responderá pelo descumprimento da lei, pouco importando seu juízo pessoal acerca da compatibilidade da lei com a Constituição. Por fim, Kelsen reconhecia a possibilidade de que a lei fosse “anulada” com efeito retroativo — o que não afetaria a constatação de que “foi válida até sua anulação”.³²

A crítica que se opõe à teoria de Kelsen é a de que confunde o plano de validade com o da *pertinência* da norma a um dado sistema ou, em outros termos, a *existência* da norma como integrante de um sistema. Toda a formulação de Kelsen presta-se em verdade a demonstrar que a norma inconstitucional existe, integra o sistema jurídico. Mas “a existência de uma norma, sua pertinência a um sistema jurídico, nada predica quanto à sua validade ou invalidade”: a validade da lei

32. *Teoria Pura*, cap. V, j e k, p. 363-376; *Teoria geral*. 1ª parte, cap. XI, H, p. 155-163. A tese da “anulabilidade” da lei inconstitucional foi no Brasil adotada por Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição*, III, art. 116, n. 10, p. 619, e Regina Ferrari, *Efeitos...*, *passim*.

depende de sua compatibilidade com a Constituição.³³ Porém, a doutrina de Kelsen, acompanhada dessa ressalva, permite melhor compreender a relação entre a declaração de inconstitucionalidade e as situações pretéritas, formadas com base na lei declarada inconstitucional.

A lei inconstitucional existe, mas padece de invalidade desde o início. Existindo, está inserida no sistema, e dele só virá a ser retirada quando o Supremo exercer o controle direto e abstrato de constitucionalidade ou quando, fazendo-se esse controle pela via incidental, o Senado vier a exercer a competência do art. 52, X, da Constituição. Entretanto, por ser inválida, desde logo o particular tem o direito e o administrador e o juiz o dever de descumpri-la. O provimento que pronuncia a inconstitucionalidade, na ação direta, reveste-se de uma pluralidade de eficácias. Por um lado, *declara* a invalidade, que preexistia. Por outro, tem caráter constitutivo: a norma, que até então pertencia ao ordenamento, é dele retirada.

Mas, na medida em que a norma inconstitucional *existia* e, mais do que isso, estava revestida de uma presunção de legitimidade, a norma inconstitucional pode ter conduzido à prática de atos durante o período em que esteve inserida no sistema. Pela ponderação de valores, muitos desses atos deverão ser mantidos.³⁴ O suporte para tal manutenção não está na norma inconstitucional em si, mas em outras normas (no mais das vezes, normas-princípios): boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa etc. Sob esse prisma, a norma inconstitucional não funcionará propriamente como *fonte normativa* da validade e eficácia de tais atos. Em vez disso, a existência da norma inconstitucional (e a presunção de sua legitimidade) servirá de *fato jurídico* acarretador da incidência de outras normas. Sob esse aspecto estava correto o Min. Leitão de Abreu ao sustentar, em voto no Supremo, que a “lei inconstitucional é um *fato eficaz*” gerador de algumas conseqüências indelévels. Incidia em erro, porém, ao ver nisso um sinal da “anulabilidade” da norma inconstitucional.³⁵ Posteriormente, o próprio Min. Leitão de Abreu reconheceu que sua anterior defesa da “anulabilidade” da norma inconstitucional destinava-se especificamente a resguardar situações pretéritas cujo desfazimento seria iníquo.³⁶ Como se viu, o reconhecimento da invalidade *ab initio* da norma inconstitucional não é incompatível com a preservação de determinadas conseqüências da anterior aplicação da norma inconstitucional.

33. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Leis...*, n. 7-14, p. 14-18.

34. “... os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional não são *automaticamente* desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitera-se, repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma)” (CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização*, n. 3.2.9, p. 253).

35. RE 79.343-BA, 2ª T., rel. Min. Leitão de Abreu, j. 31.05.1977, RTJ 82/791.

36. RE 93.356-MT, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 24.03.1981, em RTJ 97/1369.

O Supremo pode exercer de várias maneiras a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: fixando marcos temporais (pretéritos mas posteriores ao início da inconstitucionalidade; coincidentes com o trânsito em julgado; ou, ainda, posteriores ao trânsito em julgado); excluindo dos efeitos da decisão certas situações específicas (“... restringir os efeitos...” da decisão, diz o art. 27); ou, por fim, apenas ressalvando determinadas diretrizes que precisarão depois ser consideradas em concreto. Aliás, a principal crítica que talvez se possa fazer ao art. 27 talvez resida na ausência da percepção desse último aspecto, caso considerados os termos literais do dispositivo. Fica a impressão de que, não havendo a modulação dos efeitos já momento do controle direto e abstrato, nenhuma situação constituída sob a égide da norma inconstitucional poderia ser preservada. Mas diversos valores constitucionais não autorizam que seja assim. Se a atenuação dos efeitos retroativos do pronunciamento de inconstitucionalidade justifica-se inclusive em consideração ao princípio da proporcionalidade, e se a proporcionalidade depende precipuamente da consideração de circunstâncias concretas, nem sempre será possível a prévia e abstrata identificação dos casos que devem ser excluídos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, parece possível o estabelecimento de diretrizes de modulação dos efeitos no julgamento da ação direta, para a posterior consideração concreta, tal como acima mencionado. Mais ainda, é razoável que, embora não tendo havido a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade por ocasião da sua declaração em via direta, constatem-se depois situações constituídas sob a égide da norma inconstitucional que, por força de valores constitucionais relevantes, devam ser preservadas. Nessa hipótese, não parece que o silêncio na decisão da ação direta baste para a conclusão de que aquela situação estará necessariamente atingida pelos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, devendo ser desfeita. É concebível que em processo judicial em que se examine tal caso concreto reconheça-se a necessidade de preservação total ou parcial de atos praticados com suporte na norma inconstitucional — tal como o Supremo tantas vezes fez, desde a instauração da ação direta até a edição da Lei 9.868.

No que tange às situações que justificam a modulação do efeitos, pode-se indicar, a título ilustrativo, os exemplos extraídos da jurisprudência constitucional alemã (v. acima).

Diante desse quadro, cabe indagar em que medida é com ele compatível o parágrafo único do art. 741. A questão é tanto mais crucial quando se considera que o art. 27 da Lei 9.868 não inovou ao prever a possibilidade de limites à eficácia retroativa do reconhecimento da inconstitucionalidade. Apenas explicitou uma possibilidade derivada da conjugação de princípios constitucionais. Precisamente por isso, a limitação da retroatividade já era por vezes posta em prática pela jurisprudência constitucional, mesmo antes da Lei 9.868. Isso significa que o eventual conflito entre as normas não poderá simplesmente ser resolvido pela afirmação de que o art. 741, parágrafo único, teria revogado o art. 27 da Lei das Ações Diretas, nem mesmo

parcialmente. Tampouco se pode dizer que a nova regra inserida no Código de Processo seja “especial” para a autoridade das sentenças civis, em confronto com aquela do art. 27, de caráter “geral”. Enfim, não são os critérios da “temporalidade” nem da “especialidade” que solucionam o conflito. A questão se põe em termos de “hierarquia”. A regra do art. 27 é a explicitação de valores constitucionais.

Assim, se o Supremo, ao declarar em via direta a inconstitucionalidade uma norma, restringe a eficácia retroativa de seu pronunciamento, seria possível aplicar a regra do art. 741, parágrafo único, a um caso que se insira naquele campo que foi excluído dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade?

Some-se ao até aqui considerado ainda outro aspecto. A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional, não é só por isso “nula” ou “inexistente”. Acima se viu que nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma “não-lei” ou “lei inexistente”: ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que pudéssemos dizer que a lei inconstitucional é uma “não-lei”, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade, propriamente, padece essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade. Para confirmar o que ora se diz basta comparar essa hipótese com aquelas em que: (a) o juiz, por falha de interpretação, resolve a causa “aplicando” uma norma que não existe nem jamais existiu; (b) o juiz aplica uma norma que já estava revogada por ocasião dos fatos da causa. Em tais hipóteses, verdadeiramente não há norma a amparar a sentença, mas nem por isso dir-se-á que o provimento inexistente. A decisão conterà um *error in iudicando*, um defeito de conteúdo. Só poderá ser revista através dos mecanismos de revisão legalmente previstos.

A inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá acarretar propriamente a nulidade da sentença quando se tratar de norma processual reguladora de requisitos de validade da sentença ou de validade de atos que repercutam necessariamente sobre a sentença. Exemplificando: (i) uma hipotética lei dispensa o juiz de motivar ao sentenciar, e o juiz, amparado nessa regra, profere sentença sem fundamentação; (ii) uma hipotética lei proíbe prova oral em processos de direito de família, e o juiz, com base nela, indefere o requerimento de prova testemunhal feito pelo autor, julgando a ação improcedente por falta de provas. Do mesmo modo, a inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá conduzir à inexistência ou à ineficácia de pleno direito de uma sentença quando diretamente repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, se uma lei viesse a dispensar a citação do réu em ações de valor inferior a mil reais, permitindo que o processo tramitasse integralmente sem a sua participação, a sentença no processo que houvesse aplicado essa regra seria ineficaz *pleno iure* perante o réu, na medida em que ele não teria integrado a relação processual.

E mesmo nessas hipóteses cabem ressalvas.

A nulidade da sentença de mérito é defeito grave que pode ser atacado mediante recurso e mesmo conhecido de ofício pelos órgãos recursais, nos limites do efeito devolutivo do recurso. No entanto, com o trânsito em julgado, a sentença faz coisa julgada, ainda quando absolutamente nula. Na configuração tradicional do processo civil brasileiro, a sentença de mérito nula precisará ser atacada através de ação rescisória, observados os requisitos específicos dessa via. Não sendo assim, permanecerá íntegra. Daí a tradicional observação no sentido de que a coisa julgada configura uma “sanatória geral” do processo.³⁷

Já para a “sentença inexistente” (incluindo-se aqui a hipótese de falta ou nulidade de citação do réu) não há que se falar em coisa julgada. O defeito é intransponível. Jamais haverá sanção ou convalidação. O pretense provimento judicial pode ser simplesmente desconsiderado (p. ex., ajuizando-se outra ação exatamente com o mesmo objeto sobre o qual ele teria versado). A eventual tentativa de execução da “sentença inexistente” poderá ser atacada por embargos ou qualquer outro meio. Todavia, o Supremo mais de uma vez preservou atos praticados sob o amparo da norma inconstitucional em situações que envolviam, precisamente, hipótese que em tese poderia conduzir à “inexistência” de sentença (mais propriamente, sua ineficácia frente ao réu). Tratava-se de casos em que foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei que conferia investidura a oficiais de justiça. Pretendia-se a nulidade dos atos praticados por tais “oficiais de justiça” — o que, tratando-se de citação e havendo revelia, poderia conduzir à ineficácia da sentença em face do réu. O Supremo considerou válidos os atos praticados pelos “oficiais”, com amparo na teoria do “funcionário de fato”.³⁸ Vale dizer: a invalidade da norma inconstitucional não acarretou a nulidade do ato praticado sob sua égide e, conseqüentemente, não afetou os pressupostos de existência do processo. Portanto, também nessas hipóteses distinguir-se-á o plano normativo do plano dos atos concretos, mediante análise ponderada.

3. A DECLARAÇÃO INCIDENTALER TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO: LIMITES E FORMA DE EXTENSÃO DA SUA EFICÁCIA

Na hipótese de controle difuso de inconstitucionalidade, adicionam-se outros fatores aos até aqui mencionados.

O reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de uma norma, ainda quando pronunciado pelo Supremo, não tem por si só eficácia *erga omnes*. Para o caso concreto

37. Como escreveu Liebman, “os motivos de nulidade, inclusive os insanáveis (...), com o trânsito da sentença em julgado, também (...) se tornam inoperantes, carentes de conseqüências” (*Manual...*, n. 123, p. 266).

38. RE 79.628, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJU* 13.12.1974; RE 78.209, rel. Min. Aliomar Baleeiro, *DJU* 11.10.1974; RE 78.594-SP, 2ª T., rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974, em *RTJ* 71/570; 78.

ali julgado, a constatação da inconstitucionalidade produzirá em princípio efeitos *ex tunc* (cabendo também aqui a ressalva quanto à excepcional proteção de situações antes constituídas, conforme mencionado no item anterior). Todavia, não ultrapassará o objeto do processo em que se der. Trata-se de noção de há muito pacífica.³⁹ Nesse ponto, o modelo brasileiro de controle incidental diferencia-se do americano, que o inspirou. É que nos Estados Unidos o poder judicial de controle *incidenter tantum* é conjugado com o princípio do *stare decisis*, pelo qual os precedentes tornam-se vinculantes, dentro de certos limites. Ou seja, a eventual eficácia sobre outros casos não é uma peculiaridade do controle de constitucionalidade, mas uma *característica geral* do direito anglo-saxão. Nesse ponto, o ordenamento brasileiro filia-se a outro modelo.

A Constituição veicula regra expressa a respeito do tema. Ao constatar a inconstitucionalidade de norma no exame de caso concreto, o Supremo precisará solicitar ao Senado Federal a retirada da regra do ordenamento. É o que prevê o art. 52, X, da Constituição, ao atribuir ao Senado a competência privativa para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. “Suspender”, nesse dispositivo, tem o sentido de providência definitiva e não provisória. É a própria supressão da regra do ordenamento. Pode ser retroativa (normalmente o será), não constituindo simples revogação daquele momento em diante.⁴⁰ Por outro lado, o dispositivo emprega “lei” na acepção de qualquer ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal.⁴¹

A figura da “suspensão” da norma pelo Senado foi introduzida pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) precisamente como forma de permitir a extensão do reconhecimento da inconstitucionalidade em via incidental a outros casos. Lembre-se que na época não existia o controle direto e abstrato de inconstitucionalidade, instituído pela Emenda Constitucional 16, de 1965. Em 1977 o Supremo firmou o entendimento de que a regra da suspensão pelo Senado, reiterada nas Constituições de 1946 e 1967/1969, só se aplicava ao controle incidental.⁴² O fundamento dessa conclusão estava na eficácia *erga omnes* de que já se reveste, por si só, a decisão na ação direta. Confirmou-se, assim, a eficácia *inter partes* do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade.

39. V., p. ex., STF, MS 16.519, rel. Min. Luiz Galotti, j. 20.06.1966, *DJU* 09.11.1966; RE 108.873, rel. Min. Djaci Falcão, j. 08.09.1987. *DJU* 09.10.1997. Na doutrina, cf., entre outros, BUZAID, *Da ação...*, n. 33-35, p. 84-87; MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *A teoria...*, 2ª parte, *passim*; SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 57.

40. Respeitável parcela da doutrina sustenta a eficácia *ex nunc* do ato (v.g., TEIXEIRA, Meirelles. *Curso...*, cap. VI, n. 7.2, p. 432-433; MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *A teoria...*, n. 5.10.3, p. 211; SILVA, J. Afonso da. *Curso...*, p. 57). Mas não é esse o entendimento do Senado Federal (Parecer 154/1971, rel. Sen. Accioly Filho, *RIL* 48/265) nem do Supremo (RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos, em *RDA* 105/111). Na doutrina, no sentido do texto, vede: MENDES, Gilmar F. *Controle*, tít. III, cap. II, p. 209-214, e CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 2.2.1.7, p. 122-124; ZAVASCKI, Teori. *Eficácia...*, n. 1.4, p. 32.

41. V., por todos, CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 2.2.1.7, p. 118-120

42. STF, Parecer do Min. Rodrigues Alckmin, Sessão Adm. 19.06.1974, *DJU* 16.05.1977; Parecer do Min. Moreira Alves, Sessão Adm. 11.11.1975, *DJU* 16.05.1977; determinação do Pres. do STF, Min. Thompson Flores, de 18.04.1977 (*RIL* 57(305)/260); alteração do RISTF (art. 178), em 15.10.1980.

Prevalece o entendimento de que o poder de “suspensão” do Senado é “discricionário”, no sentido de eminentemente político. A casa legislativa não está vinculada à decisão do Supremo. Não tem prazo para apreciar a questão. Mais ainda, ao apreciá-la, pode decidir por não retirar a norma do ordenamento. Assim, já houve ocasião em que o Senado negou-se a “suspender a execução da lei” (a) por reputar que a conclusão pela inconstitucionalidade, definida no Supremo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma.⁴³ E o Supremo reputa legítima essa autonomia de deliberação do Senado. O único limite reside na impossibilidade de o Senado voltar através e pretender revogar a resolução através da qual ele já retirou a norma do ordenamento.⁴⁴

Como decorrência do seu caráter político, a “suspensão da execução” pode ser *parcial*.⁴⁵ Essa possibilidade está expressa no próprio art. 52, X, da Constituição. Ao prever a possibilidade de o Senado “suspender a execução, *no todo ou em parte*”, da “lei” declarada inconstitucional, a Constituição *não* está pretendendo indicar que, se a declaração de inconstitucionalidade for parcial, apenas essa parte poderá ser suspensa, e não o resto, tido por constitucional. Tal previsão seria supérflua: o Senado jamais poderia suspender a parte da lei que não é inconstitucional. Portanto, o significado da ressalva é necessariamente outro: autorizar que o Senado a suspender apenas uma *parte* da norma que o Supremo considerou inconstitucional.

Conseqüentemente, o Senado pode modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade. De resto, a expressa menção à possibilidade de retirada “em parte” certamente abrange o aspecto temporal.

43. Eis os fundamentos apresentados pelo Senado, p. ex., ao recusar-se a “suspender a execução” da norma declarada inconstitucional no RE 150.764-PE.

44. MS 16.512-DF, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25.05.1966, em *RTJ* 38/5; RCL 691, rel. Min. Medeiros Silva, j. 25.05.1966, *DJU* 24.08.1966; MS 16.519, rel. Min. Luiz Galotti, j. 20.06.1966, *DJU* 09.11.1966; voto do relator, Min. Moreira Alves, na Rp. 1016-SP, j. 20.09.1979, *RTJ* 95/993. Na doutrina, há ampla gama de entendimentos sobre o assunto, que poderia ser sintetizada na seguinte escala: (a) o Senado está completamente vinculado à decisão do Supremo; (b) o Senado pode examinar apenas a regularidade formal da comunicação que lhe foi feita (BUZAID, *Da ação...*, n. 37, p. 89; VELOSO, Zeno. *Controle...*, n. 58, p. 57-58); (c) o Senado pode reexaminar o mérito do reconhecimento de inconstitucionalidade, mas em um exame que haveria de ser precipuamente jurídico e não político; (d) o Senado está livre para, por razões políticas, deixar de “suspender” a norma (CAVALCANTI, Themistocles. *Do controle...*, cap. XV, p. 170; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria...*, n. 5.10.2, p. 207; TEMER, Michel. *Elementos...*, parte I, cap. III, p. 44; ALVES, Moreira. *A evolução...*, n. 1, p. 5; MENDES, Gilmar F.. *Controle...*, tit. III, cap. II, p. 214-216; CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 2.2.1.7, p. 121-122; BARROSO, Luís Roberto. *Conceitos...*, n. 7 p. 250). Esse último — repita-se — é o entendimento do Senado e do Supremo, de há muito, e parece o mais compatível com a função institucional do Senado e com a própria razão de ser da regra do art. 52, X.

45. TEMER, Michel. *Elementos...*, parte I, cap. III, p. 44; CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 2.2.1.7, p. 121.

Em linhas gerais, esse é o mecanismo constitucionalmente fixado para a atribuição de eficácia *erga omnes* aos pronunciamentos de inconstitucionalidade incidentalmente proferidos pelo Supremo. Trata-se de modelo muito criticado pela doutrina atual.⁴⁶ Remonta a época em que muito se temia a atribuição de poderes excessivos aos juízes. Não se coaduna com a gama de poderes atualmente conferidos ao Judiciário, inclusive no próprio campo do controle de constitucionalidade. Por isso, tem-se sugerido mudança na Constituição, para que, dentro de certas condições, diretamente se empreste à declaração incidental do Supremo eficácia geral. Mas, enquanto isso não ocorrer, a norma constitucional permanece em vigor.

Diante disso, cabe indagar: em que medida a regra do art. 741, parágrafo único, é compatível com esse modelo?

4. A “APLICAÇÃO OU INTERPRETAÇÃO TIDAS POR INCOMPATÍVEIS COMA CONSTITUIÇÃO FEDERAL” — A SOLUÇÃO INCONSTITUCIONAL

Os embargos *ex art. 741*, parágrafo único, podem ser opostos, ainda, em face de título judicial fundado em “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Não é possível a interpretação literal e isolada da última parte do parágrafo único do art. 741. É que, se fosse para considerar a letra do dispositivo, ter-se-ia que a “incompatibilidade com a Constituição” autorizadora dos embargos não precisaria ter sido previamente constatada pelo Supremo. Aliás, essa impressão talvez pudesse ser reforçada pelo cotejo descuidado entre a versão atual da norma e aquela que se adotou nas primeiras edições da medida provisória que a instituiu. Como visto, inicialmente estava claro que a “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição” precisavam, para que cabíveis os embargos, ser assim tidas *pelo Supremo*. Contudo, o texto estava truncado ou, no mínimo, redigido com falhas de concordância. Assim, deve-se interpretar a mudança de redação como destinada a eliminar tais imperfeições redacionais. Não se destinou a dispensar que o reconhecimento da incompatibilidade tenha sido feito pelo Supremo. É o Supremo que detém a função de dar a última palavra em matéria de constitucionalidade e está investido do poder de proferir decisões com eficácia *erga omnes* e força vinculante ou aptas a assumir tais qualidades com o concurso do Senado. Assim, e em princípio (v. item 12), não é o entendimento de qualquer juiz ou tribunal — e muito menos o da própria parte — acerca da inconstitucionalidade de uma dada interpretação que dá ensejo aos embargos *ex art. 741*, parágrafo único. É indispensável que a consideração de incompatibilidade funde-se em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. O dispositivo deveria estar redigido nos seguintes termos: “... título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados

46. Vede, v.g., CLÈVE, Clémerson. *Afiscalização...*, n. 2.2.1.7, p. 124-125; VELOSO, Zeno. *Controle...*, n. 59, p. 58.

inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas, *por aquela mesma Corte*, por incompatíveis com a Constituição Federal”.⁴⁷

Descartado o que não pode estar abrangido no sentido da norma, cumpre agora identificar o que nele se enquadra. Não é apenas através da declaração de inconstitucionalidade que se pode produzir provimento com eficácia *erga omnes* e caráter vinculante. A jurisdição constitucional brasileira contempla ainda inúmeras hipóteses de controle direto que não resultam em declaração de inconstitucionalidade em seus moldes tradicionais, ou, até, sequer resultam em declaração de inconstitucionalidade:

a) reconhecimento da constitucionalidade, em via direta. Ter-se-á um provimento dotado de eficácia *erga omnes* tanto no caso de procedência da ação declaratória de constitucionalidade quanto no de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.⁴⁸

Em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o reconhecimento da legitimidade constitucional da norma atinge todos os possíveis fundamentos que poderiam afetar tal legitimidade. É inerente às ações declaratórias positivas essa universalidade da “causa de pedir”.⁴⁹

Porém, não parece que o mesmo possa ser dito sobre a hipótese de reconhecimento de constitucionalidade havida no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. As ações declaratórias negativas e as de invalidação têm sua “causa de pedir” limitada ao(s) motivo(s) que levem à inexistência ou à invalidade do ato atacado. Não se ignora que, no processo de ação direta, o Supremo não fica vinculado aos fundamentos apresentados pelo autor da ação para sustentar a inconstitucionalidade. Está livre para apreciar ainda outros fundamentos que traga ao processo de ofício, seja para acolhê-los, seja para rejeitá-los. Mas isso não significa que na ação direta de inconstitucionalidade os motivos de inconstitucionalidade que não foram absolutamente aventados, quer pelo autor da ação, quer pelo Supremo, fiquem preclusos ou implicitamente rejeitados. Não há como se aplicar à hipótese o art. 474 do Código de Processo Civil, eis que tal norma só tem incidência nos limites da “causa de pedir”.⁵⁰ E, na ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de o

47. Conforme indicado na nota de rodapé n. 1, a redação atual dos arts. 741, par. ún., e 475-L, § 1º, confirmou essa orientação.

48. Já era entendimento assente no Supremo o de que a rejeição da arguição de inconstitucionalidade implica a declaração da constitucionalidade da norma impugnada (v. Moreira Alves, “A evolução...”, n. 3, p. 9). A Lei 9.868/98 veio a expressamente acolher tal orientação (arts. 24 e 28, par. ún.). O entendimento parece razoável e em consonância com a ordem constitucional brasileira, desde que observados os limites a seguir indicados.

49. Ressalve-se, como se faz em tantos outros pontos do presente texto, a pouca adequação do emprego das categorias do processo tradicional nos processos de controle direto. São utilizadas na falta de outras expressões suficientemente convencionadas.

50. Lembre-se que, tendo a ação direta por objeto uma questão abstrata, de puro direito, não se lhe aplica a idéia tradicional de que a causa de pedir é delimitada pelos fatos, e não pelos fundamentos de direito. Nas ações de controle em via abstrata são os fundamentos de direito que definem a causa de pedir.

Supremo de ofício examinar outros possíveis motivos de inconstitucionalidade não se deve ao fato de a “causa de pedir” ser universal, pois ela não o é. (Essa é a grande diferença entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade — e que foi inclusive apresentada como uma das razões para a introdução da segunda.) O que se tem é o poder do Supremo de alterar a “causa de pedir” inicialmente posta, ampliando-a. Assim, quando se declara a constitucionalidade da norma no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, tal declaração assume força vinculante e eficácia *erga omnes* nos limites dos fundamentos efetivamente apreciados pelo Supremo, tenham ou não sido eles trazidos pelo autor da ação. Haverá, então, a necessidade de verificação dos aspectos constitucionais efetivamente examinados. A motivação do provimento será especialmente relevante nesses casos, para a exata interpretação do *decisum*.⁵¹ Isso tem evidente relevância na aplicação do art. 741, parágrafo único (v. item 6);

b) “declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto”:⁵² o Supremo mantém íntegro o texto legal impugnado e, no entanto, declara a inconstitucionalidade de determinado alcance ou sentido que seria inequivocamente extraível daquele texto. Exerce-se o controle de constitucionalidade em sua plenitude: não sobre a letra da lei, mas sobre a norma, propriamente dita, extraível do texto legal. O provimento do Supremo que emprega essa técnica em ação de controle direto tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante — o que hoje está explicitado na Lei 9.868/99 (art. 28, parágrafo único);

c) “interpretação conforme à Constituição”:⁵³ Nessa hipótese, o Supremo indica em qual sentido a norma infraconstitucional deve ser interpretada sem que ocorra ofensa à Constituição. Conseqüentemente, reconhece que outras interpretações, excluídas por aquela tida por conforme, são incompatíveis com a Constituição. Tal técnica pode (aliás, deve) ser empregada em qualquer processo, por qualquer juiz. Não é, portanto, uma exclusividade do controle direto. No entanto, quando utilizada nas ações de controle abstrato, a definição do sentido “conforme” assumirá eficácia *erga omnes* e força vinculante (ora explicitadas no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99).

51. Em sentido contrário ao aqui exposto, ZAVASCKI. *Eficácia...*, n. 5.2, p. 105-107.

52. ADIQUO 319-4, rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.1993, *DJU* 30.04.1993; ADIMC 1620-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19.06.1997, *DJU* 15.08.1997; ADIMC 1480-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997, *DJU* 18.05.2001; ADI 1668-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.10.1997, *DJU* 23.10.1997; ADI 1371-DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.06.1998, *DJU* 15.06.1998; ADI 1377-DF, rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 03.06.1998, *DJU* 15.06.1998; ADIMC 1045, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.03.1994, *DJU* 06.05.1994; ADI 939-DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993, *DJU* 18.03.94; ADI 491-AM, rel. Min. Moreira Alves, j. 13.06.1991, em *RTJ* 137/90.

53. Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.10.1976, em *RTJ* 82/51; Rp. 1454, rel. Min. Octavio Galotti, j. 24.03.1988, em *RTJ* 125/997; Rp. 1417-7-DF, j. 09.12.1987, *DJU* 15.04.1988; Rp. 1399, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 26.05.1988, *DJU* 09.09.1988; Rp. 1389, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 23.06.1988, *DJU* 12.08.1988; ADIQUO 319-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 03.03.1993, *DJU* 30.04.1993; ADI 234-1-RJ, rel. Min. Neri da Silveira, j. 22.06.1995, *DJU* 15.09.1995; ADIMC 1586-9-PA, rel. Min. Sydney Sanches, j. 07.05.1997, *DJU* 29.08.1997; ADI 1668, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.10.1997, *DJU* 23.10.1997; ADI 1556-7, rel. Min. Moreira Alves, j. 14.04.1997, *DJU*, 22.08.1997; ADIMC 1552-4-DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.04.1998, *DJU* 17.04.1998.

Atualmente, não fica clara a existência de uma precisa distinção entre as técnicas da “interpretação conforme à Constituição” e da “declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto”. Em épocas pretéritas, o reconhecimento da possibilidade de se extrair do texto impugnado uma “interpretação conforme” serviu de fundamento para o julgamento de improcedência de ações diretas. Mas a jurisprudência do Supremo alterou-se, e passou-se a julgar parcialmente procedente a ação direta nessas hipóteses. Basta cotejar os diversos acórdãos citados anteriormente. Com isso, há a significativa proximidade, senão identidade, com a técnica da “declaração sem redução de texto”. Em diversos pronunciamentos, alude-se simultaneamente à “interpretação conforme” e à “declaração sem redução”.⁵⁴ Nesse passo, a diferente terminologia retratou muito mais uma evolução acerca do papel e do alcance do controle direto de constitucionalidade do que propriamente uma duplicidade de técnicas. A fixação da interpretação adequada da norma infraconstitucional em face da Constituição, em sede de ação direta, deixou de ser simples hermenêutica para se tornar verdadeira técnica de controle de constitucionalidade.⁵⁵ Assim, sendo ou não a ação direta julgada “procedente”, a “interpretação conforme à Constituição” definida pelo Supremo será vinculante e terá eficácia *erga omnes*.

Quando a “interpretação conforme” é utilizada no julgamento de procedência da ação direta, é mais fácil explicar o objeto do *decisum* com caráter vinculante: estarão sendo declarados inconstitucionais todos os sentidos excluídos por aquele extraível da “interpretação conforme”. No entanto, quando a “interpretação conforme” é veiculada em um julgamento de improcedência, põe-se uma dificuldade adicional. A valer o parâmetro tradicional, o *decisum* consistirá na “rejeição do pedido”. Como extrair disso uma determinação vinculante a respeito de qual é a “interpretação conforme” ou um veto à adoção das interpretações “desconformes”? Viu-se que, no caso de puro e simples julgamento de improcedência da ação direta (letra *a*, acima), a consideração dos fundamentos da decisão é suficiente para a definição do seu conteúdo vinculante (a impossibilidade de a norma ser considerada inconstitucional por aqueles fundamentos considerados na decisão). Mas, na hipótese ora em exame, só isso não basta. Afinal, o *decisum* é pela *improcedência* da arguição de inconstitucionalidade — de modo que, por parâmetros “tradicionais”, não haveria como se extrair disso uma afirmação vinculante de inconstitucionalidade de um ou alguns sentidos da norma. Outros dois aspectos devem ser considerados. O primeiro é o da impossibilidade da mera adoção dos parâmetros “tradicionais” a respeito de elementos da ação, limites da coisa julgada, etc. na esfera das ações de controle direto. Daí que, se fosse necessário dizer que nas ações diretas as coisas se passam de modo diferente e, por isso, os fundamentos

54. P. ex., ADI 319-4, ADIMC 1480-DF, ADI 1371-DF, ADI 1377-DF, acima citadas.

55. Rp. 1417-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987, DJU 15.04.1988.

vinculam como se parte dispositiva fossem, não se estaria afirmando nenhuma heresia. De todo modo, a solução para a questão parece poder ser dada a partir de um critério geral de interpretação das decisões, válido tanto para o processo tradicional quanto para o de controle direto. O verdadeiro sentido e conteúdo do *decisum* não depende tanto do que nele está formalmente consignado, mas do contexto geral em que inserido. Por isso, por exemplo, se o juiz, no saneamento do feito, reconhece a prescrição e afirma estar extinguindo o processo “sem julgamento de mérito”, a sentença, a despeito disso, *será de mérito*, de improcedência do pedido (CPC, art. 269, IV). Inversamente, se o processo é extinto por falta de interesse de agir, a sentença terá natureza meramente terminativa, ainda que o juiz tenha afirmado ser uma extinção “com julgamento de mérito”. Enquadram-se também aqui as “falsas carências de ação”, cujo exemplo mais comum é o de se qualificar como “ilegitimidade passiva” uma falta de direito material do autor em face do réu.⁵⁶ Tal orientação aplica-se à hipótese em exame. Considerada a atual função da “interpretação conforme” como técnica de controle, ainda quando o Supremo formalmente “julgar improcedente” a ação direta, por reputar haver uma “interpretação conforme”, tal decisão deverá ser interpretada como de *acolhimento da arguição de inconstitucionalidade* no que tange às interpretações “desconformes”;

d) fixação, em via direta, da natureza da norma constitucional no que tange à sua aplicabilidade imediata ou não. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o julgamento do Supremo compreende duas etapas lógicas que vêm a ser retratadas no *decisum*: a declaração de que a norma depende de regulamentação infraconstitucional ou não e, sendo positiva tal declaração, a exortação ao órgão estatal competente para que adote as providências omitidas. Eis uma hipótese pouco lembrada, mas em que também há um pronunciamento do Supremo com eficácia geral e força vinculante.

Em todos esses casos, o pronunciamento do Supremo terá eficácia *erga omnes* e, em princípio, *ex tunc*. Nas hipóteses de “declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto” e de “interpretação conforme à Constituição”, a eficácia temporal do provimento poderá vir a ser modulada, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99 (v. item 2, acima).

Todas essas hipóteses, ao lado daquelas examinadas nos itens 2 e 3 (declaração de inconstitucionalidade em ação direta ou em via incidental sucedida de “suspensão da execução” pelo Senado), podem dar ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único, sempre que o provimento constitutivo do título executivo se houver fundado em solução incompatível com aquela adotada pelo Supremo. É o que no presente texto convencionar-se-á chamar de *solução inconstitucional*.

56. Sobre a “falsa carência”, cf. DINAMARCO. *Instituições...*, III, n. 958, p. 306.

5. JURISPRUDÊNCIA REITERADA DO SUPREMO E ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO

Nesse ponto, cabe cogitar da possibilidade de os embargos *ex art. 741*, parágrafo único, serem manejados com amparo em jurisprudência reiterada do Supremo acerca de questão constitucional formada na apreciação de casos concretos — e não em via direta. Acima se viu que a decisão do Supremo que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma não tem por si só eficácia *erga omnes* e força vinculante — o que ficará na dependência de o Senado exercer sua competência política de retirar a norma do ordenamento. Portanto, uma declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo não tem como, por si só, repercutir sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, de modo a se prestar a derrubá-las. Não dá ensejo à aplicação da regra em estudo. Indaga-se: essa resposta mudaria quando fossem reiterados os pronunciamentos do Supremo acerca da inconstitucionalidade de uma norma, sempre em via incidental e sem que ocorresse a “suspensão da execução” pelo Senado?

Nota-se uma tendência de ampliação da eficácia das decisões do Supremo em matéria constitucional proferidas *incidenter tantum*. Citam-se como exemplos a dispensa de incidente de declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, quando já tiver havido tal declaração pelo Plenário do Supremo (CPC, art. 481, na redação dada pela Lei 9.756/98), e a possibilidade de o relator decidir liminarmente recursos com base na jurisprudência do Supremo (CPC, art. 557, especialmente após a Lei 9.756).⁵⁷ Mas esses casos apresentam significativas diferenças em relação à hipótese em exame. Neles, o que se busca é a economia e a celeridade processual: evitar pronunciamentos que, se fossem contrários ao do Supremo, provavelmente seriam revistos. Além disso, a atribuição de especial força à jurisprudência do Supremo, em tais hipóteses, não atinge irremediavelmente nenhum instituto ou garantia. O art. 557 confere direito de agravo à parte prejudicada. No caso do art. 481, a imposição de cautela na declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97) já terá sido observada na mais alta corte. Outros tantos exemplos poderiam ser dados, enquadrando-se nesses parâmetros (*v.g.*, a supressão de reexame necessário das sentenças contrárias à Fazenda mas em conformidade com jurisprudência do Supremo — art. 475, § 3º, red. dada pela Lei 10.352/2001). A grande diferença desses casos em relação à hipótese do art. 741, parágrafo único está em que, neles, (a) o que se busca é ainda a formação de uma decisão, de modo mais expedito, e (b) ficam preservadas as garantias antes vigentes. Já na regra objeto do presente estudo, as coisas se passam de modo diverso. Já existe um provimento revestido da coisa julgada material, que constitui uma garantia à parte. Pretender que a jurisprudência reiterada, ainda que do

57. ZAVASCKI, Teori. *Eficácia...*, n. 1.5 e 1.6, p. 33-39. Frise-se que o ilustre autor não trata da hipótese aqui enfrentada.

Supremo, por si só,⁵⁸ passe a se prestar ao desfazimento da coisa julgada independentemente de ação rescisória seria levar longe demais uma técnica que já trafega em terreno limítrofe. Vale aqui a advertência de Barbosa Moreira no sentido de que progressivamente a “jurisprudência dominante” e as “súmulas”, através de meras leis ordinárias (ou — complete-se — simples interpretações, como seria o caso), estão assumindo um papel cuja atribuição dependeria de mudança constitucional — mudança essa que tem sido objeto de extrema polêmica. “O mingau está sendo comido pelas beiradas e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...”.⁵⁹

O sentido e alcance aqui atribuídos ao parágrafo único do art. 741 — limitando-se sua aplicação aos casos em que houve pronunciamento do Supremo em processo de controle abstrato ou em que o Senado retirou a norma do ordenamento depois da declaração incidental de inconstitucionalidade — coincide com proposta feita em 1996, *de lege ferenda* e em sede teórica, por Gilmar Ferreira Mendes.⁶⁰ Lembre-se que o constitucionalista, na condição de Advogado Geral da União, referendou a medida provisória que instituiu o dispositivo. Ainda que não sendo um fator hermenêutico de maior relevo, esse dado serve para indicar que provavelmente nem o próprio Poder Executivo, quando estabeleceu a regra em medida provisória, pretendeu dar-lhe extensão mais ampla do que a ora apontada como possível.

6. O SENTIDO E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 — INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O parágrafo único do art. 741 poderia dar ensejo a interpretações em dois sentidos distintos:

1º) o dispositivo preveria casos em que o título executivo torna-se ineficaz, pura e simplesmente. A coisa julgada (ou a estabilidade do título, nas hipóteses em que ele não se reveste daquela autoridade) e a eficácia executiva do ato simplesmente cairiam por terra em face do pronunciamento do Supremo. Vale dizer, a definição da questão constitucional em uma das hipóteses acima cogitadas teria força para automaticamente, *ipso iure*, desconstituir o título executivo judicial amparado em solução que lhe fosse desconforme. A argüição prevista no art. 741, parágrafo único, destinar-se-ia apenas ao reconhecimento, à declaração, da ineficácia do documento trazido como título. Bastaria a constatação do contraste entre o (entendimento que amparou o) título judicial e o pronunciamento do Supremo;

58. Não se exclui a flexibilização da coisa julgada em casos alheios ao âmbito do art. 741, par. ún. Mas, então, depender-se-á de criterioso juízo de ponderação em face das circunstâncias concretas (v. item 12).

59. *Inovações...*, p. 329. Cassio Scarpinella Bueno parece compartilhar do entendimento aqui exposto, invocando a mesma lição de Barbosa Moreira aqui citada (*O poder...*, cap. VII, n. 4, p. 214-215).

60. *Jurisdição...*, cap. III, p. 260.

2º) estaria sendo estabelecida uma nova hipótese e um novo meio de desconstituição de um título judicial. Nos casos em que esse título estivesse acobertado pela coisa julgada material, os embargos funcionariam como novo e excepcional mecanismo de rescisão dessa autoridade. A questão constitucional relevante na formação do título haveria de ser reexaminada nos embargos, cabendo ao juiz sobre ela pronunciar-se novamente.

Pode parecer que não há diferença entre as duas possíveis leituras do dispositivo, pois no segundo caso o juiz estaria vinculado ao pronunciamento do Supremo. Mas a distinção entre uma e outra talvez seja fundamental para definir a constitucionalidade da própria regra.

Ao primeiro enfoque pode objetar-se que ele confunde o plano normativo com o plano dos atos praticados sob a égide da norma inconstitucional. Como antes se disse, a sentença que veicula uma solução inconstitucional não é nula nem ineficaz, mas injusta; e mesmo que a inconstitucionalidade afete um pressuposto de validade do processo, a coisa julgada funciona como “sanatória geral” do processo. Desse modo, tal interpretação só seria em algum sentido adequada na excepcional hipótese de a inconstitucionalidade repercutir sobre os pressupostos de existência do processo — e ainda assim o enquadramento não seria perfeito (v. final do item 2). É que, intimamente ligado a essa primeira objeção, há ainda outro aspecto. A noção de que o provimento eivado de inconstitucionalidade é de pleno direito ineficaz dificilmente pode ser compatibilizada com a idéia da possível preservação de efeitos gerados pela norma inconstitucional. A favor do primeiro enfoque haveria apenas o tênue argumento de que a lei manda considerar a hipótese como sendo de “inexigibilidade”, para o fim de interposição de embargos — e a inexigibilidade propriamente dita, sob certo aspecto, afeta a *eficácia* do título.

Assim, a segunda interpretação parece mais consentânea com os parâmetros antes expostos. O título fundado na solução inconstitucional é em princípio eficaz e será desconstituído na medida em que o juiz constate sua incompatibilidade absoluta com a orientação do Supremo externada em uma das hipóteses acima vistas e adiante sintetizadas.

É bem verdade que a idéia de que nesse caso o título deve ser desconstituído em nada se amolda à previsão legal de que ele é considerado “inexigível”. Mas a equiparação com “inexigibilidade” pretendida pelo dispositivo já seria, de qualquer modo, imprópria.⁶¹ Afinal, o título é inexigível quando a obrigação nele representada ainda não precisa ser cumprida, eis que pendente termo ou condição. E isso nada tem a ver com a hipótese prevista na regra em exame, seja qual for a interpretação que se lhe dê. Ao que tudo indica, a alusão que o dispositivo faz a “inexigibilidade” foi uma tentativa (inútil e atécnica) do “legislador” de enquadrar a nova hipótese de embargos em algu-

61. Araken de Assis também considera inadequada equiparação (*Manual...*, n. 419.12, p. 1104).

ma das categorias já existentes, para assim diminuir as censuras e a resistência à inovação. No item 9, examina-se se outra decorrência é extraível da menção a “inexigibilidade”. Porém, para os aspectos ora em exame, a equiparação é irrelevante.

Contra a segunda interpretação — como, aliás, com ainda maior vigor contra a primeira — poderia opor-se que a coisa julgada é uma garantia constitucional, de modo que a nova previsão legal, ao pretender afastá-la em certas hipóteses, seria inconstitucional por ofensa à segurança jurídica. Mas esse argumento é respondível com a consideração de que, embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional.⁶² Não se quer com isso afirmar a absoluta liberdade do legislador infraconstitucional para dizer quando há e quando não há coisa julgada. Tal entendimento tornaria letra morta a cláusula constitucional que consagra a garantia. A configuração infraconstitucional da coisa julgada submete-se a parâmetros constitucionais (os princípios da segurança jurídica, do contraditório, do devido processo, da proporcionalidade etc.). Mas, dentro desses parâmetros, cabe à lei infraconstitucional fixar o regime da coisa julgada, inclusive quanto às formas de sua desconstituição. Basta pensar no instituto (*infraconstitucional*) da ação rescisória. Logo, a nova norma do art. 741, parágrafo único, se compreendida no segundo sentido acima exposto, não afronta a garantia da coisa julgada.

Definido o sentido da regra, resta ainda precisar-lhe o alcance. Deverão ser considerados todos os limites à eficácia *erga omnes* e *ex tunc* dos pronunciamentos do Supremo sobre a questão constitucional, antes expostos. Assim:

a) o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade (com ou sem “redução de texto”) ou a “interpretação conforme” da norma infraconstitucional, proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade ou nas declaratórias de constitucionalidade, será invocável, para os fins de embargos, *nos limites da eficácia temporal que o Supremo houver atribuído à sua decisão* (Lei 9.868/99, art. 27). No caso da “interpretação conforme”, o pronunciamento do Supremo poderá ser invocado para combater tanto provimentos amparados na adoção de outra interpretação (“desconforme”) quanto provimentos que tenham, *incidenter tantum*, simplesmente reputado a norma inconstitucional na íntegra, sem lhe extrair a “interpretação conforme”;

b) o pronunciamento sobre a constitucionalidade da norma infraconstitucional, contido no julgamento de procedência da ação declaratória de constitucionalidade ou no de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, autoriza a interposi-

62. A confirmar essa assertiva está a jurisprudência pacífica do Supremo no sentido de que, “em regra, as alegações de desrespeito aos postulados (...) dos limites da coisa julgada (...) podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição” (AGRAG-237138/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.06.2000, RTJ 175/363 — com remissão a diversos precedentes). Veja-se o item 11.

ção de embargos naqueles caso em que, para a formação do título judicial, houver concorrido uma declaração incidental de inconstitucionalidade daquela mesma norma. Quando a declaração de constitucionalidade houver sido emitida por ocasião do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, caberá examinar se os motivos para a inconstitucionalidade acolhidos no caso concreto são os mesmos motivos que foram rejeitados pelo Supremo (v. item 4, letra a);

c) o pronunciamento sobre a eficácia plena ou limitada da norma constitucional emitido nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também poderá servir de amparo aos embargos, na medida em que o título embargado estiver fundado em entendimento oposto ao do Supremo acerca da aplicabilidade (imediate ou não) da norma;

d) quando o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo se der em via incidental, sua invocação em embargos (relativos a outros processos) em princípio dependerá da “suspensão da execução” da lei pelo Senado Federal, e ficará subordinada aos limites temporais fixados nessa “suspensão”.

Em todos esses casos — ainda que em tese o pronunciamento do Supremo (ou a “suspensão” pelo Senado) esteja abrangendo, do ponto de vista da eficácia temporal, o caso concreto — deverão ser ponderados os valores envolvidos, pois excepcionalmente se conceberá, mesmo assim, a manutenção do título executivo (v. itens 2 e 12).

Por outro lado, como visto no item 5, a mera jurisprudência reiterada do Supremo a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou de uma interpretação constitucional não autoriza o manejo dos embargos *ex art. 741*, parágrafo único.

7. A REPERCUSSÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O TÍTULO EXECUTIVO

A solução inconstitucional dificilmente vai residir no comando da decisão, que é o que propriamente constitui o título executivo. A parte dispositiva do provimento expressa uma *vontade* revestida de autoridade. Não contém um *arrazoamento*. Daí que apenas excepcionalmente a solução inconstitucional residirá só no comando (p. ex., quando somente no *decisum* surge a determinação da aplicação de prisão civil em um caso alheio à autorização constitucional dessa medida). No mais das vezes, a solução inconstitucional será um *antecedente lógico* do dispositivo da sentença. Eis porque o preceito legal em exame alude a título “*fundado*” em “lei ou ato normativo... inconstitucionais” ou em “interpretação ou aplicação... incompatíveis com a Constituição”.

Mas quando o título está “fundado” em norma, interpretação ou aplicação inconstitucionais? Em outros termos: qual o grau de vinculação que precisa haver entre a solução inconstitucional e o *decisum* do provimento constitutivo do título judicial, para que se possa contra ele opor embargos *ex art. 741*, parágrafo único?

Alguns exemplos deixam a indagação mais clara. (1º) O contribuinte pede a declaração da inexigibilidade do tributo, sob o fundamento de que a lei que o instituiu é inconstitucional. Essa ação meramente declaratória é julgada improcedente, e o contribuinte condenado em honorários. Posteriormente, o Supremo declara em ação direta a inconstitucionalidade da norma. Caberão embargos à execução dos honorários, com amparo no art. 741, parágrafo único? (2º) No curso de processo condenatório, o juiz, aplicando uma lei que proíbe a prova testemunhal naquela espécie de controvérsia, indefere o pedido de ouvida de testemunhas formulado pelo réu. No final, profere sentença de procedência do pedido, por não haver ficado provado o fato extintivo do direito do autor. Sobrevindo o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra proibitiva de prova testemunhal, com eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, a questão poderá ser suscitada nos embargos à execução?

No primeiro exemplo, não há dúvidas de que existe pertinência lógica entre a solução inconstitucional e a condenação em honorários. O autor não teria sido derrotado e não arcaria com a sucumbência, se houvesse sido incidentalmente reconhecida a inconstitucionalidade da regra imponente do tributo. A questão é saber se basta essa pertinência lógica, que poderíamos chamar de “remota”, ou se é necessário algum elemento qualificador. Alguém poderia dizer que o comando que está sendo desconstituído nesse exemplo (a condenação em honorários) não implica, em si mesmo, uma contradição com o pronunciamento do Supremo — razão pela qual não se justificaria sua revisão. Mas não parece que o fim da nova regra seja o de harmonizar pronunciamentos dos diversos órgãos judicantes — função essa conferida, por exemplo, aos recursos especial e extraordinário. A circunstância de o cabimento dos embargos estar subordinado a um prévio posicionamento do Supremo não tem nada a ver com alguma meta de uniformização jurisprudencial. Deve-se ao tão-só fato de competir ao Supremo o reconhecimento da inconstitucionalidade em caráter definitivo e com eventual eficácia *erga omnes*. O que se busca com o parágrafo único do art. 741 é minorar as consequências do pronunciamento que adotou solução inconstitucional. Sob esse prisma, parece em princípio razoável que no primeiro exemplo a condenação em honorários, mesmo sendo efeito secundário, seja revista. Seria despropositado que, estando então reconhecido que o tributo é inexigível por ser inconstitucional, alguém ainda assim tivesse de arcar com honorários por haver antes tentado obter para o seu caso concreto idêntico reconhecimento. Evidentemente, o resultado positivo que se obtivesse nos embargos *ex art. 741*, parágrafo único, apenas atingiria a condenação em honorários — única parte do *decisum* que se submeteria a tal meio de revisão.⁶³

63. Ou seja, o efeito principal declaratório ficaria alheio a tal via rescisória. É uma questão inconfundível com a ora em exame a de saber se outros efeitos de uma decisão eivada de inconstitucionalidade, diversos do condenatório, podem também ser revistos e, em caso positivo, de que modo. Veja-se, adiante, o item 12.

No segundo exemplo, a vinculação lógica entre a solução inconstitucional e o *decisum* talvez se ponha de modo menos vigoroso. Nada garante que o resultado do processo teria sido diferente, se ouvidas as testemunhas. Eventualmente, mesmo assim poderia vir o juiz a reputar não-provado o fato alegado pelo réu. Mas também é certo que o resultado do processo *poderia ser diferente* — e isso parece bastar para que se reconheça a subordinação lógica. Resta saber se um defeito processual e prévio à sentença pode funcionar como fundamento para a desconstituição do comando condenatório contido nesse ato final. No âmbito da ação rescisória, é possível que a “violação a literal disposição de lei” ensejadora da medida ocorra no curso do processo e diga respeito a uma norma processual: basta que tal violação repercuta sobre a sentença de mérito que se quer rescindir e implique nulidade, e não mera anulabilidade.⁶⁴ O entendimento parece extensível aos embargos *ex art. 741*, parágrafo único. Mesmo porque, não há o que justifique reputar que as violações constitucionais relacionadas com normas de processo sejam menos graves do que aquelas atinentes ao direito material.

De todo modo, é imprescindível que a questão constitucional seja aspecto suficiente para provocar a mudança ou supressão da decisão anterior. Assim, se no segundo exemplo, além da pretensa proibição legal, o indeferimento da ouvida de testemunhas houvesse se amparado na circunstância de o requerimento haver sido formulado depois do saneamento do processo, já por isso ficaria descartada a desconstituição do título. A intempestividade do pedido de produção da prova bastaria para que o processo tivesse o resultado que teve.

Por outro lado, não parece ser necessário que a questão constitucional tenha sido efetivamente enfrentada no processo em que se formou o título. Não se põe nenhum requisito de “prequestionamento” ou coisa que o valha. Reitere-se que o instrumento *ex art. 741*, parágrafo único, diferentemente dos recursos especial e extraordinário, não tem a finalidade de uniformizar os pronunciamentos judiciais.⁶⁵ Importa é que a solução adotada pela sentença constitutiva do título seja absolutamente incompatível com a posição do Supremo a respeito de uma questão constitucional, posição essa externada em uma das hipóteses antes vistas. Por exemplo, se no processo em que se formou o título a parte alega em seu favor apenas a inocorrência do fato previsto na hipótese de incidência da norma, e é derrotada, na execução ela poderá opor embargos para, amparada em posicionamento do Supremo revestido de eficácia *erga omnes*, aduzir que a interpretação que se deu à norma é incompatível com a Constituição. Note-se que a questão atinente à interpretação da norma conforme à

64. Vede a jurisprudência assente em Theotonio Negrão, *CPC*, notas 23b, 23c e 29a ao art. 485 do CPC.

65. Valem aqui os mesmos argumentos pelos quais a ação rescisória por violação a literal dispositivo de lei também independe de prequestionamento (YARSHELL, *Breve 'revisita'...*, n. 2, p. 244). Na jurisprudência, ver NEGRÃO, *CPC*, nota 25 ao art. 485.

Constituição estava incluída na causa de pedir do processo (*rectius*: no objeto do processo) em que se formou o título, de modo que deveria haver sido conhecida pelo juiz até mesmo de ofício (*iura novit curia*).

Por fim, sendo o dispositivo da sentença formado por vários capítulos, serão descon-tituídos apenas aqueles de eficácia “condenatória”⁶⁶ e sobre os quais repercute logicamente a solução inconstitucional. Ou seja: capítulos da sentença com eficácia declaratória ou constitutiva não serão atingidos pela procedência dos embargos, mesmo quando também vinculados logicamente à solução inconstitucional; capítulos da sentença que não guardem relação lógica com a solução constitucional permanecerão íntegros, ainda quando revestidos de eficácia condenatória.

8. DESCONSTITUIÇÃO DO RESULTADO DO PROCESSO ANTERIOR. DEFINIÇÃO DE UM NOVO RESULTADO?

A desconstituição do resultado do processo anterior (ou melhor do resultado condenatório), com amparo no art. 741, parágrafo único, suscita outro problema. Que resultado passará a vigorar, em lugar daquele antes estabelecido? De que modo se definirá o novo resultado? Enfim, a norma em exame dá ensejo à desconstituição do título executivo amparado em solução constitucional, um autêntico *iudicium rescindens*. Mas nada se prevê acerca da redefinição do processo, o *iudicium rescissorium*.

Haverá casos que não comportarão nenhuma dificuldade. A correção da solução inconstitucional em que se amparou o título automaticamente inverterá o resultado do processo anterior, sem a necessidade de nenhuma providência adicional.

Porém, poderão ocorrer situações mais complexas. Pense-se nos casos em que a ação ou a defesa tinha suporte em diversas causas de pedir ou fundamentos. Em tais hipóteses, a rescisão do comando que decidira a questão com base em um desses fundamentos poderá exigir que outro(s) seja(m) apreciado(s).

Quanto a isso, cabe distinguir os casos em que: (1) é diretamente constatável que o título se mantém por outro fundamento nele contido, autônomo e inconfundível com a solução inconstitucional (v. item 7); (2) havia pluralidade de fundamentos ou de causas de pedir cumuladas sob a forma alternativa eventual, sem que as demais (alheias ao aspecto constitucional atacado) tenham sido examinadas.

Um exemplo presta-se a ilustrar a questão: o contribuinte pediu a restituição do indébito alegando (a) ser inconstitucional a norma que prevê o tributo em questão e (b) não haver incorrido na hipótese de incidência do tributo (não haver praticado o fato gerador). Note-se que há apenas uma causa de pedir, atinente à não-constituição

66. Em termos mais precisos: os capítulos de “repercussão prática”, e não apenas os condenatórios (v. item 12).

da obrigação. O fundamento *a*, estritamente jurídico, é aspecto interno a essa causa de pedir. De todo modo, o juiz poderia decidir o processo, acolhendo desde logo o primeiro argumento, atinente à inconstitucionalidade. O segundo poderia não ser nem apreciado — sem que houvesse qualquer nulidade nisso. Mais: decidindo o juiz em julgamento antecipado, as provas eventualmente necessárias para a demonstração do segundo nem teriam sido produzidas. Suponha-se que depois do trânsito em julgado, o Supremo, em ação direta, reconhecesse a constitucionalidade daquela mesma norma — dando azo ao emprego dos embargos *ex art. 741*, parágrafo único, contra a sentença obtida pelo contribuinte. Nessa hipótese, uma vez desconstituído o título executivo, não se poderia simplesmente impor a derrota ao contribuinte, nem sustentar que o resultado do processo anterior ficaria indefinido *ad eternum*. O contribuinte teria direito a que o segundo fundamento fosse efetivamente instruído e julgado.

Três são as possíveis soluções imaginadas:

A primeira é de que tanto a desconstituição da decisão anterior quanto uma nova (instrução e) decisão para a causa far-se-iam nos embargos. Como óbice a essa solução poder-se-ia opor o tradicional entendimento de que o objeto dos embargos é desconstituir um título ou uma execução, e não formar (outro) título. Em resposta, talvez se pudesse dizer que a nova hipótese de embargos rompe os parâmetros tradicionais dessa medida, funcionando como instrumento rescisório que deve comportar os dois momentos típicos de tais remédios, a rescisão propriamente dita e a definição de uma nova solução.

A segunda alternativa seria reputar que apenas a desconstituição da decisão anterior dar-se-ia nos embargos. A obtenção de nova decisão acerca de outros fundamentos, postos na ação em que se formara o título mas não examinados, dependeria da propositura de nova ação. Uma dificuldade adicional para esse caso seria o problema da prescrição. Eventualmente se alegaria estar prescrita a pretensão, no momento em que, depois de desfeito o título, o interessado viesse a repropô-la. Porém, esse óbice é superável. Haveria de se reputar que o prazo prescricional interrompeu-se com a propositura da anterior ação de conhecimento, reiniciou-se após o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, Súmula 150) e foi novamente interrompido com a propositura da ação de execução. Desse modo, o prazo prescricional antes interrompido começaria a incidir a partir do trânsito em julgado da sentença dos embargos. Mas essa solução apresenta inconvenientes do ponto de vista da economia processual. Todo um processo haveria de ser refeito, desde o início. Ainda que houvesse a possibilidade de emprestar material probatório do primeiro processo, isso apenas atenuaria o problema, não o eliminando. Essa crítica, aliás, aplica-se também à primeira solução imaginada.

Por fim, poder-se-ia cogitar de que, tal como na segunda solução, apenas a desconstituição da decisão anterior se desse nos embargos, mas, em vez de se permitir uma nova ação, se possibilitasse a reabertura do processo anterior, para julgamento do outro fundamento. Do ponto de vista da economia processual, é a solução mais indicada. É uma solução, porém, que pode ser censurada pela falta de regra expressa

que a autorize. Em seu favor talvez se pudesse invocar o regime adotado quando o executado argüi uma *exceptio nullitatis* (i.e., inexistência) que atinja apenas parte do processo anterior. Reconhecido o defeito, haverá a retomada do processo anterior, do ponto em que sejam aproveitáveis os atos neles praticados. Por exemplo, se só a sentença é inexistente, e isso é alegado pelo executado e acolhido pelo juiz na execução, retoma-se o processo para o proferimento de uma nova sentença. Invoca-se aqui o procedimento adotado em tais casos apenas por se tratar da única outra hipótese, além da ora estudada, em que na execução do título judicial ou nos respectivos embargos o juiz examina matéria anterior e prejudicial à formação do título. Note-se, porém, que há uma grande diferença entre os casos ensejadores de “querela de nulidade” (*rectius*: inexistência jurídica) e, em geral, os casos aos quais se aplica o art. 741, parágrafo único: como se viu acima, apenas excepcionalmente ter-se-á nas hipóteses desse dispositivo um vício de inexistência; no mais das vezes, tratar-se-á de desconstituir um comando executivo derivado de um processo e uma sentença válidos. Essa diversidade talvez desautorize o empréstimo da solução adotada na hipótese de acolhimento de *exceptio nullitatis*. Além disso, podem surgir graves impasses e dúvidas na definição quanto ao ponto de retomada do processo de conhecimento — do que se trata logo a seguir.

O fundamental é reconhecer que, em casos como o dado no exemplo acima, será assegurada à parte a apreciação do(s) outro(s) fundamento(s) por ela oportunamente apresentado(s). A sede em que tal apreciação dar-se-á é algo que fica a depender da sedimentação da aplicação da nova norma (podendo-se cogitar de uma certa “fungibilidade”, por ora).

A questão pode ficar ainda mais complexa. Até aqui, cogitamos da hipótese de outros fundamentos não apreciados pela sentença constitutiva do título. Porém, poderíamos mudar o exemplo antes dado, para supor que, dos dois fundamentos lançados pelo contribuinte, o segundo (alheio à questão constitucional) foi rejeitado na sentença, a qual, porém, foi de procedência do pedido, com base no primeiro fundamento. O contribuinte não teria interesse recursal para apelar. Não foi sucumbente. Não houve um pedido autônomo seu rejeitado, mas apenas um fundamento atinente ao único pedido feito, que, mesmo assim, foi acolhido pelo outro fundamento. Note-se que ele não teria interesse jurídico nem para a interposição de apelação adesiva. É que a profundidade da apelação permite, por si só, que a sentença venha a ser confirmada pelo tribunal pelo outro fundamento, rejeitado em primeiro grau (CPC, art. 515, § 2º).⁶⁷ Suponha-se que houve o trânsito em julgado da sentença. Ora, nesse

67. Apenas no âmbito dos recursos extraordinários *lato sensu* é que a questão mudaria de contornos. É que, em virtude da devolutividade restrita de tais recursos, o vitorioso tem interesse processual para interpor recurso especial ou extraordinário *adesivo eventual*. Tal recurso adesivo eventual permite que o fundamento rejeitado pelo tribunal *a quo* seja apreciado pelo STF ou STJ, no caso de ser provido o recurso do adversário relativamente ao fundamento que o tribunal *a quo* acolhera.

caso, quando nos embargos se desconstituisse o título amparado no fundamento constitucional, não seria legítimo dizer que o outro fundamento posto pelo contribuinte em sua ação de conhecimento já teria transitado em julgado. Seria verdadeira armadilha: o contribuinte não pôde recorrer da rejeição desse outro fundamento precisamente porque fora acolhido o fundamento constitucional, ora derrubado. Assim, afastada nos embargos a procedência do fundamento constitucional, há de se permitir o prosseguimento do exame do outro fundamento. Para esse caso, a terceira solução acima dada parece a mais apropriada. Retomar-se-ia o processo a partir da sentença que rejeitou o outro fundamento, então não mais se considerando o anterior acolhimento do fundamento constitucional (já desconstituído nos embargos) — com o que se abriria ao contribuinte a faculdade (e ônus) de apelar.

9. MATÉRIA VEICULÁVEL APENAS EM EMBARGOS OU QUE PODE SER CONHECIDA NA PRÓPRIA EXECUÇÃO?

Vários dos fundamentos de embargos de executado podem ser conhecidos de ofício (e, conseqüentemente, suscitados pelo devedor) no próprio processo de execução. A hipótese do parágrafo único do art. 741 enquadra-se em tais casos ou somente pode ser alegada em embargos?

Podem ser conhecidas na própria execução, independentemente de embargos, as questões que versam sobre a existência e validade do processo executivo ou de seus atos: condições da ação executiva, pressupostos do processo executivo, nulidades dos atos da execução e a observância do menor sacrifício do devedor (p. ex., a discussão sobre o bem a penhorar). As matérias de mérito — vale dizer: as atinentes à procedência substancial da pretensão executiva — em regra não podem ser examinadas dentro do processo de execução. A questões de mérito só são objeto de conhecimento na execução de uma forma *indireta e sumária* — e em casos extremamente restritos. Trata-se das hipóteses de extinção da execução previstas no art. 794 do Código de Processo Civil (satisfação da obrigação, transação com remissão e renúncia). De uma forma *indireta*, porque são examinadas estritamente para o mero fim *processual* de extinção do processo (ou seja, são examinadas sob a perspectiva exclusiva das conseqüências processuais que geram). De uma forma *sumária*, porque têm de estar evidenciadas *prima facie*: qualquer disputa mais profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderá ser dirimida dentro do processo executivo. Note-se, portanto, que nem mesmo as objeções materiais (defesas de mérito que, no processo de conhecimento, seriam conhecíveis de ofício) podem ser conhecidas dentro da própria execução, senão nos estritos casos e limites ora indicados. Mais ainda, as matérias processuais atinentes ao processo de conhecimento e que eram de ordem pública ficam sepultadas com a formação do título executivo (ressalvadas apenas as relativas à inexistência do processo cognitivo ou da sentença, que implicam a própria inexistência de título).

Assim, ao primeiro critério (o de tratar-se de questão de ordem pública) deve ser acrescido outro, que pode ser resumido nos seguintes termos: fica afastado o conhecimento no processo executivo das questões para as quais o título funciona como fator de *mediação*. Exemplificando: a ilegitimidade de parte *no processo executivo*, além de ser matéria de embargos, pode ser conhecida na própria execução, pois é matéria de ordem pública logicamente posterior ao título. Já se a parte era ilegítima no processo de conhecimento e, apesar disso, formou-se o título executivo, a questão — que era de ordem pública no processo cognitivo — não poderá ser conhecida como tal na execução. Nesse caso, o título executivo tem existência e eficácia, e a legitimidade de partes para a execução é definida a partir daquilo que está previsto no título.

Considerando esses critérios gerais, o fundamento previsto no art. 741, parágrafo único, enquadra-se, em regra, entre aqueles que só podem ser suscitados através de embargos. Trata-se de matéria que, embora de ordem pública no processo cognitivo, é *logicamente anterior à formação do título*. A sentença fundada em solução inconstitucional juridicamente existe e é eficaz (v. n. 6), razão pela qual há de ser desconstituída (v. n. 8). Como também já se viu, apenas excepcionalmente um problema de inconstitucionalidade afeta a própria existência da sentença: quando repercute diretamente sobre um pressuposto de existência do processo (v. n. 2). Não sendo esse o caso, o título existe e é válido. Funciona como anteparo ao conhecimento da questão na própria execução, devendo ser desconstituído pelas vias apropriadas.

Evidentemente, a lei poderia ter previsto que a circunstância de o título amparar-se em solução inconstitucional fosse matéria de defesa na própria execução. Mas não o fez. Tratou da hipótese apenas como fundamento para interposição de embargos.

É bem verdade que se previu que o título fundado na solução inconstitucional deveria ser considerado como “inexigível”. A inexigibilidade do título propriamente dita é matéria que pode ser conhecida no processo executivo, independentemente de embargos (CPC, arts. 572 e 618, I). No entanto, não é possível sustentar que, ao qualificar como “inexigível” o título ora em exame, a lei tenha pretendido estender a tal matéria a possibilidade de ser conhecida na própria execução. Primeiro, já se viu, não se trata verdadeiramente de inexigibilidade. Depois, a própria equiparação feita em lei é limitada: “para efeito do disposto no inciso II deste artigo” — vale dizer: para o fim de interposição de embargos.

A regra do art. 741, parágrafo único, é claramente inspirada em dispositivo do ordenamento alemão segundo o qual “não é *admissível*” a execução da sentença que houver aplicado lei inconstitucional. Talvez se pudesse pretender que uma tal *inadmissibilidade* implicaria carência de ação executiva, argüível na própria execução. No entanto, a mesma regra do direito alemão que alude à *inadmissibilidade* desautoriza essa conclusão, na medida em que expressamente indica a via cabível para a arguição do defeito: a medida prevista no § 767 do diploma processual civil alemão (ZPO). É a “ação de oposição (embargos) à execução”, meio adequado para

veicular “as objeções *que afetam a própria pretensão determinada pela sentença*” (§ 767, 1). Portanto, tampouco o direito comparado oferece subsídios para a tese de que a matéria do art. 741, parágrafo único, poderia ser discutida na própria execução.

A tudo isso, acresça-se outra consideração, não menos relevante do ponto de vista principiológico e prático. Admitir que a coisa julgada possa vir a ser desconstituída através de mera objeção no processo executivo talvez signifique levar longe de mais a “relativização” dessa garantia. Há de se encontrar o meio termo entre o primado absoluto, em nome da segurança jurídica, dos provimentos que consagram inconstitucionalidades e a pura e simples desconsideração da coisa julgada, em homenagem à supremacia da Constituição. E, em princípio (v. n. 12), o ponto de equilíbrio reside na possibilidade de combate ao título “inconstitucional” através dos embargos. De resto, em termos práticos essa é a solução mais apropriada. Pelo exposto, já se viu que, ao contrário do que poderia parecer, nem sempre o exame da matéria prevista no art. 741, parágrafo único, é algo tão simples que se possa fazer de plano (o que, de todo modo, nem mesmo é o critério balizador do conhecimento de questões na própria execução). Podem surgir diversas questões cujo desenlace seja imprescindível para a definição do tema (a consideração concreta dos fatores envolvidos [v. n. 12], a exata repercussão da solução inconstitucional sobre o comando executivo [v. n. 7], a existência de outros fundamentos com base nos quais o título possa manter-se íntegro etc. — para não falar da eventual necessidade de se rededecir o processo originário [*iudicium rescissorium*], caso se repute que isso é algo que deva ser feito na mesma sede em que se desconstituiu o título [v. n. 8]).

Por isso, especialmente em relação ao título executivo acobertado pela coisa julgada, o fundamento previsto no parágrafo único do art. 741 deve ser em regra matéria de embargos, e não de objeção dentro do processo executivo.

10. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO

Além de todos os questionamentos até aqui suscitados, outro aspecto precisa ser considerado. Em que medida a própria decisão do Supremo acerca da questão constitucional, que dá ensejo à desconstituição da coisa julgada nos termos do art. 741, parágrafo único, não poderia vir a ser, ela mesma, revista? Se a idéia é a de (algum grau de) relativização da coisa julgada que acoberta uma solução inconstitucional, em tese se pode vir a reconhecer tal defeito, por exemplo, na própria decisão que, em via direta, procedeu ao controle de constitucionalidade. Levando adiante a hipótese, poderia ocorrer que, depois de fixada uma orientação constitucional em via direta e desfeitas as coisas julgadas de provimentos que houvessem adotado orientação constitucional diversa, o Supremo viesse a alterar seu entendimento a respeito da questão, reputando o anterior pronunciamento em desarmonia com a Constituição. Como ficariam as coisas julgadas desconstituídas com base no pronunciamento anterior?

É bem verdade que se está aqui levantando uma mera hipótese. Afinal, o que comumente se diz é que o Supremo poderá rever seu pronunciamento sobre constitucionalidade feito em via direta *na medida em que houver alteração de circunstâncias fáticas* que impliquem mudança na conformação constitucional da questão.⁶⁸ Essa possibilidade, a rigor, não abala a “coisa julgada” na ação direta. A modificação dos fatos gera um novo panorama, de modo que o controle exercido pelo Supremo na segunda ação direta estará recaindo sobre um objeto distinto daquele anteriormente examinado. Se fosse para utilizar a dicção tradicional acerca das ações (de discutível aplicação às “ações” diretas), falaríamos em “nova causa de pedir”, de modo que o novo pronunciamento não estaria atingindo a “coisa julgada” da ação direta anterior. Nesse caso, não se colocará o problema acima suscitado: as decisões para os casos concretos deverão estar em harmonia com um ou outro dos pronunciamentos em via direta conforme a época em que tiverem ocorrido os fatos da causa sobre os quais incidiu a norma que teve sua conformação constitucional supervenientemente alterada. Mas a hipótese de que ora se cogita é outra: a possibilidade de o Supremo rever, em nova ação direta, seu anterior pronunciamento *simplesmente por reputá-lo incorreto*.

Note-se que no controle incidental de constitucionalidade a indagação sobre tal possibilidade é facilmente respondida. Se o Supremo reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma, comunicou ao Senado e o Senado retirou-a do ordenamento, não haverá mais como, depois disso, o Supremo rever seu entendimento, ainda que em outros processos. Nas demais hipóteses de controle incidental (quando a norma é tida, *incidenter tantum*, por constitucional; quando é incidentalmente considerada inconstitucional, mas o Senado não a retira do ordenamento; quando é incidentalmente fixada uma interpretação conforme à Constituição para a norma etc.), é perfeitamente possível que o Supremo reveja sua posição anterior, inclusive em virtude da mera eficácia *inter partes* do controle incidental. É bem verdade que o art. 11, I, do Regimento Interno do Supremo, *a contrario sensu*, preceitua que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* pelo Plenário é vinculante para os integrantes daquele tribunal, ao decidir processos posteriores. Mas o mesmo art. 11, em seu inciso II, assim como o art. 103 do Regimento, abrem a possibilidade de qualquer Ministro suscitar a revisão do entendimento sobre a questão. Porém, o

68. MENDES, Gilmar F.. *Controle...*, tít. III, cap. V, p. 299; CLÈVE, Clèmerson. *A fiscalização...*, n. 3.2.9, p. 240. A noção de que a mudança de fatores políticos, econômicos, técnicos, sociais etc. pode alterar a relação de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição é aceita pelo Supremo. Tanto é assim, que aquela Corte tem reconhecido situações de possível “trânsito para a inconstitucionalidade”: normas “ainda constitucionais”, mas que provavelmente deixarão de sê-lo em um futuro mais ou menos remoto (p. ex., art. 68 do CPP: RE 135.328, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.06.1994, *DJU* 20.04.2001; RE 147.776-SP, rel. Sepúlveda Pertence, j. 19.05.1998, *DJU* 19.06.1998; art. 1o, § 5o, da Lei 1.060/50: HC 70.514, rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.03.1994, *DJU* 27.06.1997). Como se viu no item 2, o reconhecimento de que a norma é “ainda constitucional” acompanhado, por vezes, de um “apelo ao legislador” para que a modifique antes que sobrevenha a inconstitucionalidade é técnica engendrada no direito alemão. Sobre sua progressiva adoção pelo STF, vede MENDES, Gilmar F.. *Moreira Alves e o controle*. parte 1, n. 7, p. 59-70.

problema que aqui se pretende enfrentar não ocorreria nesses casos. Afinal, os pronunciamentos que estariam sendo revistos, eis que sem eficácia *erga omnes* e caráter vinculante, não teriam dado ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único.

No controle abstrato de constitucionalidade, quando a decisão for pela inconstitucionalidade, não parece possível posterior revisão de entendimento. A norma declarada inconstitucional é retirada do ordenamento. Rever o anterior juízo de inconstitucionalidade implicaria “ressuscitar” a norma, repristiná-la.⁶⁹ Todavia, na hipótese oposta, é bastante razoável admitir a mudança do entendimento do Supremo, independentemente de novo panorama fático ou jurídico. Ou seja, mesmo tendo já afirmado em via abstrata a constitucionalidade de uma norma, o Supremo pode rever sua orientação e vir a declará-la inconstitucional, pelo mesmo fundamento antes descartado.⁷⁰ Não se ignora que, em princípio, a nova ação direta com o mesmo objeto da anterior nem seria admitida. Mas o Supremo tem o poder de, reputando necessária a revisão da questão, tornar a examinar o mesmo objeto antes decidido, para declarar a inconstitucionalidade antes negada. A função política e a condição de guarda da Constituição atribuídas ao Supremo, somadas à sua posição no vértice da organização judiciária, dão amparo a essa conclusão.⁷¹

Caso isso ocorra, poderá surgir o problema exposto no início do tópico, no que tange à aplicação do art. 741, parágrafo único. Imagine-se o seguinte exemplo. A sentença constitutiva do título executivo fundou-se na declaração incidental da inconstitucionalidade de uma norma. Posteriormente, o Supremo, em ação direta, reputou a mesma norma constitucional, examinando aquele mesmo fundamento que a sentença havia considerado para declarar a inconstitucionalidade. Nos embargos, o executado invocou a decisão do Supremo e conseguiu desconstituir o título. Suponha-se que disso tenha resultado um novo título, ora em favor do anterior executado. Caso o Supremo reveja seu entendimento e em outra ação direta declare inconstitucional a mesma norma com base naquele mesmo fundamento, o segundo título formado estará, tal como estava o primeiro, sujeito aos embargos *ex art. 741, parágrafo único*.

69. STF, AR 878-SP, rel. Min. Rafael Mayer, j. 19.03.1980, em *RTJ* 94/01. Tal decisão tratava da impossibilidade de revisão, pelo Supremo, do seu entendimento de que uma norma é inconstitucional, depois de ela já haver sido suspensa pelo Senado. Mas tais argumentos são aplicáveis também à hipótese em exame, pois a retirada da norma do ordenamento pelo Senado equipara-se à levada a efeito pelo próprio Supremo na ação direta.

70. Quanto à possibilidade de tal se dar com base em outro fundamento, já reconhecemos a possibilidade, no item 4, acima.

71. De passagem, Michel Temer afirma que as decisões nas ações de inconstitucionalidade “não fazem coisa julgada”, e considera a possibilidade de mudança de entendimento até mesmo em virtude de mudança de composição do Supremo (*Elementos...*, parte I, cap. III, p. 44). Vejam-se também os interessantes argumentos de Jorge Miranda para sustentar, no direito português, a possibilidade de novo controle abstrato da constitucionalidade da norma, “com ou sem a mesma composição” (*Manual...*, n. 110, p. 384). Miranda, porém, vai mais longe. Sustenta — contrariamente ao aqui exposto e sedimentado em nosso direito (item 4, *a*, acima) — que a rejeição da inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional nem mesmo estabeleceria qualquer tipo de vinculação aos órgãos judiciais inferiores e administrativos.

11. DIREITO INTERTEMPORAL

Para as coisas julgadas formadas posteriormente à inovação, já se viu não haver inconstitucionalidade nenhuma. O legislador, dentro de certos limites, detém liberdade para reformular o regime jurídico da coisa julgada (v. item 6).

Relativamente aos títulos executivos destituídos da autoridade da coisa julgada, não há dificuldade em reconhecer legitimidade à aplicação da regra mesmo aos formados antes de sua entrada em vigor. Para os títulos extrajudiciais, a regra não representou inovação, pois qualquer defesa já lhes poderia ser oposta em embargos (CPC, art. 745). Para os títulos judiciais despidos de coisa julgada (v.g., CPC, art. 584, V), a norma significa uma novidade apenas no ponto em que cria uma nova hipótese de matéria veiculável em embargos que é anterior à formação do título. Portanto, para a regra ser aplicada às execuções fundadas nesses títulos, importa é que já estivesse em vigor no momento da propositura dos embargos.

Resta saber da possibilidade de incidência do art. 741, parágrafo único, em execuções de títulos judiciais revestidos de coisa julgada e que adquiriram essa autoridade antes do início da vigência da nova norma.

É assente a noção, inclusive em direito processual intertemporal, de que “não existe direito adquirido a um regime jurídico”.⁷² No caso em exame, o problema está em definir se a nova regra, se aplicada às coisas julgadas pretéritas, estaria apenas reformulando o regime de vigência da coisa julgada, sem afetar o cerne do instituto, ou se, ao contrário, estaria indo contra situações aperfeiçoadas, contra o próprio núcleo da coisa julgada. Nessa segunda hipótese seria inadmissível sua aplicação aos títulos acobertados pela coisa julgada antes de sua entrada em vigor. Já na primeira hipótese, a nova norma seria aplicável às coisas julgadas pretéritas. Poder-se-ia cogitar, ainda, de uma tese intermediária: enquanto pendente o prazo para ação rescisória, a estabilidade da sentença de mérito transitada em julgado ainda não estaria integralmente aperfeiçoada, eis que ainda possível a rescisão da coisa julgada; em conseqüência, a nova regra poderia legitimamente redimensionar o regime de desconstituição da coisa julgada das sentenças que se encontrassem nessa situação.

Assim, são três soluções as imagináveis: (1º) a regra só se aplicaria às coisas julgadas formadas depois do início de sua vigência; (2º) a regra também se aplicaria às coisas julgadas formadas antes do início de sua vigência que naquele momento ainda pudessem ser desconstituídas por ação rescisória; (3º) a regra aplicar-se-ia indiscriminadamente a qualquer título revestido da coisa julgada.

72. V., p. ex., RE 242.940-PR, rel. Min. Moreira Alves, j. 22.05.2001, *DJU* 29.06.2001 (com referência a inúmeros precedentes).

A dificuldade para aceitar a terceira tese (de que as coisas julgadas anteriores são indistintamente atingidas pela nova regra) reside em que o art. 741, parágrafo único, não trata de um aspecto accidental ou secundário do regime da coisa julgada. Versa sobre a possibilidade da própria eliminação da coisa julgada.

A favor da primeira tese (de que a nova regra só se aplica às coisas julgadas formadas depois de sua entrada em vigor dessa solução) há a firme jurisprudência do Supremo e a opinião de autorizada doutrina acerca de questão de direito intertemporal similar à presente, que se discutiu quando o Código de Processo Civil de 1973 entrou em vigor. O Código de 1973 ampliou largamente as hipóteses de cabimento de ação rescisória. Com isso, surgiu a dúvida sobre qual seria o regime aplicável às sentenças que haviam transitado em julgado antes de o então novo diploma processual entrar em vigor: o do novo Código ou o mais restrito, do Código de 1939? Prevaleceu o entendimento de que as novas hipóteses não poderiam ser invocadas para rescindir sentenças transitadas em julgado sob o velho Código. Reputou-se que *a consolidação do regime da coisa julgada se dá no trânsito em julgado da sentença*: “como tais sentenças não eram rescindíveis pela lei antiga, trata-se de atos jurídicos inatacáveis, insuscetíveis de revisão através de rescisória”.⁷³ Idêntica posição prevaleceu na jurisprudência, notadamente no Supremo.⁷⁴

De acordo com esse entendimento, fica descartada a segunda tese (de que a nova regra aplicar-se-ia às coisas julgadas formadas antes de sua vigência que, em tal momento, ainda pudessem ser desconstituídas por ação rescisória). A pendência do prazo de rescisória é irrelevante para solucionar a questão. Prevalece a noção de que, juridicamente, a autoridade da coisa julgada não comporta gradação. O decurso do prazo da rescisória não adiciona uma nova autoridade ao julgado; não complementa a coisa julgada. Logo, não se pode considerar a sentença sujeita à interposição de ação rescisória como uma situação ainda não aperfeiçoada, que por isso poderia ter sua disciplina redimensionada. A coisa julgada já está perfeita por ocasião do trânsito em julgado.

12. CONCLUSÃO: O ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E A “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

Por fim, cabe indagar qual o exato significado da nova norma para o ordenamento como um todo, qual seu papel sistemático. A regra do parágrafo único do art. 741 retrata um princípio geral implícito aplicável também a provimentos de outra natureza (declaratórios, constitutivos...) ou significa, *a contrario sensu*, a confirmação da autoridade da coisa julgada desses outros provimentos mesmo quando fundados em solução inconstitucional?

73. LACERDA, Galeno. *O novo direito*, cap. V, p. 56.

74. Vede Theotonio Negrão nota 8 ao art. 1211.

Para responder, convém considerar três princípios constitucionais diretamente envolvidos na questão: a rigidez e supremacia da Constituição, a isonomia e a segurança jurídica. Nenhum deles basta por si só para resolver a questão. Afinal, dizer que o combate a provimentos inconstitucionais justifica-se em nome da rigidez e da hierarquia da Constituição seria ignorar que a segurança jurídica, traduzida na coisa julgada, também é uma garantia constitucional. Mas também não é possível sustentar que a coisa julgada deva prevalecer a qualquer custo: não é confortante a idéia de uma *segurança na inconstitucionalidade*. A isonomia também não oferece isoladamente a chave para a questão. Evidentemente, o princípio da igualdade é afetado quando diversos jurisdicionados, submetidos a situações idênticas, recebem tratamento diferente no que tange a uma norma da Constituição. Mas esse problema não é exclusivo dos pronunciamentos judiciais que versam sobre questões constitucionais. É insito à atuação jurisdicional. O sistema pode e deve conceber modos de diminuí-lo, mas não tem como concretamente o eliminar. E, além de limites práticos, há limites jurídicos — especialmente, também aqui, a segurança jurídica.

É nesse quadro de confronto e compatibilização de valores que se pode compreender o papel da regra do parágrafo único do art. 741. Há uma explicação para o tratamento diferenciado para as sentenças “condenatórias” ainda não executadas. Há algo que justifica, nesse caso, uma regra geral possibilitando que o combate à solução inconstitucional vá além da ação rescisória. É a circunstância de a sentença condenatória ser, em si mesma, uma “tutela incompleta”. A tutela gerada pelo provimento declaratório basta para os fins pretendidos pelo autor. O mesmo se diga acerca da relação entre tutela e sentença constitutiva. Já a condenação é apenas um passo no caminho da solução integral de que necessita o jurisdicionado. Tal solução depende de providências práticas, concretas, materiais. Não havendo cumprimento espontâneo, o resultado almejado só se obtém com a execução. Essa diferença ajuda a justificar a regra em estudo. Se foi necessária a execução — e por isso estão cabendo embargos — é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatória-executiva (muito embora já possa haver a coisa julgada). Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória, no momento dos embargos. Daí ser razoável não estender, pura e simplesmente, a norma do art. 741, parágrafo único, aos provimentos declaratórios e constitutivos.

Pelas mesmas razões, cabe reconhecer a aplicação da regra aos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*: esses também não bastam, por si sós, para a consecução da tutela. São, como a sentença condenatória, provimentos “de repercussão prática”. Diferenciam-se do provimento condenatório por dispensar um subsequente processo de execução. Todavia, a tutela só se aperfeiçoará com a

atividade material de alteração no mundo dos fatos (realizada no próprio processo em que proferido o provimento). A extensão da regra a esses provimentos dá margem a uma série de outras indagações, especialmente quanto à via a ser empregada, já que não cabem embargos à efetivação das decisões mandamentais e executivas *lato sensu*.⁷⁵

Por outro lado, não é possível descartar por completo a desconstituição da coisa julgada em casos limites envolvendo os provimentos que independem de posterior realização prática (declaratórios e constitutivos). Podem existir situações em que seja tão grave a ofensa contida no provimento declaratório ou constitutivo, que se justifique o seu combate e desfazimento mesmo depois de decorrido o prazo para a ação rescisória. Nessas hipóteses, isso não ocorrerá tanto pela aplicação analógica da regra do art. 741, parágrafo único, mas pela direta incidência de valores constitucionais (aqueles violados pelo provimento, além dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade).

Aliás, mesmo nos provimentos condenatórios, há outros casos de solução inconstitucional excluídos da hipótese de incidência do parágrafo único do art. 741. Basta pensar nos casos não-padronizados, por vezes únicos no que tange à violação constitucional neles contida. Aliás, muitas das mais graves injustiças são ímpares na afronta que contêm ao texto constitucional. O defeito nelas contido jamais será objeto de um pronunciamento do Supremo com contornos de generalidade (pense-se no caso real do juiz que arrancou dos autos a sentença já proferida, publicada em cartório e dada a conhecer às partes mediante publicação no órgão oficial, para substituí-la por outra, no sentido oposto. Quem precisou impugná-la obviamente não encontrou nenhum julgado afirmando que o que o juiz fez não podia ser feito!). Nessa linha, pode-se cogitar excepcionalmente até da desconstituição de provimentos condenatórios já integralmente executados ou de sentenças condenatórias que transitaram em julgado antes da nova norma entrar em vigor.

Há, porém, outro lado da moeda para ser considerado. É possível também imaginar hipóteses em que o provimento em princípio se enquadra na regra do parágrafo único do art. 741, mas nem por isso se admitirá sua desconstituição. Vale dizer: pode haver situações em que a segurança jurídica seria gravemente afrontada, com tal desconstituição, mesmo não tendo havido ainda a integral realização da tutela.

Assim, nos casos enquadráveis no art. 741, parágrafo único, a regra geral é a da possibilidade de desconstituição do provimento veiculador da solução inconstitucional, podendo-se excepcionalmente afastar a incidência da norma por razões de segurança jurídica. Nos demais casos (provimentos declaratórios, constitutivos,

75. É aproveitável nesse ponto o quanto exposto no n. 17.8 do já citado *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer* (p. 414-417), de minha autoria.

condenatórios transitados em julgado depois do início de vigência da nova norma, condenatórios já executados, condenatórios que contenham violações constitucionais “não-paradigmáticas” etc.), a regra geral é a da manutenção do provimento, cabendo excepcionalmente sua desconstituição. Em ambas as exceções, deverão ser considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Portanto, a nova regra não representa ainda a solução integral para todos os problemas relativos à coisa julgada inconstitucional. Outros instrumentos precisam ser definidos, *de lege lata e lege ferenda*.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio (Org.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. In: SARMENTO, D. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, D. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALAMANDREI, Piero. La ilegitimidad de las leyes en el proceso civil. In: *Derecho procesal civil*. Trad. S. Sentís Melendo. III. Buenos Aires, 1973.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. da sétima reimpressão italiana, de 1978, por A. Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nos 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, D. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do contrôle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CONCHEIRO DEL RÍO, Jaime. (c/ colab. de Emma González Álvarez). *Responsabilidad patrimonial del Estado por la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Madri: Dijusa, 2001.

CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di diritto pubblico*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. *El control judicial de los acuerdos internacionales de la Comunidad Europea*. Madri: Dykinson, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. (artigo inédito).

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Trad. M. Helena Diniz e rev. R. Olivo, da 9ª ed. de 1972 de *Diritto costituzionale — Istituzioni di diritto pubblico*, texto reduzido e adaptado). São Paulo: RT, 1984.

DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. Paris: LGDJ, 2001.

FERRARI, Regina M. M. Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle da constitucionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*. 220, Rio de Janeiro, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales". In: *Revista de Derecho Público*. 92. São Paulo, 1989.

HÄBERLE, Peter. *La verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. Trad. Antonio D'Atena. Milão: Giuffrè, 2000.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. L. A. Heck, da 20ª ed. alemã de *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. L. C. Borges, da ed. norte-americana de *General theory of law and state*, de 1961, 1ª ed. São Paulo e Brasília: Martins Fontes e Edunb, 1990.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado, da 2ª ed. alemã de *Reine Rechtslehre*, de 1960. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. C. Dinamarco, da 4ª ed. ital. do *Manual di diritto processuale civile*, de 1980. 2. ed., I. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (em coop. Gilmar F. Mendes). *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Lei originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. 23. São Paulo, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: C. Bastos, 2000.

_____. (em coop. Ives Gandra Martins). *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. II, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda nº 1 de 1969)*. 2. ed. III. São Paulo: RT, 1973.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756/98 em matéria de recursos cíveis. In: WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
- PESCATORE, Gabriele; FELICETTI, Francesco; MARZIALE, Giuseppe; SGROI, Carmelo. *Costituzione e leggi processuale sul processo costituzionale e sui referendum (annotate con la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle magistrature superiori)*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1992.
- RESS, Georg. Comentários ao art. 54. In: PETTITI, DECAUX e IMBERT (Coord.). *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*. 2. ed. Paris: Economica, 1999.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei 9.868/99. In: SARMENTO, D. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In SARMENTO, D. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. e atual. Maria Garcia. São Paulo: Forense Univ., 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença e do processo*, 4. ed. São Paulo: RT, 1997.
- WITTHAUS, Rodolfo E.. *Poder judicial alemán*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.
- YARSHELL, Flávio. Breve 'revisita' ao tema da ação rescisória. In: *Revista de Processo*, 79. São Paulo, 1995.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.





CAPÍTULO VI

A “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA: EXAME CRÍTICO (EXPOSIÇÃO DE UM PONTO DE VISTA CONTRÁRIO)¹

*Gisele Santos Fernandes Góes**

SUMÁRIO: 1. Resumo dos argumentos a favor da relativização — 2. Treze argumentos contrários: 2.1. Qual a natureza jurídica da coisa julgada no sistema processual?; 2.2. Indagação da Filosofia do Direito: tensão entre segurança e justiça — qual deve prevalecer para o sistema?; 2.3. A coisa julgada como delineamento do princípio da segurança jurídica é visualizada na óptica dos direitos humanos?; 2.4. Como a doutrina mundial enfrenta o tema da coisa julgada?; 2.5. Há coisa julgada relativa?; 2.6. Como permanecem os efeitos/funções da coisa julgada perante a desconsideração da coisa julgada?; 2.7. A relativização da coisa julgada é uma teoria moderna?; 2.8. A base teórica dos defensores do “relativismo” é Eduardo Couture — ele sustentou a desconsideração da coisa julgada?; 2.9. Os relativistas encontram apoio total na doutrina de Paulo Otero?; 2.10. Como deve portar-se o juiz relativista?; 2.11. A coisa julgada se dirige a quem?; 2.12. Quais são os casos paradigmáticos da relativização?; 2.13. Quais os meios processuais para o abrandamento da coisa julgada? — 3. Conclusões — 4. Bibliografia.

1. RESUMO DOS ARGUMENTOS A FAVOR DA RELATIVIZAÇÃO

Primeiramente, faremos um breve resumo da posição dos relativistas, e, desde já, pedindo desculpas pela condensação de idéias desses autores, para, após, dissecarmos os argumentos contrários à relativização, objeto da nossa exposição.

No Brasil, o movimento da relativização começou a ganhar fôlego aproximadamente no ano de 2000 em diante, primordialmente com o sustentáculo de arcabouço teórico proveniente de alguns doutrinadores, como: Ministro José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Junior, Ivo Dantas, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Valder do Nascimento, dentre outros.

O pioneiro a percorrer o Brasil, cultivando a defesa da tese, foi o Ministro José Augusto Delgado, componente do Superior Tribunal de Justiça, o qual a alavancou, com base na coisa julgada inconstitucional, ou seja, todo provimento jurisdicional deve guardar conformidade com a Constituição, sob pena de se configurar uma não-decisão.

* Procuradora do Trabalho. Doutoranda (PUC-SP). Mestre (UFPA) e especialista. Professora da UFPA, de Cursos de Especialização em Direito Processual Civil, IELF/JusPODIVM, ESUD, Ministério Público, PGE, OAB e Magistratura. Membro do IBDP.

1. Palestra proferida nas VI Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil em Brasília no dia 13 de outubro de 2005, com a promoção do Instituto Brasileiro de Direito Processual e organização do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Foram acrescidas as notas de rodapé.

O ato decisório se perfaz como decorrência de uma função do Estado, exterioriza sua vontade, portanto, deve ser proferida em consonância com a justiça e equidade.

A justiça é o norte para a supremacia da Constituição e, com efeito, todos os princípios constitucionais cedem a ela. É insuportável conviver num sistema processual em que uma decisão de carga lesiva não possa ser revertida.

O processo não é mera peça retórica e o dogma da coisa julgada de Scassia² que “faz do branco preto, do quadrado redondo e do falso verdadeiro”, não pode mais subsistir, eis que, como afirma Delgado “sentença que ofende a Constituição nunca terá força de coisa julgada³.”

Sob esse prisma, a coisa julgada não é absoluta, seu regramento está abaixo da Constituição e os efeitos da coisa julgada restam enfraquecidos diante dos princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade e do justo, como acentua Delgado⁴.

Para Dinamarco, a sentença absurdamente lesiva não é sentença e, dessa maneira, não alcança o trânsito em julgado⁵.

Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria compreendem que, ao invés de não-sentença, a decisão transitada em julgado em desconformidade com a Constituição, padecendo, assim, de vício de inconstitucionalidade, é nula e não inexistente, havendo aparência de coisa julgada⁶.

Em sendo assim, os doutrinadores citados apenas divergem se a decisão é inexistente, sequer se formando a coisa julgada (postura Delgado e Dinamarco), ou se nula, inválida, mas existente (posição de Humberto e Juliana). Todavia, as duas vertentes convergem para a sobreposição da justiça, com esteio nos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade, no sentido de se “relativizar a coisa julgada” que se posta na legislação infraconstitucional e que não tem como ser preservada.

Se o justo é o caminho, não importam os meios processuais, para a relativização e, com isso, tem-se a amplitude instalada pelo Prof. Cândido Dinamarco⁷, o qual conclui que pode ser relativizada por simples petição nos autos, via ação rescisória,

2. Citado por COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 405.

3. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 52.

4. *Idem, ibidem*.

5. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*. v. 5. Belém: Imprensa Oficial, 2001. p. 160.

6. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.89-90.

7. Artigo citado. Revista citada. p. 162-163.

embargos à execução, objeção/exceção de executividade, *querela nullitatis*, ou seja, qualquer meio processual que se atinja a dimensão ética do processo...

Nessa seara, não se pode atribuir prazo para a relativização da coisa julgada, forma ou impor rol de matérias, por isso, o Ministro José Delgado em seu texto acerca do tema propõe 34 (trinta e quatro) exemplos de não-sentenças⁸ que não adquirem a força da coisa julgada, como a que impede alguém de associar-se ou a que nega o direito de herança ou a que nega aposentadoria ao trabalhador ou férias, ou a que ofende a soberania estatal e assim vai...

Finda-se esse primeiro enfoque com frase de Humberto Theodoro Junior para nossa reflexão: “a justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas⁹.”

2. TREZE ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Bom, estamos na tarefa de argumentar contrariamente à relativização da coisa julgada (no que verdadeiramente acreditamos) e vamos estruturar esse mister com as seguintes indagações:

2.1. Qual a natureza jurídica da coisa julgada no sistema processual?

Os relativistas a inserem no quadro infraconstitucional, em função das regas do diploma processual civil (art. 467 e ss).

Pensar, desse modo, é negar o devido processo que é, nas sábias palavras de Nelson Nery Junior o “o princípio fundamental do processo civil¹⁰.” Só há devido processo legal, quando inteirado à coisa julgada, dentro do fenômeno da constitucionalidade democrática. O devido processo constitucional necessita da coisa julgada, daí a razão de ser do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, quanto ao respeito à coisa julgada.

O binômio devido processo + coisa julgada é trabalhado por Rosemiro Pereira Leal¹¹, com quem concordamos, logo a dimensão do assunto da natureza da coisa julgada ganha proporção ainda maior, quando se observa que, na topografia do Texto Constitucional, esse instituto é um direito fundamental e, nesse rumo, é uma cláusula pétrea, de conformidade com o §4º do art. 60 da CF/88.

8. Artigo citado. op. cit. p. 50-52.

9. Trecho retirado de parecer da lavra do Prof. Humberto Theodoro Júnior intitulado Embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: *Regularização imobiliária de áreas protegidas*. v. II. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 1999. p. 119-137.

10. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 60.

11. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 04-08.

Por conseguinte, merecem ser ratificadas as asserções de Luiz Guilherme Marinoni¹², Nelson Nery Júnior¹³, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁴, no sentido de que a coisa julgada material é atributo do Estado Democrático de Direito, sendo seu elemento de existência.

O fundamento da República brasileira no art. 1º da CF/88 é o Estado Democrático de Direito e ele se manifesta pela coisa julgada.

Em sendo assim, a coisa julgada é norma-princípio constitucional e não mera norma-regra do diploma processual civil, de conformidade com a terminologia empregada por Dworkin¹⁵, como núcleo que irradia e imanta todo o ordenamento jurídico, sendo a sua mitigação fator de exceção, o qual deve estar peremptoriamente previsto no sistema.

A coisa julgada é uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, força matriz e motriz para a sua realização.

2.2. Indagação da Filosofia do Direito: tensão entre segurança e justiça — qual deve prevalecer para o sistema?

A crise que se tem no âmbito da Filosofia do Direito é avaliada em Habermas — é o modelo de conflito existente entre faticidade (*faktizität*) e validade (*geltung*). A segurança representa a validade e a faticidade representa a justiça¹⁶.

No Direito, a norma do caso concreto produzida pelo Poder Judiciário é válida, porque é justa ou porque é declarada pelo soberano? É válida porque oriunda do Estado-Juiz.

O justo absoluto, como pretendem os relativistas, é o justo utópico — a justiça do caso concreto deve sobrepor-se à insegurança geral? Inclusive pondo em risco o próprio Estado Democrático de Direito?

A justiça é um valor, o Estado Democrático de Direito brasileiro fez opção por ele, mas pelo justo possível, como padrão de segurança jurídica com a coisa julgada. O art. 5º, caput prescreve como inviolável o direito à segurança — direito fundamental.

Essa é, portanto, a justiça realizável! A justiça que se materializa não é a abstrata do ideal do justo, sem nenhuma plataforma de indicação do que ela representa.

12. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. v. II. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 162-163. (Coleção Temas de Processo Civil).

13. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, op. cit., p. 38.

14. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. p. 22.

15. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978. p. 24 e ss.

16. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

A tese da relativização contrapõe a coisa julgada ao valor justiça, mas não define o que é justiça. A justiça pelo senso comum, como pregava Calamandrei¹⁷, é inconsistente.

Marinoni¹⁸ destaca que a relativização peca pela ausência de concepção adequada de justiça.

Preferimos ficar com a justiça possível da coisa julgada, nosso patamar de segurança jurídica, mola propulsora do Estado Democrático de Direito.

O pai da “teoria moderna da justiça” John Rawls diz que “injustiça só é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior¹⁹”.

Entre o valor abstrato e o valor que se canaliza em princípios e regras, fica-se com o segundo e foi assim que agiu o legislador brasileiro. O justo utópico está solitário, o Brasil permaneceu com o justo viável, que se desdobra no Estado Democrático de Direito, via segurança jurídica atinente ao instituto da coisa julgada, com as suas regras esboçadas pelo sistema processual. Estamos no arquétipo do Estado Kelseniano, com as exceções legisladas, como a prevista nos embargos à execução do parágrafo único do art. 741 do CPC e ação rescisória (capítulo dos arts. 485 a 495 do CPC) e revisão criminal (art. 622 do CPP).

2.3. A coisa julgada como delineamento do princípio da segurança jurídica é visualizada na óptica dos direitos humanos?

A coisa julgada é um direito e garantia fundamental, entretanto, acima de tudo, é um direito humano — direito do cidadão — uma concretização do exercício da cidadania, de acesso à justiça, de previsibilidade de término do conflito.

Abona-se a concepção contemporânea de direitos humanos, como afirma Flávia Piovesan que “eles são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam²⁰.”

A Corte Européia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem a coisa julgada como uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva²¹. Nesse direcionamento, a jurisprudência estrangeira é no sentido da segurança via coisa julgada.

17. Calamandrei afirmava a justiça conceituada pelo *uomo della strada*. *Direito Processual Civil*. v. I. Campinas: Bookseller, 1999.

18. *Op. cit.*, p. 182.

19. *A theory of justice*. 20. ed. Cambridge: Harvard, 1994. p. 04.

20. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 41.

21. Citado por GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. v. II. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 150. (Coleção Temas de Processo Civil).

2.4. Como a doutrina mundial enfrenta o tema da coisa julgada?

É totalmente prestigiada. Divergem apenas se é qualidade ou efeito da sentença. Na primeira corrente, insere-se Liebman²² e Humberto Theodoro Junior²³ e, como efeito, à guisa de ilustração, Celso Neves²⁴.

Para Liebman, “é qualidade que reveste o ato em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos do próprio ato²⁵.”

Enquanto que, para a teoria alemã, a coisa julgada é uma eficácia da declaração, no âmbito dos efeitos da sentença²⁶.

Frisa-se apenas que José Carlos Barbosa Moreira²⁷ detém uma noção peculiar do que seja a coisa julgada, pois, para o Mestre, “não se expressa de modo feliz a natureza da coisa julgada, ao nosso ver, afirmando que ela é um efeito da sentença, ou um efeito da declaração nesta contida. Mas tampouco se amolda bem à realidade, tal como a enxergamos, a concepção da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentenciados, ou mesmo da própria sentença. Mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere, segundo pensamos, quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’”.

Não importa a vertente teórica, mas todos eles concordam que, nas palavras de Rosenberg²⁸, a coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo.

2.5. Há coisa julgada relativa?

A questão que se coloca é terminológica. Podem ter coexistência no sistema duas coisas julgadas? Uma de porte absoluta e outra relativa?

A relativização da coisa julgada também é denominada de flexibilização da coisa julgada. Como indica o Mestre Barbosa Moreira, “é que, quando se afirma que algo deve ser ‘relativizado’, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo²⁹.”

22. *Manuale di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1984. p. 419-421.

23. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 523.

24. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 443.

25. *Op. cit.*, p. 420.

26. JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Trad. de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 335 e ss.

27. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 113. (3ª série).

28. *Tratado de derecho procesal civil*. tomo II. Buenos Aires: EJE, 1955. p. 441-445.

29. Considerações sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 22, p. 91, jan. 2005.

Qual é o parâmetro legal para se saber quando é absoluta ou relativa?

Adotamos integralmente o pensamento de Rosa Nery e Nelson Nery Junior³⁰, para quem, na verdade, não há relativização da coisa julgada, mas sim desconsideração da coisa julgada.

Sob o rótulo de relativização, na realidade, o que pretendem os autores favoráveis é a pura desconsideração da coisa julgada. Trata-se do aniquilamento da coisa julgada.

Além disso, o termo coisa julgada inconstitucional também não é exato, posto que, novamente com o Mestre Barbosa Moreira, “o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir³¹.”

2.6. Como permanecem os efeitos/funções da coisa julgada perante a desconsideração da coisa julgada?

A coisa julgada tem os seguintes efeitos: a) endoprocessuais — tornar indiscutível a sentença de mérito (arts. 467 e 471 do CPC) e obrigatório o comando dispositivo da sentença; e b) extraprocessuais — vincular as partes e juízo qualquer e impossibilidade de a lide ser rediscutida em ação judicial posterior, ocasionando a oposição da *exceptio da res iudicata*.

Além desses efeitos doutrinariamente consagrados, Rosa e Nelson Nery Junior chama a atenção para o efeito especial da coisa julgada — efeito substitutivo — em que “a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca³².”

Eventual nulidade no julgado acaba sendo superada no sistema processual com o advento da coisa julgada material, visto que somente pode ser argüida pela ação rescisória ou embargos do devedor.

A par dos efeitos, também há as funções da coisa julgada: a) função positiva — todos devem cumprir o comando emergente da sentença; e negativa — ninguém pode rediscutir a lide transitada em julgado.

30. *CPC comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 792.

31. Artigo citado. *Revista Dialética de Direito Processual*, op. cit., p. 92.

32. *CPC comentado*, op. cit., p. 788.

Para os que desconsideram a coisa julgada, são literalmente apagados todos os efeitos? Quando isso poderia ocorrer? Existe norma no sistema que faça esse desdobramento de quando os efeitos vão incidir e quando não? Não há nada no sistema...

2.7. A relativização da coisa julgada é uma teoria moderna?

Definitivamente não. Para muitos defensores, trata-se de tese atual, contudo, ao se revolver o direito romano, verificamos o instituto da *querela nullitatis insanabilis*. E, para ser mais precisa, ela foi associada aos regimes totalitários, como o nazismo, facismo.

Ímpar a observação de Rosa e Nelson Nery Junior para quem “Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão. Se o MP alemão dissesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*wiederaufnahme des verfahrens*) para que isso fosse reconhecido. A injustiça da sentença era, pois, uma das *causas* de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista³³.”

Com efeito, mesmo nos regimes totalitários, o que se verifica é que era hipótese de rescindibilidade a coisa julgada e não de desconsideração.

2.8. A base teórica dos defensores do “relativismo” é Eduardo Couture — ele sustentou a desconsideração da coisa julgada?

Couture, no seu famoso capítulo de estudos acerca da revocação dos atos processuais fraudulentos, analisa situação de investigação de paternidade que culminou com improcedência por falta de provas, por dolo do pretense pai, sendo que essa sentença transitou em julgado. Posteriormente, moveu o filho ação quando atingiu a maioria, houve acordo judicial entre pai e filho, mas Couture permanece com a sua reflexão: “se combate a fraude abolindo a coisa julgada³⁴?”

Logo, ele, próprio, Couture, não desconsiderou a coisa julgada. Apenas insinuou que, nos casos de colusão e fraude, deve haver meios processuais para se combater o ato processual viciado, ainda que já sob o manto da coisa julgada e sugere a ação revocatória, nos mesmos moldes dos princípios da ação pauliana utilizada para a fraude civil.

2.9. Os relativistas encontram apoio total na doutrina de Paulo Otero?

Paulo Otero, da Faculdade de Direito de Lisboa, escreveu um ensaio sobre o caso julgado inconstitucional³⁵.

33. *CPC comentado*, op. cit., p. 792.

34. *Estudios de derecho procesal*. 3. ed. tomo 3. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 391.

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

O Ministro José Delgado, a partir de algumas conclusões do Prof. Paulo Otero, erigiu a teoria da coisa julgada inconstitucional.

A premissa é a de que, qualquer vício de (in)constitucionalidade declarado pelo STF via controle abstrato, ocasiona o rompimento da coisa julgada que tenha sido formada de modo contrário à decisão do STF. No controle incidental de constitucionalidade, desde que suspensa a execução da lei pelo Senado Federal, de acordo com o inciso X do art. 52 da CF/88.

Tanto criou eco a teoria da coisa julgada inconstitucional que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, como Advogado-Geral da União, gestacionou o parágrafo único do art. 741 do CPC, o qual foi abeberar-se na regra do §79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que estatui que os provimentos judiciais prolatados com base em lei inconstitucional não padecem de execução e permanecem intocados os efeitos da coisa julgada.

A regra do diploma processual civil brasileiro não aderiu aos termos completos do dispositivo em tela, pois acabou por incluir hipótese de aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas por incompatíveis em face da Constituição, quando deveria ter remanescido apenas com o controle de constitucionalidade, ainda que se compreenda que, mesmo nesse, deveria haver o respeito à coisa julgada.

Por conseguinte, somos partidários, assim como Rosemiro Pereira Leal³⁶, Leonardo Greco³⁷, Luiz Guilherme Marinoni³⁸, da inconstitucionalidade do parágrafo citado, haja vista que se desenhou uma aberração de uma exceção *lato sensu* de inconstitucionalidade da coisa julgada, no subterfúgio de inexigibilidade do título judicial, quando é necessária demorada reflexão sobre o tema, clamando-se pela constituição de procedimentos legais adequados no CPC.

O contraste entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal, via declaração de inexigibilidade, por intermédio da redação pródiga da norma processual, acarreta atentado à isonomia, ampla defesa e contraditório e, conseqüentemente, ao direito à prova.

2.10. Como deve portar-se o juiz relativista?

O julgador passa a ser “Deus”, com lastro numa presunção metafísica, tornando-se um magistrado onisciente e onipresente, sob o manto protetor do ideal do “justo”.

O julgador relativista lembra duas imagens: a do processo na visão de Kafka ou a preconizada por Ronald Dworkin³⁹ — o juiz Hércules, um juiz sobrenatural.

36. Op. cit., p. 19.

37. Artigo citado. op. cit., p. 156-157.

38. Artigo citado. op. cit., p. 172-173.

39. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978. p. 116-117

O Juiz Hércules é o que encontra a melhor resposta possível, dentro do sistema aberto dos princípios e das suas milhares vias interpretativas.

O princípio da motivação das decisões judiciais sobrevive a esse modelo?

2.11. A coisa julgada se dirige a quem?

Os relativistas — José Augusto Delgado⁴⁰ e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria⁴¹ — propagam que a coisa julgada se dirige apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada.

Isso é aceitável? Quer dizer que qualquer Tribunal ou Juiz desse Brasil de dimensão continental não está sujeito à coisa julgada? É um direito fundamental limitado ao Poder Legislativo? E o Executivo?

O Estado Democrático de Direito se atém ao princípio da coisa julgada somente atrelada ao Legislativo? O devido processo para o Judiciário, com irrestrita mitigação da coisa julgada sem pauta legislativa, é sinônimo de caos — anarquia.

2.12. Quais são os casos paradigmáticos da relativização?

Os dois casos paradigmáticos da relativização foram o da desapropriação em São Paulo e o dos exames de DNA.

O da desapropriação com um valor de indenização totalmente irreal (mais do que o *justo valor*) suscitou para os relativistas a tomada de posição de desconsideração da coisa julgada, porque a decisão transitada em julgado ofendia nitidamente o princípio da moralidade administrativa.

O dos exames de DNA, quando da descoberta do avanço tecnológico, incitaram a possibilidade dos filhos de investigarem a paternidade, com o intuito de descobrirem os seus vínculos de filiação, não podendo permitir-se trânsito em julgado, quando não é justo, razoável e proporcional no sistema distanciar-se da realidade, do fato de quem é o verdadeiro pai.

Nessa linha, a relativização começou a ser implementada por meio dos princípios da moralidade administrativa, cujo benefício nítido é em prol da Administração Pública; razoabilidade e proporcionalidade que são vias de interpretação no interior da abertura do ordenamento e do justo que se constitui num valor ideal, totalmente abstrato e sem nenhum critério definitório.

Ao revés, entendemos que não é aceitável⁴², nem proporcional para o ordenamento processual civil a relativização e, muito menos, detém argumentação com-

40. Artigo citado. op. cit., p. 35.

41. Artigo citado. op. cit., p. 84.

42. SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 287-288.

patível com a teoria geral da prova, onde nela resta patenteada que não há espaço de verdade absoluta e, como conseqüência, de justiça absoluta.

Calamandrei diz que: “A coisa julgada não cria nem uma presunção nem uma ficção de verdade: a coisa julgada só cria a irrevogabilidade jurídica do mandato, sem se cuidar em distinguir se as premissas psicológicas das quais esse mandato tem nascido, são premissas de verdade ou somente de verossimilitude⁴³.”

Como se pode voltar às bases do “mandato”, na terminologia de Calamandrei, se o seu assentamento se deu, em face de premissas psicológicas do julgador? Quem teria poder para reavaliar? O mesmo juízo, o tribunal? Quais seriam os critérios a serem levados em conta? Incerteza e insegurança para o caminho da tutela jurisdicional, o que não pode jamais acontecer, em virtude de que o discurso judicial decisório — modelo pragmático — tem por função a absorção dessa insegurança, terminando-se as questões conflitivas, como esboçado por Tércio Sampaio Ferraz Junior⁴⁴.

Como atenta magistralmente Luiz Guilherme Marinoni, “a relativização não consegue explicar que se o Estado-juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de relativizar a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça⁴⁵.”

Termina-se com o conflito? Não!

2.13. Quais os meios processuais para o abrandamento da coisa julgada?

O Código de Processo Civil português⁴⁶, em seu art. 771º, faz previsão do recurso de revisão, sendo cabível somente após a decisão haver atingido o trânsito em julgado e as hipóteses são extremamente parecidas com as da sistemática processual brasileira. Por exemplo, são casos que despertam o recurso de revisão: peita do juiz, corrupção, prevaricação, concussão e suborno; falsidade; documento novo; confissão, desistência e transação; inexistência ou nulidade da citação; quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente. E o prazo disposto para o recurso de revisão, consoante o art. 772º, é de cinco anos.

A lei processual civil italiana, no art. 395, estatui quais são os casos de revogação. Na Itália, quando se vai analisar a natureza jurídica da revogação, é fundamental esclarecer que existem dois tipos de revogação: a ordinária e a extraordinária⁴⁷. A primeira é oponível ainda quando não houve o trânsito em julgado e a

43. *Direito Processual Civil*. v.3. Campinas: Bookseller, 1999. p. 273.

44. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 344-347.

45. Artigo citado. op. cit., p. 163.

46. NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Português*. 16. ed. Lisboa: Ediforum, 2001. p. 1144-1151.

47. CARPI, Federico; TARUFFO, Michele. *Comentário breve al Codice di Procedura Civile*. 4. ed. Pádua: CEDAM, 2002. p. 1163-1187.

segunda, somente após a formação da coisa julgada e, por isso, está mais próxima da realidade brasileira.

No ordenamento processual francês, depara-se com o recurso de revisão, no art. 593 que, de uma maneira extremamente ampla, prescreve que ela tem incidência, diante de um novo estado de fato ou de direito⁴⁸.

Na lei espanhola, concedeu-se ao jurisdicionado uma revisão de sentenças “firmes” (art. 509 *usque* 516), portanto, as quais já alcançaram o trânsito em julgado e o prazo é quinquenal (art. 512)⁴⁹.

E, por fim, na Alemanha, o paradigma é o da ação de revisão (§ 580) e o prazo é de cinco anos (§ 586)⁵⁰.

Dessa breve notícia estrangeira, no Brasil, o que se já se detém de *lege lata*, como abrandamento autorizado da coisa julgada, são os instrumentos da ação rescisória (art. 485 do CPC), revisão criminal (art. 622 do CPP), coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103 do CDC c/c art. 18 da Lei 7347/85) e os embargos do devedor (art. 741 do CPC).

Não avalizamos o entendimento dos relativistas, quanto à exceção de pré-executividade, alargamento das hipóteses de ação rescisória, simples petição nos autos, *querela nullitatis* etc, visto que há necessidade de lei regulamentando o assunto.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior enuncia que “a necessária adaptação do processo ao direito material (e também à realidade) impõe, entretanto, uma imediata reforma legislativa, de modo a que se consagre, ‘de lege lata’, a técnica da coisa julgada ‘secundum eventum probationis’ para as demandas de paternidade. As peculiaridades deste direito (indisponível e constitucionalmente protegido) conspiram, também, a favor da diferenciação da tutela⁵¹”.

Portanto, todo direito singular requer tratamento diferenciado via lei, por meio de procedimentos legais adequados, o que se sugere desde já de *lege ferenda*, como na doutrina tem-se pronunciado Nelson Nery Junior⁵² e Sérgio Gilberto Porto⁵³.

48. *Code de Procédure Civile*. Paris: Litec, 2000. p. 367.

49. *Lei de Enjuiciamiento Civil- Ley 1/2000*. Madrid: Civitas, 2000. p. 307-309.

50. ENCINAS, Emilio; MÍGUEZ, Miguel. *Código Procesal Civil Alemán*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 147-149.

51. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista do curso de Direito da UNIFACS — Universidade Salvador*; Porto Alegre, v. 2, p. 36 e ss., 2001.

52. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. v. II. Salvador: Juspodivm, 2004. p. 210-211. (Coleção Temas de Processo Civil).

53. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 22, p. 12-13, mar./abr. 2003.

3. CONCLUSÕES

A relativização da coisa julgada atenta contra o princípio da razoável duração do processo inserto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. Revolver o processo sem prazo significa razoável duração do processo?

O palco dos direitos humanos é o do processo sem dilações indevidas, tendo como norte sempre a adaptabilidade do procedimento, proferindo-se uma decisão adequada e eficaz e não o rompimento da garantia da coisa julgada, sem nenhum respaldo legal, exceto o de constitucionalidade retroativa sem respeito à coisa julgada proveniente do STF.

Além disso, ratificamos preocupação de Nelson Nery Junior, para quem “não se pode interpretar o direito contra preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de busca científica. O jurista não pode semear discórdia, incerteza, desigualdade e desequilíbrio social⁵⁴.”

E a relativização da coisa julgada faz brotar a insegurança jurídica. Qual o Tribunal que tem o poder de declarar a coisa julgada “relativa”? O próprio juízo que proferiu a decisão ou o superior?

Parece que vivenciamos o estado que chama atenção Ovídio Baptista da Silva⁵⁵, com base em Bauman, de “modernidade líquida”, onde tudo é provisório...

A justiça material é um ideal impossível de se atingir... O que se pretende é a justiça formal — com o respeito ao direito-garantia fundamental da coisa julgada.

O STJ, em recente decisão, sinalizou em prol da coisa julgada, pois relativizá-la seria afronta ao direito vigente⁵⁶. Para se relativizar, precisa-se de lei, logo, sem ela, somente nos casos excepcionais já dispostos no ordenamento, tem-se essa possibilidade.

Finda-se com o binômio explicar — compreender de Goffredo Telles Junior⁵⁷, no rumo de que não se tentou explicar o que é a coisa julgada, mas compreendê-la no sistema, o que ela vale e para o que ela vale... Resgatemos a segurança!

54. Artigo citado. Op. cit., p. 210.

55. Artigo citado. Op. cit., p. 213.

56. A ementa foi assim redigida: REGISTRO CIVIL. DECISÃO JUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO. A Turma, ao prosseguir o julgamento, entendeu que não há como, lastreado na pretensa necessidade de realizar-se exame de DNA, modificar-se assento do registro civil decorrente de decisão judicial transitada em julgado sem a desconstituição daquela decisão na via processual própria. O Min. Castro Filho, em seu voto-vista, asseverou que há corrente que procura tornar relativa a coisa julgada; porém, no caso, não há como fazê-lo sem afronta ao Direito vigente. Precedente citado: REsp 432.108-MG, DJ 19/12/2002. REsp 435.102-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20/9/2005. (Informativo Nº 0261, 19 a 23 de setembro de 2005).

57. Duas palavras. In: *O que é Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004. p. 22.

4. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (3ª série).

_____. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 22, jan. 2005.

BATISTA, Diocleciano. *Coisa julgada inconstitucional e a prática jurídica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. I. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Direito Processual Civil*. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

_____. *Estudios de derecho procesal civil*. tomo 3. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DIDIER JR., Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista do curso de Direito da UNIFACS — Universidade Salvador*, Porto Alegre, v. 2, 2001.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. v. II. Salvador: Juspodivm, 2004. (Coleção Temas de Processo Civil).

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, Belém, v. 5, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1978.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Repro*, São Paulo, v. 48, out./dez. 1987.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Trad. de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1984.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *CPC comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa julgada: cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 22, mar./abr. 2003.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 20. ed. Cambridge: Harvard, 1994.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1955.

SÍCHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: *Regularização imobiliária de áreas protegidas*. v. II. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 1999.

TELLES JR., Goffredo. Duas palavras. In: *O que é Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2004.

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





CAPÍTULO VII

O TORMENTOSO PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PASSADA EM JULGADO

*Humberto Theodoro Júnior**

*Juliana Cordeiro de Faria***

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A coisa julgada inconstitucional: um convite à reflexão — 3. O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo do ato inconstitucional — 4. O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade — 5. A intangibilidade da coisa julgada é um princípio constitucional? 6. A intangibilidade da coisa julgada e o princípio da constitucionalidade: noções que não se contrapõem — 7. A doutrina brasileira recente — 8. A coisa julgada que ofende diretamente os princípios constitucionais e os mecanismos de controle — 9. O novo parágrafo único acrescentado ao art. 741 do CPC — 10. A diferente situação da aplicação da lei inconstitucional e da recusa de aplicação da lei constitucional — 11. A coisa julgada inconstitucional e o respeito aos atos praticados sob seu império: a eficácia *ex nunc* do reconhecimento da inconstitucionalidade — 12. Resumo: casos de inconstitucionalidade — 13. Opinião restritiva de Athos Gusmão Carneiro — 14. As objeções de Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista da Silva — 15. Acontecimentos relevantes em matéria de relativização da coisa julgada — 16. Algumas conclusões — 17. A posição recentemente adotada por Barbosa Moreira — 18. Direito, dialética e maniqueísmo: uma última ponderação.

“A regra jurídica, considerada em si mesma independentemente da totalidade do sistema jurídico, como regra jurídica não existe. A regra jurídica existe enquanto embutida dentro da totalidade do sistema” (ALFREDO A. BECKER)¹.

“A Constituição assume-se e é reconhecida como direito superior, como ‘lei superior’, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental — a limitação do poder” (J. J. GOMES CANOTILHO)².

“A Constituição é o ponto inicial do direito estatal, considerado como um todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele” (SANTI ROMANO)³.

“Enfin, la Constitution est la règle à laquelle les pouvoirs ‘ne peuvent point toucher’. Le principe d’action est aussi limite d’action. Qu’une personne ou qu’une autorité nie cette commune origine constitutionnelle, qu’il prétende

* Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

** Professora Assistente de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Civil.

1. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 212.

2. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina. p. 1.378.

3. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977. p. 8.

s'affranchir des règles qu'elle fixe e des borns qu'elle établit pour l'exercice du pouvoir, elle se met hors l'Etat comme un bandit se met hors la loi. Des procédés de contrôle veillent généralement au respect des injonctions constitutionnelles. 'Toute Société dans laquelle la separation des pouvoirs n'est pas assurée, ni la garantie des droits préservée, n'a point de Constitution' (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 16)" (Francis Delpérée)⁴.

"Que a lei admita a impugnação da coisa julgada, nada tem, em si, de infenso à razão; pois que, efetivamente, a própria autoridade da coisa julgada não é absoluta e necessária, senão estabelecida por propósito de utilidade e oportunidade, e de tal forma que tais propósitos mesmo podem, uma que outra vez, aconselhar-se o sacrifício, para evitar o inconveniente e o mal maior, que resultariam da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta" (Chiovenda)⁵.

"Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica" (Supremo Tribunal Federal)⁶.

1. INTRODUÇÃO

Divulgamos nossas idéias sobre o conflito de decisões judiciais e a Constituição há alguns anos, tendo em conta casos concretos de grande repercussão sobre o erário público, quando já operada a coisa julgada e ultrapassado o prazo legal de cabimento da ação rescisória⁷.

O tema foi levado por meio de parecer ao exame do Superior Tribunal de Justiça⁸ e mereceu desenvolvimento pelo Ministro José Delgado em instigante trabalho doutrinário⁹.

Desde então, empolgante debate tem se travado entre processualistas de renomada autoridade, ora para apoiar nosso ponto de vista, ora para rebatê-lo. Até mesmo o legislador não lhe foi insensível, tanto que ao art. 741, do CPC se acrescentou o atual parágrafo único, para permitir em embargos à execução definitiva de sentença passada em julgado a arguição de inexigibilidade da obrigação assentada em sentença inconstitucional¹⁰.

4. *Le droit constitutionnel de la Belgique*. Bruxelles: Bruylant, 2000. p. 15.

5. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3.ed. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 274.

6. STF, Pleno, ADIn 652/MA, Rel. Min. Celso de Mello, ac. unânime de 02.04.1992, *RTJ* 146/461.

7. THEODORO JR., Humberto. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: *Regularização Imobiliária de áreas Protegidas*. v. II. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 1999. p. 119/137; THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. III, p. 77/95.

8. STJ, 1ª T., REsp 240.712/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, ac. 15.02.2000, *DJU* 24.04.2000, p. 38.

9. DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas - Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, 103/9-36.

10. "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 Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal" (Acréscimo ao art. 741 do CPC por força da Medida Provisória nº 2.180/35, de 24.08.2001).

O interesse em torno do assunto testemunha sua atualidade e relevância. Não é de deixá-lo de lado. Convém, ao contrário, mantê-lo aceso. É o que ora faremos para registrar as principais objeções recentemente suscitadas e para oferecer alguma luz visando a esclarecer pontos acaso omissos em nosso trabalho, para aprimorar alguns posicionamentos e para responder a algumas críticas, que, a nosso ver, não devem passar sem registro, pela autoridade de onde provêm.

2. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: UM CONVITE À REFLEXÃO

No Estado Democrático de Direito, e como uma consequência das idéias de limitação do Poder político do Estado e do primado da lei enquanto expressão da vontade geral trazidas pela Revolução Francesa, tem sido sempre uma preocupação constante a de garantir a Supremacia da Constituição Federal, como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade. Desde que passou a ser prestigiada a idéia de primado hierárquico-normativo da Constituição, com afirmação do princípio da constitucionalidade, busca-se assegurar que não só os atos do Poder Público, como todo o ordenamento jurídico esteja conforme a sua Lei Fundamental.

Exatamente por isso, os mais variados ordenamentos jurídicos contemplam em seus sistemas mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, ora confiando apenas a uma Corte Especial a atribuição de declarar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e vinculante; ora também conferindo aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário a competência para fazê-lo, limitada, todavia, a eficácia de suas decisões à relação processual em que proferida; ou, ainda, admitindo a convivência harmônica de ambos instrumentos de controle¹¹.

Porém, ao longo de mais de duzentos anos, o que se observa é que, em tema de inconstitucionalidade, as atenções e preocupações jurídicas sempre se detiveram no exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos. Verifica-se, assim, que a grande parte dos estudos produzidos desde então centra-se na análise da constitucionalidade/inconstitucionalidade dos atos legislativos, não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição.

11. “Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exacta observância” (BUENO, Pimenta *apud* SIDOU, J. M. Othon. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 29). Por isso, “as Constituições positivas não se limitam a declarar as várias liberdades; também se preocupam com a habilidade maior ou menor de suas garantias, cometendo-as a instituições especiais, ou a preciosas sanções jurídicas” (BARBOSA, Rui. *República, teoria e prática*. São Paulo: Vozes, 1978. p. 22, *apud* SARAIVA, Paulo Lobo. Mandado de garantia social no direito luso-brasileiro. In: *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. v. 3. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 240).

Paulo Otero, constitucionalista português que desponta no cenário jurídico, bem detectou as razões do esquecimento, consoante se depreende da seguinte passagem de sua notável obra:

“As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘*a boca que pronuncia as palavras da lei*’ e o poder judicial como ‘*invisível e nulo*’ (Montesquieu)”¹².

Com efeito, institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a **coisa julgada** e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação. A coisa julgada, neste cenário, transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito. Consagra-se, assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, visto, durante vários anos, como dotado de caráter absoluto.

Tal é o resultado da idéia, *data venia* equivocada e largamente difundida, de que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte, na própria Constituição. É em face do prestígio alcançado pelo postulado retro que, conforme assinala Vieira de Andrade, “embora os tribunais formem um dos poderes do Estado, não há em princípio preocupação de instituir garantias contra as suas decisões”¹³.

Contudo, não se pode olvidar que, segundo bem lembra Paulo Otero, “como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição”¹⁴.

Ora, deparando-se com uma decisão judicial que contempla flagrante inconstitucionalidade quais os instrumentos para promover a sua adequação aos ditames máximos da Constituição?

Do ponto de vista do direito processual civil brasileiro existem mecanismos cujos contornos encontram-se bem definidos no sistema para sua correção, quais sejam, os recursos ordinários e extraordinários¹⁵. Sob este aspecto a questão não oferece maiores dificuldades, mormente à vista do disposto no art. 102, III, da Constituição Federal brasileira, havendo farta literatura a seu respeito.

12. OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 9.

13. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 332.

14. Op. cit., p. 32.

15. A expressão ‘extraordinários’ é utilizada no seu sentido lato, contemplando tanto o recurso especial como o extraordinário.

O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal. Nesta hipótese, existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou esta é isenta de fiscalização? Ou reformulando o questionamento: verificando-se que uma decisão judicial sob o manto da *res iudicata* avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda, porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle? Cuida-se, na lição de Paulo Otero, “de um problema central do actual momento do Estado de Direito”¹⁶.

A questão ganha relevância quando se verifica a cada vez mais frequente atribuição aos juízes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos. Assiste-se, hodiernamente e como bem frisa Canotilho, a “um trânsito silencioso de um ‘Estado-legislativo-parlamentar’ para um ‘Estado jurisdicional executor da Constituição’”¹⁷. Trata-se de fenômeno que se verifica diante do fato de cada vez mais as normas encerrarem conceitos indeterminados e abertos, o que exige maior atuação dos juízes na interpretação e criação do Direito.

Neste contexto, segundo lembra Paulo Otero, observa-se, com efeito, “um crescente papel protagonizador do juiz na densificação e concretização interpretativa do sentido de tais conceitos e, conseqüentemente, do próprio Direito”¹⁸. Donde advertir Neumann que se caminha para uma verdadeira “perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”¹⁹. Há, com efeito, uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado, donde dever ser maior a preocupação com a constitucionalidade e legalidade de suas decisões, não se podendo mais deixá-las à margem de um controle efetivo.

Sob este aspecto é que os estudiosos do direito vêm se preocupando com a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a *res iudicata*, buscando resposta para o problema de se saber se as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição.

Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto a sua preocupação com a **segurança e certeza**, ao mesmo

16. Op. cit., p. 32.

17. A concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: *Nos dez anos da Constituição*. Lisboa, 1987. p. 352.

18. Op. cit., p. 34.

19. *Uferlose Verwaltungsrechtsbarkeit*, apud SAZ, Silvia Del. Desarrollo y crisis del derecho administrativo. In: *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Madrid, 1992. p. 170.

tempo que persegue a **justiça**. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança.

Todavia, estamos de acordo com Paulo Otero, para quem “admitir, resignados, a insindicalidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz”, o que não se adequa às noções do Estado de Direito. Admitir-se como válida a noção de Constituição ali esposada significa, ainda segundo magistralmente assinalado por Paulo Otero, “proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, **porém, o poder judicial é mais igual do que os outros**”²⁰.

Neste cenário, torna-se imprescindível repensar-se o controle dos atos do Poder Público em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os ideais de **segurança** e os anseios de **justiça**, lembrando sempre, nesta trilha, que “num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um DIREITO JUSTO”²¹.

3. O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO NEGATIVO DO ATO INCONSTITUCIONAL

Segundo lição de Jorge Miranda, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre um coisa — a Constituição — e outra coisa — uma norma ou um ato — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível”²².

A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma Nação. Exatamente por isso se diz ser a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição condição para sua validade e eficácia. Ou nos dizeres de Jorge Miranda,

20. Op. cit., p. 35-36.

21. OTERO, Paulo. *Ensaio...*, op. cit., p. 10.

22. MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. reimpr.. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 11.

“A concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o acto é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz”²³.

Diante da importância de que se reveste a Constituição no quadro de organização de um Estado e de sistematização de direitos e garantias fundamentais, tornou-se corrente sustentar-se que a validade de uma norma ou ato emanado de um dos Poderes Públicos está condicionada à sua adequação constitucional.

Explica a Suprema Corte brasileira o que se deva ter por inconstitucionalidade e conseqüentemente o que seja o **princípio da constitucionalidade**:

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de *menor grau* de positividade jurídica guardem, *necessariamente*, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade”²⁴.

Paralelamente à visão da Constituição como Lei Fundamental e da qual todos os atos extraem o fundamento de sua validade, surge outra idéia: a de que a Constituição deve ser juridicamente garantida. Assim, é hoje pacífico o entendimento segundo o qual “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida”²⁵.

A garantia jurídica de que é merecedora a Constituição decorre de um princípio que é caro ao Estado de Direito: o da **constitucionalidade**. Aludido princípio é conseqüência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

“Sob pena de inconstitucionalidade — e logo, de invalidade — cada acto há de ser praticado apenas por quem possui *competência* constitucional para isso, há de observar a *forma* e seguir o *processo* constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu *conteúdo*, nenhum princípio ou preceito constitucional”²⁶.

Com efeito, há um princípio geral que não pode ser ignorado de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição²⁷.

23. Idem, *ibidem*.

24. STF, Pleno, ADin 652/MA, Rel. Min. Celso de Mello, ac. unânime de 02.04.1992, RTJ 146/461, op. cit.

25. MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, p. 77.

26. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999. p. 168.

27. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra, 1993. p. 922.

O princípio da constitucionalidade, que exige para a validade do ato sua conformidade com a Constituição, funciona, nas precisas lições de Jorge Miranda, “como a *ratio legis* da garantia jurisdicional da Constituição”²⁸. É, pois, o princípio da constitucionalidade que resume a garantia de observância da Constituição, pois a ele se encontra agregada a sanção para o seu desrespeito: a inconstitucionalidade do ato, o que importa em sua invalidade.

À vista da busca sempre constante da constitucionalidade, pode-se dizer que o ato que não a contempla tem um valor negativo. Fala-se, assim, do desvalor do ato inconstitucional. Com isso se quer expressar, nos dizeres de Jorge Bacelar Gouveia, “as conseqüências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca de um acto do poder político. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento estipula efeitos que o depreciam e afirma a Supremacia daquela”²⁹.

O princípio da constitucionalidade e o efeito negativo que advém do ato inconstitucional não se dirigem apenas, como podem pensar os mais desavisados, aos atos do Poder Legislativo. Aplicam-se a toda a categoria de atos emanados do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário):

“... podemos registrar que toda actividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade”³⁰.

Em sentido amplo, a inconstitucionalidade, segundo a doutrina brasileira, “designa o juízo de identificação da incompetência entre a Constituição e o comportamento ativo ou passivo do legislador ou de quem lhes faça as vezes, ou ainda, em alguns casos, do administrador e mesmo do magistrado. Em outras palavras, caberia falar em inconstitucionalidade quanto às atividades derivadas de todos os órgãos públicos assim reconhecida pelo próprio sistema”³¹. Portanto, qualquer que seja o poder responsável pela ofensa constitucional, terá o seu ato de sujeitar-se às conseqüências do controle imposto pela supremacia da Constituição, que se traduz, na ótica do Supremo Tribunal Federal, da seguinte maneira:

28. MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, op. cit., p. 77.

29. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O valor positivo do acto inconstitucional*. reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2000. p. 28.

30. OTERO, Paulo. *Ensaio...*, op. cit., p. 31.

31. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 175. No magistério de Meirelles Teixeira, a inconstitucionalidade conceitua-se, nesses termos amplos, como “a desconformidade da lei ou do ato governamental com algum preceito da Constituição” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 378). É a posição adotada também por Celso Ribeiro Bastos, que bem observa: “A inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 388). Regina Maria Macedo Nery Ferrari adota o mesmo entendimento, já que para a autora: “Os órgãos das três funções estatais — legislativa, executiva e judiciária — podem apresentar comportamentos inconstitucionais, isto é, pode haver inconstitucionalidade por ação e por omissão de atos legislativos, executivos e judiciários” (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 150). Clèmerson Merlin Clève lembra que se fala de “inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa” (*A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 322).

“A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remove do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política”³².

Em específico, quanto aos atos do Poder Judiciário, que interessam ao presente estudo, pode-se dizer que não há a sua impermeabilidade aos efeitos da inconstitucionalidade, estando, pois, também submetidos ao princípio da constitucionalidade:

“... sublinhe-se que também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus actos da conformidade com a Lei Fundamental”³³.

Nada obstante, sempre que se fala em decisão judicial, à mingua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a **coisa julgada**, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. Após verificada esta última, a imutabilidade que lhe é característica impediria o seu ataque ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade. Corresponde aludida idéia ao modelo de Supremacia da Constituição buscado no moderno Estado de Direito?

Pensamos que não. A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

A única explicação para que não se tenha, até o momento, no direito brasileiro enfrentado o tema, resulta, ao que pensamos, de uma visão distorcida da idéia de **imutabilidade** inerente ao conceito de coisa julgada. Senão veja-se.

4. O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E SUA RELATIVIDADE

“O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. **Ela é, por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são iminentes a qualquer ordem jurídica**”³⁴.

32. STF, Pleno, ADin 652/MA cit., *RTJ* 146/461, op. cit..

33. Idem, ibidem.

34. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa, 1997. p. 568.

Quantas e quantas vezes não se repetiram as noções supra que bem sintetizam o fundamento de se conceber a coisa julgada como decisão judicial imutável: a necessidade de segurança e certeza do Direito.

Tal se deve ao fato de que a incerteza jurídica provocada pelo litígio é um mal não apenas para as partes em conflito, mas para toda a sociedade, que se sente afetada pelo risco de não prevalecerem no convívio social as regras estatuídas pela ordem jurídica como garantia de preservação do relacionamento civilizado.

Daí a importância da função jurisdicional que é desempenhada pelo Estado como parcela de sua própria soberania. Assim é que para realizar, a contento, a pacificação dos litígios entendeu-se necessário dar ao provimento jurisdicional uma condição de estabilidade, de definitividade. Do contrário, mal encerrado o processo, as partes restabeleceriam as divergências e, indefinidamente, a jurisdição voltaria sucessivas vezes a se ocupar da mesma divergência entre os mesmos litigantes. Em síntese, o litígio nunca seria realmente composto.

Para que tal não ocorresse, o sistema processual, desde épocas imemoriais, concebeu o instituto da coisa julgada, pelo qual, uma vez esgotada a possibilidade de impugnação dentro da relação processual, a sentença assume uma força, ou autoridade, especial: torna-se **imutável e indiscutível**, tanto para as partes como para o Estado. Nenhum dos litigantes poderá propor novamente a mesma causa, nem tampouco tribunal algum poderá julgar outra vez a causa encerrada e sob autoridade da *res iudicata*.

Assim é que, “em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas”³⁵.

Sob este aspecto é que se compreende o fato de não se encontrarem as decisões judiciais sob o manto da *res iudicata* sujeitas a um princípio de livre modificabilidade ou revogabilidade. A pretexto de garantir a segurança e certeza jurídicas, os ordenamentos em geral não admitem a livre revogação ou alteração do que restou decidido com força de **coisa julgada**. Donde a tendência generalizada de se conferir especial estabilidade às decisões, contrariamente ao que se passa com os atos legislativos e administrativos. Ou seja:

“... as decisões judiciais têm um especial regime legal tendente a proporcionar a sua estabilidade”³⁶.

Todavia, a idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada

35. OTERO, Paulo. *Ensaio...*, op. cit., p. 37. Consultar ainda sobre o tema: ANDRADE, Manuel. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Ed., 1976. p. 305-306.

36. Idem, p. 40.

apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias.

Há que se sublinhar, com efeito, que a inalterabilidade da decisão judicial transitada em julgado não exclui, ainda que em termos excepcionais, a sua modificabilidade³⁷. É o caso no direito brasileiro, por exemplo, da ação rescisória que tem por objetivo, exatamente, o de desconstituir a coisa julgada (CPC, arts. 485 e segs.). Enfim:

“... o caso julgado consubstancia a ideia de uma decisão judicial firme. Todavia, cumpre referir que o carácter firme da decisão deve ser entendido enquanto imodificabilidade através de recurso ordinário”³⁸.

A coisa julgada, neste contexto, não está imune à impugnação, podendo vir a ser desconstituída, no direito brasileiro, através da ação rescisória, uma vez configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 485 do CPC. São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica.

A ideia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria **injustiça**, como se passa na hipótese de ofensa cometida contra a Constituição. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o Direito Justo³⁹. Vale transcrever a lição de Jorge Miranda, a respeito do direito português:

“O princípio da intangibilidade do caso julgado não é um princípio absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global”⁴⁰.

5. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA É UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal de 1988, ao contrário da Portuguesa⁴¹, não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si. Muito menos quanto aos aspectos envolvendo a sua inconstitucionalidade. Apenas alude à

37. REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. v. 5. reimpressão. Coimbra, 1981. p. 157.

38. OTERO, Paulo. Op. cit., p. 41.

39. OTERO, Paulo. Op. cit., loc. cit.

40. *Manual de direito constitucional*. v. 2. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 494-495.

41. A coisa julgada, na vigente Constituição Portuguesa, mereceu tratamento expresso a propósito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em seu art. 282, n° 3, ressalva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a coisa julgada. Assim, no direito português, o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma em que se fundou a coisa julgada não serve de fundamento autónomo para sua destruição.

coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI, quando elenca entre as garantias fundamentais a de que estaria ela imune aos efeitos da lei nova. Ou seja, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**”.

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Neste sentido, pode-se citar a lição sempre sábia e irresponsável do Eminentíssimo Ministro José Augusto Delgado:

“O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada”⁴².

Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se 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 legisferante ‘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”⁴³. Nem mesmo cuida a proteção constitucional de uma prerrogativa típica e exclusiva da coisa julgada, pois a irretroatividade legal prevista no inc. XXXV do art. 5º resguarda com igual intensidade, além da *res iudicata*, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Nem por isso ninguém tem imaginado se possa recobrir de uma absoluta intangibilidade, por exemplo, o contrato (ato jurídico perfeito), e seus efeitos creditícios (direito adquirido).

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

6. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES QUE NÃO SE CONTRAPÕEM

Já se afirmou nos itens precedentes que o princípio da constitucionalidade é informativo da validade de todos os atos emanados do Poder Público, em qualquer de suas esferas. De modo que aqueles atos desconformes à Constituição são dotados de um valor negativo derivado de sua inconstitucionalidade: a nulidade.

42. DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/RN, 22.09.2000.

43. LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, p. 84.

Por sua vez, 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, segundo assinalado no item anterior, que é ele, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a 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 constitucional⁴⁴, 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 conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando **coisa julgada inconstitucional**.

Aludida sujeição do princípio da imutabilidade da coisa julgada ao princípio da constitucionalidade é verdadeiro não só no direito brasileiro, mas também naqueles em que ambos têm a sua sede constitucional, como é a hipótese de Portugal. Os doutrinadores daquele País têm se mostrado acordes em que

“a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indirecto para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica como caso julgado. 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”⁴⁵.

Com efeito, é sabido que a coisa julgada, mesmo que contemple uma ofensa à lei ordinária, nos mais variados ordenamentos jurídicos, está sujeita a ter validados definitivamente os seus efeitos quando ultrapassado o prazo para sua excepcional impugnação. O fundamento para tal solução pode ser facilmente encontrado e explicado pela segurança e certeza jurídicas. Tutela-se e empresta-se eficácia à coisa julga-

44. A Constituição, como já se demonstrou no item anterior, protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova. Quem a conceituou e quem lhe conferiu, entre nós, a imutabilidade e indiscutibilidade foi a lei ordinária. Nem se argumente com a teoria dos conceitos denotativos e conotativos para dizer que do ato de contemplar a Constituição Federal a figura da coisa julgada estaria nisso implícito o seu caráter natural de imutabilidade. Ora, o argumento prova demais já que se tivesse a Constituição o intuito de agasalhar o princípio da imutabilidade em toda a sua extensão, teria ela mesma que regular as hipóteses excepcionais de rescisão e, aí, o Código de Processo Civil, ao cuidar de eliminar os casos de Ação Rescisória, estaria invadindo a área de competência do legislador constituinte, pois estaria diminuindo, na prática, uma garantia da Lei Maior. No entanto, o que se vê é que a Constituição apenas se refere à competência de Tribunais para processar a rescisória. Assim, o que se pode deduzir é que nem para a Constituição Federal nem para a lei processual comum a imutabilidade da coisa julgada é absoluta. Simples lei infra-constitucional tem, pois, em nosso sistema jurídico o poder de definir quando a coisa julgada é imutável e quando é rescindível (vale dizer, não imutável). Dentro desta visão, o que sobressai é simplesmente a força da *res iudicata* para impedir que a sentença seja alterada por simples recurso.

45. OTERO, Paulo. Op. cit., p. 60-61.

da ilegal, diante da necessidade de pacificação dos conflitos e segurança dos jurisdicionados, exatamente porque respeitam a Constituição:

“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”⁴⁶.

Nada obstante a segurança e certeza serem suficientes a justificar a validade da coisa julgada ilegal, o mesmo já não se pode dizer a respeito da coisa julgada contrária à Constituição. É que os valores da segurança e certeza “carecem de força positiva autônoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais”. Ou ainda nas palavras de Paulo Otero:

“A segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente o admite. (...) Fora de tais situações, repete-se, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais”⁴⁷.

7. A DOCTRINA BRASILEIRA RECENTE

Na doutrina brasileira merece destacar a opinião de Cândido Rangel Dinamarco, para quem, à luz de precedentes da jurisprudência, e de preciosas técnicas de hermenêutica constitucional, “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”. Por isso, não se pode reconhecer “caráter absoluto à coisa julgada”, nem se pode deixar de subordinar sua autoridade aos condicionamentos dos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”⁴⁸.

Uma coisa é certa, dentro dessa ótica, para o processualista de São Paulo: “a **relatividade da coisa julgada** como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e necessidade de harmonizá-los”⁴⁹.

Da contraposição do julgado a algum preceito constitucional, decorre, segundo Dinamarco, uma impossibilidade de efeitos substanciais. A coisa julgada, nesse caso, seria apenas formal. Materialmente, não se poderia reconhecer efeito algum, porque o pedido acolhido pela sentença seria juridicamente impossível em face da ordem constitucional. Conclui:

“Da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los”⁵⁰.

46. Idem, *ibidem*.

47. Idem, p. 61.

48. DINAMARCO. Relativizar a coisa julgada. I. In: *Meio Jurídico*, ano IV, n. 43, mar. 2001.

49. Op. cit., II, *Meio Jurídico*, n. 44, p. 20, abr. 2001.

50. Op. cit., n. 44, p. 23.

Enfim, no pensamento de Dinamarco, a coisa julgada não é embaraço ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma sentença, pela simples razão que o vício do decisório impede juridicamente a formação da coisa julgada material. Ou seja: a “irrecorribilidade (coisa julgada formal) de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”. Logo, é de ter-se como **inconstitucional**, e por isso inaceitável, a leitura clássica consagradora da crença de ser absoluta a intangibilidade da coisa julgada ainda que ofensiva à Constituição⁵¹.

Por outros caminhos de raciocínio, Cândido Dinamarco, chega ao mesmo resultado da doutrina lusitana já exposta, qual seja, o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada formada contra a Constituição, que, por isso, estaria sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive a *querela nullitatis*, isto é, a “ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença”⁵².

8. A COISA JULGADA QUE OFENDE DIRETAMENTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS MECANISMOS DE CONTROLE

O exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo específico cuja previsão seja expressa para controle direto da coisa julgada inconstitucional, ao contrário do que se observa na Alemanha, por exemplo.

A Constituição Federal brasileira, ao estruturar os órgãos do Poder Judiciário, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a ação direta de inconstitucionalidade de **lei ou ato normativo** federal ou estadual” (art. 102, I, ‘a’). Isto é, revelando a tendência clássica de preocupação apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa, franqueia a ação direta de inconstitucionalidade apenas para tais atos, deixando de contemplar os atos decisórios do Poder Judiciário sob o manto da *res iudicata*.

À míngua de previsão expressa de um instrumento de controle direto, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer meio de impugnação. Destarte, tão logo configurada a coisa julgada, com o esgotamento da via recursal, não mais haveria a possibilidade de ser alterada acaso contivesse uma violação direta à Constituição Federal.

Ora, aludido entendimento mostra-se insustentável, mormente quando se verifica que até mesmo a coisa julgada que contém vício menor (ilegalidade) sujeita-se à

51. Op. cit., n. 44, p. 23.

52. Op. cit., n. 44, p. 26.

impugnação através da ação rescisória contemplada nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil.

Surge, então, a indagação: o instrumento processual para a impugnação seria a ação rescisória, sujeitando-se, assim, a coisa julgada inconstitucional ao mesmo regime jurídico da coisa julgada ilegal, inclusive quanto aos prazos?

O Superior Tribunal de Justiça vem, freqüentemente e sem enfrentar diretamente o tema, admitindo a ação rescisória para desconstituir coisa julgada inconstitucional. Trata-se de hipótese envolvendo, em regra, o direito tributário em que a decisão judicial transitada em julgado se fundou em norma posteriormente declarada inconstitucional:

“PROCESSUAL CIVIL — AÇÃO RESCISÓRIA — INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL — CABIMENTO — SÚMULA 343/STF — INAPLICABILIDADE — VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V) — FNT-SOBRETARIFA — LEI 6.093/74 — INCONSTITUCIONALIDADE (RE 117315/RS) — DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA — SÚMULA 83/STJ — PRECEDENTES.

— O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que “a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional” (Resp 128.239/RS).

— 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 343/STF (Resp. 155.654/RS, D.J. de 23.08.99)” (RESP 36017/PE, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11/12/2000, p. 185)⁵³.

As hipóteses mais recentes de que se têm notícias cuidaram da inconstitucionalidade da coisa julgada em uma das situações, não trabalhando diretamente com a decisão judicial que violasse diretamente norma ou preceito contido na Constituição Federal.

A admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional expressada nos julgados supra, porém, não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o

53. “Processual civil. Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de preceito legal no qual se louvara o acórdão rescindendo. Cabível a desconstituição, pela via rescisória, 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 Carta Magna. Ação procedente” (STJ, AR 870/PE, 3ª Seção, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13/03/2000, p. 123).

prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição:

“... equiparar os actos jurisdicionais ilegais, conformes com a Constituição aos actos meramente ilegais, ..., traduz uma forma indirecta de desconstitucionalizar actos violadores da Constituição”⁵⁴.

Há que serem extraídas todas as conseqüências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo.

Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação:

“Rescisória. Sentença nula. Defeito da Citação. Dispensa Rescisória. Não há prazo decadencial. Para a hipótese do art. 741, I, do atual CPC, que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no Direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer a nulidade independente-mente do prazo para a propositura da ação rescisória que, a rigor, não é cabível para essa hipótese” (STF, RE 97.589, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJU 03/06/1982, p. 7.883).

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a **nulidade**. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é **nula** e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução” (STJ, Resp 7.556/RO, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439).

Nada obstante e porque as nulidades podem ser decretáveis até mesmo de ofício, como é a hipótese da inconstitucionalidade⁵⁵, a eleição da via da rescisória, ainda que inadequada, para a arguição da coisa julgada inconstitucional não importa na

54. OTERO, Paulo. Op. cit., p. 80.

55. Impende ressaltar que o exame da constitucionalidade e legalidade da Lei Municipal é perfeitamente possível, na espécie, visto que decretável de ofício, a teor do preconizado, entre outros, por Nagib Slaibi Filho: “A inconstitucionalidade é espécie de nulidade. Como nulidade, a inconstitucionalidade é a incompatibilidade do ato com a Lei Maior. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição” (*Anotações à Constituição de 1988 — Aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87). Assim também pensa Pontes De Miranda: “O juiz deve decretar a inconstitucionalidade, ainda que não alegada ... O juiz não tem o arbítrio de deixar de lado a questão constitucional, ou as questões constitucionais que as partes ou os membros do Ministério Público levantaram. É missão sua. É dever seu. **Ele mesmo as pode suscitar e resolver. Rigorosamente, é obrigado a isso**” (*Comentários ao código de processo civil*. v. 6. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 40-42).

impossibilidade de conhecer-se do vício. O que se deve ter em mente é o fato de que a admissibilidade da rescisória, nesta hipótese, é medida extraordinária diante da gravidade do vício contido na sentença.

Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade. O certo é que “verificando-se a inconstitucionalidade directa de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição”⁵⁶. Ainda segundo Paulo Otero:

“Admitir solução contrária, significaria reconhecer a autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial”⁵⁷.

Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

9. O NOVO PARÁGRAFO ÚNICO ACRESCENTADO AO ART. 741 DO CPC

Após a publicação das idéias esposadas no item supra e diversos debates em Seminários, foi editada a Medida Provisória nº 2.180/2001 que tornou regra expressa as sugestões indicadas no item anterior.

Com efeito, a Medida Provisória alterou o Código de Processo Civil, acrescentando o parágrafo único ao art. 741, em que explicitou a coisa julgada inconstitucional como hipótese de inexigibilidade do título judicial:

“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 Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”⁵⁸.

Com a disposição supra o direito brasileiro tornou norma expressa o que já vínhamos sustentando em sede doutrinária, aproximando-se das legislações mais modernas no trato do controle de constitucionalidade.

Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e

56. OTERO, Op. cit., p. 128-129.

57. Idem, p. 129.

58. Idêntica regra foi introduzida também na CLT, art. 884, §5º.

pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução.

Comentando o novo parágrafo único do art. 741 do CPC, entende Araken de Assis que a sentença transitada em julgado (título executivo judicial) não teria sua inconstitucionalidade livremente pesquisada pelo juiz dos embargos. Para que estes fossem acolhidos e assim acarretassem sua inexecutibilidade, impor-se-ia a existência de “pronunciamento definitivo, através de juízo difuso ou concentrado, do Supremo Tribunal Federal”⁵⁹.

A exegese, porém, é excessivamente restritiva e não se compatibiliza com a idéia de inconstitucionalidade. Da desconformidade do ato público, qualquer que seja ele, com a ordem constitucional decorre uma invalidade. O ato apresenta-se absolutamente nulo, de sorte que, a qualquer tempo e em qualquer juízo, essa nulidade poderá ser perquirida e declarada. A coisa julgada não tem, nessa ordem de idéias, força para afastar a nulidade decorrente da contradição estabelecida entre o comando sentencial e mandamento diverso constante da Constituição. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo.

No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.

O que se deduz do texto do parágrafo único do art. 741 do CPC é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A inexigibilidade do crédito exequendo será automática decorrência do pronunciamento de inconstitucionalidade do STF.

Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz dos embargos com o poder natural de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta evidentemente tiver sido dada em contradição com a ordem constitucional. Aliás, o próprio texto do parágrafo único do art. 741 do CPC aponta para duas situações legitimadoras do reconhecimento da inconstitucionalidade, na espécie, ou seja: a) sentença fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Fede-

59. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. n. 419.12, p. 1.106. Também para Eduardo Talamini, “é indispensável que a consideração de incompatibilidade funda-se em pronunciamento do STF” (Embargos à execução de título judicial eivado de constitucionalidade — CPC, art. 741, parágrafo único. *Revista de processo*, v. 106, p. 57).

ral; ou b) sentença que tenha aplicado ou interpretado lei ou ato normativo, de forma incompatível com a Constituição Federal.

Na segunda parte do dispositivo em exame, destarte, a inexecutabilidade não se reporta a prévio pronunciamento do STF, mas decorre de constatação feita diretamente pelo juiz dos embargos sobre o teor do título executivo judicial.

Com ou sem declaração do STF, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, estará o juiz da causa credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e a acolher os embargos do devedor para proclamar-lhe a inexigibilidade, de que cogita o atual parágrafo único do art. 741 do CPC.

Imagine-se o caso da lei flagrantemente inconstitucional que vem a ser revogada antes de o STF julgar a ação de inconstitucionalidade. Jamais se obterá o pronunciamento da Suprema Corte a seu respeito, porque segundo jurisprudência assentada a revogação da lei prejudica a apreciação da arguição de afronta à Constituição. No entanto, em caso concreto, a lei inconstitucional foi aplicada e a sentença nela fundada se acha sob a força da coisa julgada. Seria absurdo recusar-se à parte o direito de excepcionar a nulidade do decisório, nos moldes do parágrafo único do art. 741, somente porque o STF não chegou a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade gritante na espécie. A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida sob pena de colocar-se acima da Constituição um simples ato judicial.

Não seria menos absurda a situação do ato administrativo que confiscasse bens de contribuinte, afrontando a vedação constitucional e que acabasse acobertado por sentença transitada em julgado, por falta de defesa adequada em juízo. O tema jamais teria precedente do STF para ser argüido nos embargos de que trata o parágrafo único do art. 741 do CPC. É evidente, contudo, a invalidade do decisório a inviabilizar sua execução forçada e a justificar a exceção de inexigibilidade.

Não é, ressalte-se, o pronunciamento do STF que constitui a nulidade da norma ou ato inconstitucional. A invalidade decorre *ipso iure* do próprio ato perpetrado ao arrepio de mandamento da Lei Maior.

É justamente essa invalidade congênita que inspira a regra legal inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC. Aliás, com ou sem regra legal explícita, a inexecutabilidade da sentença inconstitucional continuaria a prevalecer.

10. A DIFERENTE SITUAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL E DA RECUSA DE APLICAÇÃO DA LEI CONSTITUCIONAL

A jurisprudência, de maneira geral, afasta o cabimento da ação rescisória quando, ao tempo da sentença rescindenda, a lei aplicada, era de interpretação contro-

vertida nos tribunais, mesmo que, mais tarde, o entendimento pretoriano tenha se pacificado em sentido diverso do adotado pelo decisório impugnado⁶⁰.

No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça, essa orientação vale apenas para a violação da lei ordinária (CPC, art. 485, V), “não, porém, de texto constitucional”⁶¹. Em se tratando de matéria disciplinada pela Carta Magna, outrossim, pouco importa que a decisão rescindenda tenha afirmado a inconstitucionalidade ou constitucionalidade, em clima de interpretações controvertidas nos tribunais. A Súmula nº 343 do STF deverá ser sempre afastada e a ação rescisória caberá, sem restrições, se a controvérsia acabou em face de prevalência de tese contrária à da sentença impugnada⁶².

O Superior Tribunal de Justiça, como se vê, tem tratado com igual critério a sentença que deixa de aplicar lei ordinária a pretexto de inconstitucionalidade e a que acolhe lei ordinária rejeitando argüição de inconstitucionalidade. Em ambos os casos, o posicionamento do referido Tribunal é favorável ao cabimento da rescisória, sempre que, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vier a se fixar em sentido diverso da tese que prevalecia ao tempo dos decisórios rescindendos. Funda-se, o STJ, no pressuposto de que a questão constitucional conduz à nulidade dos preceitos que não se afinem aos ditames superiores da Carta Magna, e que, assim, não se deve deixar de rescindir a sentença a eles desconforme.

As duas situações cotejadas, porém, não são iguais. Quando um julgado aplica lei inconstitucional, a ofensa é cometida diretamente contra a Constituição. A lei aplicada, sendo absolutamente nula, contamina de igual ineficácia também a sentença que lhe pretende reconhecer validade. No caso, porém, de não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode, *data venia*, dizer que, na não-aplicação da norma infra-constitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, *ipso facto*, nula.

A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, como questão consti-

60. STF, Súmula 343; TFR, Súmula 134; STJ, 2ª Seção, AR 159/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 08.11.89, DJU 04.12.89, p. 17.872; STJ, 1ª Seção, AR 180/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, ac. 05.08.89, DJU 02.10.89, p. 15.335; STJ, 1ª T., REsp. 4.611/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 22.06.92, DJU 31.08.92, p. 13.630.

61. STJ, 1ª T., REsp. 130.886/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 18.08.98, DJU 13.10.98, p. 17.

62. STJ, 1ª T., REsp. 99.425/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 06.03.97, RSTJ 96/150; STJ, 1ª T., REsp. 109.474/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ac. 09.09.97, RSTJ 103/65; STJ, 2ª T., REsp. 93.965/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. 15.09.97, RSTJ 103/115.

tucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais⁶³.

11. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O RESPEITO AOS ATOS PRATICADOS SOB SEU IMPÉRIO: A EFICÁCIA *EX NUNC* DO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Questão relevante e que sempre mereceu a consideração dos juristas diz respeito ao efeito da declaração de inconstitucionalidade sobre os atos praticados enquanto ainda não reconhecido o vício. Vale dizer: o vício da inconstitucionalidade da coisa julgada — objeto de exame no presente estudo — conduziria à invalidade de todos os atos que dela extraíram o seu fundamento (*eficácia ex tunc*) ou ao contrário os efeitos apenas se produziriam para o futuro (*eficácia ex nunc*)?

Alfredo Buzaid, por exemplo, assevera que, quando o julgamento do Supremo Tribunal Federal é proferido em uma ação direta de inconstitucionalidade, a sua eficácia é retroativa, razão pela qual são atingidos todos os atos indistintamente. Reconhece o jurista eficácia sempre *ex tunc* ao vício, pois do contrário se chegaria à conclusão “verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de abrogar o dispositivo constitucional violado, ou em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade...”⁶⁴.

Da mesma forma Accioly Filho sustenta que “aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorrerem ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido”⁶⁵.

Diante da eficácia *ex tunc* atribuída comumente ao reconhecimento do vício da inconstitucionalidade — efeito geralmente associado à nulidade da qual a inconstitucionalidade é uma espécie — surge uma preocupação quanto à sua aplicabilidade irrestrita às hipóteses em que se reconhecer a ocorrência da coisa julgada inconstitucional. A sentença respectiva, seja em rescisória, em embargos do devedor ou em simples ação anulatória, teria eficácia retroativa?

63. Sobre a diversidade de natureza e efeitos, para fins de rescisória, das sentenças relativas a normas questionadas no plano da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, deve-se consultar: THEODORO JR., Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*, v. 79, p. 159-171 e GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em matéria constitucional. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

64. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 137-138.

65. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, p. 267, out./dez. 1975.

Alguns menos desavisados e apegados a soluções matemáticas existentes no passado certamente deixarão de vislumbrar, neste tópico, qualquer problemática, limitando-se a simplesmente aplicar a fórmula definida da eficácia retroativa do reconhecimento do vício da inconstitucionalidade. Assim, por exemplo, indagados acerca do momento em que estaria a Fazenda Pública autorizada a exigir determinada exação após desconstituída, na ação intentada, decisão que a considerava inconstitucional, responderiam os matemáticos do direito: em face do efeito retroativo da sentença, desde o momento em que criada legislativamente a exação.

Aludida postura, todavia, seria transformar o Direito em uma ciência matemática o que, verdadeiramente, não corresponde à sua natureza. O estudioso do direito jamais pode se contentar em, irrefletidamente, adotar conclusões assentadas em regras gerais, como se fossem fórmulas matemáticas exatas e adequadas a toda e qualquer situação.

Ao contrário, diante de situações novas envolvendo institutos antigos, impõe-se a inquietação do espírito do estudioso e a reflexão acerca da solução que melhor atenda às garantias e aos valores básicos assegurados pelo ordenamento jurídico. A ciência do Direito, longe de adotar fórmulas matemáticas estáveis, está em constante evolução, tornando necessário o repensar e refletir as suas instituições para amoldá-las aos novos contornos. Exatamente por isso é que afirma Ovídio A. Baptista que

“O pêndulo da história nos conduz, inexoravelmente, no sentido de aproximar a ciência do Direito da história e não da geometria ou da física; e pois as soluções de nossos problemas hão de ser buscadas nessa *pazientissima indagine caso per caso*”⁶⁶.

É essa acurada paciência na reflexão, caso a caso, da aplicação de regras e princípios assentados em doutrina e jurisprudência, que se impõe na hipótese *sub examine*.

Sem dúvida alguma que a admissibilidade da desconstituição da coisa julgada que contém conclusão contrária à constituição, está a impor o repensar da tese da irrestrita eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Isto porque, a adoção pura e simples da **retroatividade** dos efeitos da decisão proferida no juízo declaratório, poderá implicar a negação de uma série de garantias e princípios consagrados no direito.

O estudioso do direito freqüentemente se depara com situações em que se encontram em conflito valores igualmente legítimos, de modo que, a solução da questão importará sempre prestigiar algum deles em detrimento dos demais. Exatamente o que se passou quando do início dos debates acerca do cabimento da ação rescisória sob o fundamento da superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal fixando sua orientação final quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada exigência tributária.

66. BAPTISTA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris. p. 97.

Na hipótese, estavam em conflito o princípio da intangibilidade e proteção à coisa julgada, de um lado; de outro, o princípio da Supremacia da Constituição e da igualdade tributária. A opção centrou-se no segundo, tendo ficado assentado que

“O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária”⁶⁷.

Por sua vez, a admissibilidade de questionamento da validade e, por conseguinte exigibilidade, da coisa julgada contrária à Constituição, traz consigo novo conflito. É que a se prestigiar, pura e simplesmente, a eficácia *ex tunc* das sentenças que reconhecem o vício da coisa julgada inconstitucional, haverá sérias e graves consequências no âmbito da segurança jurídica e da garantia de não-confisco, em se tratando de matéria fiscal, consagradas constitucionalmente. Qual deverá prevalecer? Esta a indagação para cuja resposta necessária se faz séria reflexão, assim como a redefinição de alguns preceitos.

Entendemos que, em hipótese alguma, poderá, quando se trata de exigência tributária, se emprestar efeito retroativo à deliberação tomada em qualquer dos instrumentos processuais em que questionada a existência de coisa julgada inconstitucional.

Primeiramente porque a eficácia *ex tunc* das decisões judiciais versando sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, não é absoluta sequer nas ações em que se exerce o controle concentrado respectivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade). Isto é, nem sempre quando o Supremo Tribunal Federal considera constitucional ou inconstitucional determinado ato, a sua deliberação atingirá as relações já consumadas no passado. Existem hipóteses em que razões de **segurança jurídica** impõem que a decisão apenas irradie seus efeitos de forma prospectiva, atingindo as relações a ela supervenientes (eficácia *ex nunc*).

Trata-se de solução adotada, no direito brasileiro, por exemplo, pelo art. 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, lembrado por Teori Albino, segundo o qual “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros e desde que haja ‘razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**’, poderá ‘restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado’⁶⁸.

Aludida limitação se justifica à medida que, no direito brasileiro, a **segurança jurídica** é um princípio da própria República Federativa, consoante consagrado no

67. STJ, Resp 218.354/RS, rel. Min. José Delgado, RSTJ 129/146. No mesmo sentido: Resp 233.662/GO, rel. Min. José Delgado, DJU 08/03/2000, p. 00086.

68. *Revista de Processo*, 98/282.

preâmbulo da Constituição Federal. A eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade não é fenômeno apenas do direito brasileiro. Idêntico preceito pode ser encontrado na Constituição portuguesa que adotou o princípio da nulidade da norma inconstitucional, ressalvando, porém, que a decisão poderá ter efeitos *ad futurum* quando o exigirem a **segurança**, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (art. 282, n° 4).

A necessidade de respeito à **segurança jurídica** traz consigo a conseqüência de que a eficácia da deliberação deverá ser examinada caso a caso, não admitindo, portanto, soluções preconcebidas. É o que lembra Eduardo Garcia de Enterría, para quem “a Suprema Corte americana, bem como os tribunais europeus, têm renunciado buscar uma explicação em uma construção abstrata, remetendo-se a uma estimativa ponderada, segundo as circunstâncias do caso e as conseqüências indesejáveis da retroatividade”⁶⁹. Noticia o autor, a título de exemplo, o entendimento da Suprema Corte americana no sentido de não ordenar a devolução dos impostos inconstitucionais já pagos, por diversas razões, tais como: a) o fato de o contribuinte ter auferido os benefícios dos gastos públicos financiados; b) desorganização das finanças públicas; c) definitividade das transações. Enfim, a quebra da indispensável segurança das relações jurídicas⁷⁰.

A atribuição de eficácia apenas *ad futurum* às decisões que versam sobre a inconstitucionalidade de determinado ato, inclusive a *res iudicata*, é uma técnica que se destina a “atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja da retroatividade”, permitindo “graduar progressivamente a efetividade da Constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão”⁷¹. E aludida técnica há de ser aplicada “principalmente naquelas hipóteses em que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos e sua nulidade pode ocasionar graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas”⁷².

Esta técnica que vem sendo adotada no âmbito da eficácia das ações de controle concentrado de constitucionalidade e inconstitucionalidade da leis, haverá de ser igualmente aplicada para solucionar a questão no âmbito das ações em que reconhecida a existência da coisa julgada inconstitucional.

O manejo dos instrumentos processuais não pode desestabilizar a segurança das relações jurídicas definitivamente estruturadas, cujos efeitos se consumaram antes do reconhecimento da inconstitucionalidade.

69. Justiça constitucional: la doctrina prospectiva en la declaracion de ineficacia de las leyes inconstitucionais. *Revista de Processo*, 92/5-16.

70. Idem, *ibidem*.

71. SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. *Revista de Processo*, 94/118, citando Mauro Capeletti e Enterría.

72. Idem, *ibidem*.

Enfim: para que não sejam aviltadas a segurança jurídica e o princípio do não-confisco — este último no campo tributário —, imperioso é que se adote a técnica que vem sendo aplicada no âmbito das ações de controle de constitucionalidade, qual seja, a atribuição de eficácia *ex nunc* à deliberação que reconhece a existência de coisa julgada inconstitucional. A decisão invalidante apenas irradiará seus efeitos, neste contexto, para atingir os atos supervenientes, jamais os pretéritos.

Trata-se em verdade de solução comum no direito administrativo no que tange ao regime das nulidades. No âmbito do direito público, “atos nulos e anuláveis sujeitam-se a regime igual quanto: a) à persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé, bem como de efeitos **patrimoniais pretéritos** concernentes ao administrado que foi parte na relação jurídica, quando forem necessários para evitar enriquecimento sem causa da Administração e dano injusto ao administrado”⁷³.

Sob este aspecto é que se a coisa julgada não pode ser contrária à Constituição; em tema de constitucionalidade, a Supremacia da Constituição não poderá se sobrepor à segurança jurídica, à certeza que deve nortear as relações jurídicas. No conflito, portanto, que exsurge do reconhecimento da coisa julgada inconstitucional e o efeito de sua nulidade, haverá de prevalecer a estabilidade das relações, finalidade que somente será atingível mediante a atribuição de eficácia *ex nunc* às decisões que a declaram.

Por isso é que Paulo Otero, admitindo a susceptibilidade de a sentença inconstitucional ser atacada a qualquer tempo, reconhece “que razões decorrentes do próprio decurso do tempo possam limitar os efeitos da futura decisão judicial, isto em termos de salvaguardar certos efeitos ao caso julgado inconstitucional, tal como sucede perante os actos administrativos feridos de nulidade”⁷⁴.

12. RESUMO: CASOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Na linha de pensamento exposta, a inconstitucionalidade é uma desconformidade com a Constituição que tanto pode instalar-se nos atos normativos como no comportamento de qualquer agente do poder estatal, ou seja:

a) no caso do *Legislativo*, dá-se a *inconstitucionalidade das leis*, que, abstratamente (em tese), exprime “uma relação de conformidade/desconformidade entre a lei e a Constituição, em que o ato legislativo é o objeto enquanto a Constituição é o parâmetro”⁷⁵;

73. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 305.

74. *Ensaio...*, op. cit., n. 25.5, p. 126-127.

75. RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 62.

b) no caso da *Administração a inconstitucionalidade* pode decorrer do ato regulamentar desempenhado pelo Poder Executivo, de maneira ofensiva à Constituição, por meio de decreto, como também de “atos materiais igualmente desconformes com a Constituição, como destruir irregularmente casas ou edifícios de particulares, impedir os indivíduos de transitar livremente, e outras tantas hipóteses cogitáveis”⁷⁶;

c) no caso do *Poder Judiciário*, “ninguém nega que uma decisão judicial possa incidir na inconstitucionalidade, por violar a Carta Magna de uma país, com o que estar-se-á em face de um comportamento do Poder Judiciário incompatível com a Constituição”⁷⁷. Daí não se poder negar a possibilidade de formação de uma *coisa julgada inconstitucional*.

Nessa última hipótese é claro que não teria cabimento algum pensar-se na *declaração direta de inconstitucionalidade*, visto que o controle abstrato da constitucionalidade, que a essa ação se confere é exclusivamente normativo. Resta, contudo, a aferição da validade do ato administrativo ou judiciário quando incompatível com regra ou princípio fundamental da Constituição.

A inconstitucionalidade é sempre um problema de relação entre o parâmetro da Constituição e o ato de poder que com ele não se conforma, ofendendo assim os critérios de validade contidos nas normas constitucionais⁷⁸. “Importa, pois, em uma valoração negativa”⁷⁹.

Não importa se o ato é normativo, administrativo ou judiciário. Constatada sua divergência com a Constituição, “está-se diante de uma prática inconstitucional”, impregnando o ato ou comportamento “com a qualidade negativa que advém da inconstitucionalidade”⁸⁰.

A desarmonia ou incompatibilidade do ato frente à Constituição cria uma *impossibilidade jurídica qualificada*, dentro da sistemática constitucional, que é tipicamente a *inconstitucionalidade*, da qual decorrem várias conseqüências, e dentre elas destacam-se:

a) a possibilidade de utilizar remédios jurídico-processuais *específicos*, como os de arguição direta ou difusa, seja da inconstitucionalidade de ato normativo, seja de descumprimento de preceito fundamental;

b) independente desses remédios constitucionais específicos, há sempre a repercussão do ato inconstitucional no plano da validade: a relação entre os elementos da estrutura sistêmica do direito positivo, leva, na ordem constitucional, o ato descon-

76. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, op. cit., p. 176.

77. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, op. cit., p. 176.

78. NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 69-70.

79. RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das Leis*, op. cit., p. 63.

80. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, op. cit., p. 182.

forme com a Constituição ao terreno da validade/invalidade especial, já que não se admite no Estado Constitucional qualquer incompatibilidade desse nível ou o descumprimento da Constituição;

c) em se tratando de um problema de invalidade em seu maior grau, há de ser sempre enfrentado pelo juiz, por dever de ofício. “Cumpra ao próprio magistrado da causa apreciar a regularidade dos atos ou comportamentos com a Constituição, para fins de alcançar a solução para o caso concreto, seja qual for o grau de jurisdição”⁸¹.

Por último, é importante notar que a quebra do absolutismo da coisa julgada tem sido obra criativa da jurisprudência, que vem sendo paulatinamente construída não sobre o fato de a lei aplicada ter sido posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas de a sentença conter ofensa a preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição. Cândido Rangel Dinamarco percorre os precedentes do STF e do STJ, em que se afastou a barreira da coisa julgada e se permitiu reconhecer a insustentabilidade da sentença, por seu contraste com a ordem constitucional, arrolando os seguintes casos:

a) cabimento de nova investigação de paternidade, porque a sentença anterior a teria denegado por insuficiência de prova, ou porque a verdade real não pôde ser atingida porque exame técnico como o de DNA não existia ou não fora realizado antes da *res iudicata*; a garantia constitucional de reconhecimento da filiação e do processo justo não teria ocorrido (STJ, 4ª T., REsp. 226.436, ac. 28.06.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 04.03.2002, p. 370)⁸²;

b) não ofende a coisa julgada, a reavaliação do imóvel expropriado, durante a execução da sentença, para realizar “a garantia constitucional da justa indenização”, no caso de ter se deparado o juízo com a procrastinação do pagamento por culpa do expropriante, gerando o completo aviltamento da indenização antes arbitrada (STF, 1ª T., RE 93.412, Rel. Min. Rafael Mayer, ac. 04.05.82; e RE 105.012, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 09.02.88)⁸³;

c) ocorrência de dupla indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, caso em que a coisa julgada seria incompatível com a sistemática da “justa indenização” e, principalmente, com os princípios constitucionais “da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado” (STJ, 1ª T., REsp. 240.712, ac. 15.02.2000, Rel. Min. José Delgado)⁸⁴.

Nenhum desses precedentes, como se vê, tem qualquer relacionamento com aplicação de lei adrede declarada inconstitucional. Ao contrário, lastreiam-se em ofensas cometidas pelas sentenças diretamente contra regras e princípios da própria Constituição.

81. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, op. cit., p. 290.

82. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, op. cit., n. 135, p. 264.

83. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, op. cit., n. 115, p. 230.

84. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, op. cit., n. 114, p. 228-229.

Pode, é certo, a coisa julgada ser elidida em razão de ulterior declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença. Entretanto, o principal foco de cogitação, quando se trata de relativizar a autoridade da *res iudicata* é justamente o cotejo entre o conteúdo da sentença e os valores tutelados pela Constituição. Não se pode ter como absoluta a intangibilidade da coisa julgada, no caso concreto, quando dentro da sistemática constitucional “houver sido transgredido um valor de nível mais elevado que a segurança jurídica”⁸⁵.

Daí porque não tem sentido, *data venia*, legislar sobre a impugnação à coisa julgada, durante o procedimento da execução, restringindo o incidente tão somente à hipótese de aplicação de lei já declarada, em ação direta, inconstitucional, como advogam, entre outros, Athos Gusmão Carneiro e Araken de Assis.

13. OPINIÃO RESTRITIVA DE *ATHOS GUSMÃO CARNEIRO*

Entende o douto Prof. Athos Gusmão Carneiro que a ampliação dos poderes do juiz na execução de sentença para permitir o exame da argüição pelo executado de ofensa cometida pela sentença diretamente contra disposição da constituição ou por meio de lei inconstitucional permitiria ao advogado do devedor facilmente “impedir” a execução da sentença.

Aduz, mais, o Prof. Athos Gusmão Carneiro, que “o argumento da inconstitucionalidade deve ser suscitado pelo réu, isto sim, quando do contraditório e da instrução processual, como relevante *quaestio juris*, e não tardiamente quando da execução da sentença condenatória”. Daí advogar a restrição do art. 741, parágrafo único, do CPC, apenas quando houver sido a inconstitucionalidade decretada pelo STF, em ADin, com eficácia *erga omnes*.

Entretanto, para a nulidade máxima, gerada pela ofensa à Constituição não há, nem pode haver preclusão. Portanto, com ou sem declaração do STF, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, pelo controle difuso da constitucionalidade estará o juiz da causa sempre credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e a acolher a impugnação do executado para proclamar a inexecutabilidade da condenação inconstitucional.

Muito são os casos de leis que, mesmo inconstitucionais, nunca chegam ao crivo do STF em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Imagine-se o caso da lei flagrantemente inconstitucional que vem a ser revogada antes de o STF julgar a ação de inconstitucionalidade. Jamais se obterá o pronunciamento da Suprema Corte a seu respeito, porque segundo jurisprudência assentada a revogação da lei prejudica a apreciação da argüição de afronta à Constituição. No entanto, em caso concreto, a

85. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, op. cit., p. 241.

lei inconstitucional foi aplicada e a sentença nela fundada se acha sob a força da coisa julgada. Seria absurdo recusar-se à parte o direito de excepcionar a nulidade do decisório, nos moldes do parágrafo único do art. 741, somente porque o STF não chegou a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade gritante na espécie. A invalidade da lei e, conseqüentemente, da sentença que a aplicou, é irrecusável, e não pode deixar de ser reconhecida sob pena de colocar-se acima da Constituição um simples ato judicial.

Não seria menos absurda a situação do ato administrativo que confiscasse bens de contribuinte, afrontando a vedação constitucional e que acabasse acobertado por sentença transitada em julgado, por falta de defesa adequada em juízo. O tema jamais teria precedente do STF para ser argüido nos embargos de que trata o parágrafo único do art. 741 do CPC. É evidente, contudo, a invalidade do decisório a inviabilizar sua execução forçada e a justificar a exceção de inexigibilidade.

Não é, ressalte-se mais uma vez, o pronunciamento do STF que constitui a nulidade da norma ou ato inconstitucional. A invalidade decorre *ipso iure* do próprio ato perpetrado ao arrepio de mandamento da Lei Maior.

É justamente essa invalidade congênita que inspira a regra legal inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC. Aliás, com ou sem regra legal explícita, a inexecutibilidade da sentença inconstitucional continuaria a prevalecer.

A se adotar, *data venia*, o critério restritivo proposto por Athos Gusmão Carneiro, estar-se-ia, na verdade, esvaziando um remédio que se concebeu como eficiente defesa do princípio da constitucionalidade no bojo do *processo justo* reclamado pelo novo direito processual, dentro das perspectivas de amplo acesso à justiça e plena efetividade da prestação jurisdicional.

O que realmente se almeja, num processo que mereça os qualificativos apontados, é que nenhuma inconstitucionalidade, em tempo algum, possa ser ignorada ou desprezada, a pretexto de preclusão, quando se intentar a execução do título judicial de conteúdo contrário à Constituição.

14. AS OBJEÇÕES DE LUIZ GUILHERME MARINONI E OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

Em trabalhos recentes, alguns processualistas vêm resistindo à tese da nulidade da sentença inconstitucional.

Ovídio Baptista da Silva, embora não seja contrário à tendência de relativizar-se a autoridade da coisa julgada, entende que não se pode inspirar apenas na idéia de sentença injusta para fragilizá-la. Para aquele processualista, “pretender que a coisa julgada seja desconsiderada quando a sentença seja ‘injusta’ não é, seguramente, um ideal da modernidade”. E, por isso, afirma “desnecessário sustentar que a ‘injustiça

da sentença' nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser fundamento para afastar o império da coisa julgada"⁸⁶.

A tese que sustentamos, todavia, não se ampara apenas e singelamente na injustiça da sentença. O que pretendemos é que há um tipo de injustiça muito mais grave do que o decorrente da ilegalidade ou da contravenção ética. Trata-se da vulneração pela sentença de algum preceito ou mandamento constitucional. Assim como a lei ordinária desconsidera a coisa julgada nas ilegalidades graves arroladas para justificar a ação rescisória, a ofensa à Constituição gera uma espécie de invalidade que a ordem constitucional no Estado Democrático de Direito não pode tolerar. Nessa ordem de idéias, a inconstitucionalidade instalada na sentença trântita em julgado não impediria o seu reconhecimento, uma vez que nesse tipo de regime nenhum ato de autoridade pode se contrapor à supremacia da Carta Magna. Em suma, a insustentabilidade da força da *res iudicata* não seria conseqüência da injustiça da sentença apenas, mas sempre e necessariamente de sua total invalidade em face da Constituição.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a sentença não se confunde com "uma simples lei", porque, ao ser proferida, se desprende do texto legal, "dando origem à norma jurídica do caso concreto"⁸⁷. Não pode ser dado à sentença, passada em julgado, o mesmo tratamento da lei inconstitucional, porque o mínimo que se espera do Poder Judiciário, seria a estabilização da vida do cidadão "após o encerramento do processo que definiu o litígio"⁸⁸. Entende, finalmente, tal como Ovídio Baptista da Silva, que o problema da justiça da sentença não justifica a tese da relativização da coisa julgada, cujo relacionamento se dá, não com o princípio da justiça, mas com "o princípio da segurança dos atos jurisdicionais"⁸⁹.

É estranhável, *ab initio*, atribuir-se à lei menor relevância que à sentença, quando o que se tem a coibir é a inconstitucionalidade. Esta pode invalidar uma "simples lei" mas nada pode contra a sentença passada em julgado. Não parece razoável esta estranha hierarquia de inconstitucionalidades.

Outrossim, não se compreende, *data venia*, como possa a injustiça da sentença afastar a coisa julgada, fundada em simples ilegalidade na hipótese da ação rescisória, e tenha que ser tida como irrelevante quando o contraste se trave entre o ato decisório e a Constituição. Certo, a segurança jurídica é um valor ponderável e necessário à convivência social. Não pode ser visto, entretanto, como absoluto, no cotejo com outros valores de igual ou maior significado numa sociedade regida por ordem constitucional democrática de direito. Ou se reconhece que a Constituição

86. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Jurídica*, v. 316, p. 11, fev. 2004.

87. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Revista Gênesis*, v. 31, p. 147, jan./mar. 2004.

88. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. *Revista Gênesis*, v. 31, p. 149.

89. MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. *Revista Gênesis*, v. 31, p. 155.

prevalece e se sobrepõe a toda a vida política e jurídica da comunidade, e nulos serão todos os atos a ela contrários, ou se toleram certos poderes capazes de exercer forças jurídicas maiores do que as emanadas da própria Carta Magna, e então, se haverá de negar-lhe a autoridade suprema que a sociedade contemporânea lhe consagra.

Não há, como já se afirmou, insegurança maior, dentro do Estado Democrático de Direito, do que a instabilidade da ordem constitucional, e não há injustiça mais evidente do que a prevalência de um ato reconhecidamente ofensivo aos preceitos fundamentais da Constituição⁹⁰.

A *intangibilidade da coisa julgada* é, realmente, um corolário do princípio da segurança jurídica, mas a segurança não é o único princípio, nem é o maior princípio, dentro do sistema constitucional do Estado de Direito. Como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão nº 644/98, mesmo integrando o princípio da segurança jurídica, ou dele sendo decorrente, a intangibilidade da coisa julgada “não tem um valor absoluto”, porquanto “sua proteção deve se fundar sobre interesses de ordem material mercedores de prevalência segundo o sentido dominante dentro da ordem jurídica”⁹¹. Logo, se em determinadas circunstâncias interesses mercedores de prevalência sobre a segurança jurídica se fazem presentes, não há como manter a coisa julgada em sacrifício desses interesses maiores também acobertados por princípios constitucionais.

Decidiu, ainda, o mesmo Tribunal Constitucional, que “uma lei geral, em princípio, não deverá atingir a coisa julgada, salvo vontade contrária do legislador, avaliada em função de interesses substanciais mais importantes”, os quais deverão ser apreciados por decisão jurisdicional⁹².

Como o direito constitucional resolve o concurso ou conflito de princípios? Não é, evidentemente, pela outorga de força absoluta a uns e anulação singela de outros. Recorre sempre à possibilidade (senão o dever mesmo) de tentar “a adequação das soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando, caso a caso, as mais *sábias* e mais *razoáveis*”⁹³. No jogo dos interesses, regidos por princípios diferentes, o Tribunal Constitucional repele as soluções que ostentam caráter excessivo, intolerável, porque injustificados ou arbitrários, e decide por acolher aquelas “ditadas pela ne-

90. Para IVO DANTAS, não há, na espécie, de se falar em “atentado à segurança jurídica, uma vez que essa não se poderá assentar no nada, na inexigibilidade, ou seja, em norma constitucional, ... dizendo de forma objetiva: lei ou ato eivados de inconstitucionalidade não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido” (Coisa julgada inconstitucional. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito e poder*. Barueri: Minole, 2005. p. 606).

91. Groupes d'Etudes et de Recherches sur la Justice constitutionnelle. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. XV. Paris: Economica, 2000. p. 253

92. *Annuaire*, op. cit., p. 253-254.

93. *Annuaire*, op. cit., p. 257.

cessidade de salvaguardar direitos e interesses constitucionalmente protegidos que devam ser havidos como prevalentes”, segundo um *critério de proporcionalidade*⁹⁴.

Enfim, é do recurso ao *princípio da proporcionalidade* que se encontra solução para conflitos de ordem constitucional como o que se trava entre o princípio da segurança (ou da intangibilidade da *coisa julgada*) e o princípio de supremacia da Constituição (princípio da constitucionalidade ou princípio de justiça em seu grau máximo).

15. ACONTECIMENTOS RELEVANTES EM MATÉRIA DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

a) REsp 602.636-MA, 1ª T. do STJ, Rel. Min. José Delgado — Ac. unânime de 06.05.2004-11-04:

Entendeu-se “ser impossível a *res iudicata*, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da *moralidade pública* e da *razoabilidade* nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado”.

Referendou-se decisão do juiz da execução que diante da suspeita de fraude na avaliação do bem desapropriado, mesmo depois da coisa julgada deferiu nova perícia.

Decidiu a 1ª T. do STJ que se resguarda, nesse atuar, maior proximidade com a *garantia constitucional da justa indenização*, seja pela *proteção ao direito da propriedade*, seja pela *preservação do patrimônio público*.

Registrou-se no relatório a circunstância de que o STF, em casos excepcionais, “tem admitido nova avaliação do imóvel expropriado, mesmo após ter sido produzida a coisa julgada, de modo a prestigiar a *garantia constitucional da justa indenização*” (*Revista de Direito Privado*, v. 19, p. 352-353)

b) Estudo do Min. Teori Albino Zavascki. In: *Série Cadernos do CEJ*, v. 23, do Conselho da Justiça Federal

Lembrou o ilustre jurista e magistrado precedentes do STJ (REsp 35.105/RJ) e do STF (RE 105.012) em que, para coibir fraudes a princípios constitucionais se admitiu que fraudes à própria Constituição não fiquem impunes em razão da *coisa julgada*.

Ressalta o estudo a gravidade das fraudes cometidas com conivência de juízes e peritos para causar gigantescos prejuízos ao Erário Público, fraudes que vêm à luz tardiamente, quando não mais seria possível manejar a ação rescisória. E indaga:

“É possível, em nome da coisa julgada ou da decadência da rescisória, que não encontremos mecanismos para coibir fraudes dessa natureza? Acredito que temos mecanismos e que *outros valores constitucionais são mais elevados no*

94. Annuaire, op. cit., p. 258.

caso. Há de haver relativização do princípio da coisa julgada. Não existem princípios absolutos, e a *coisa julgada* é um dos princípios que não é absoluto.

Quem relativiza a coisa julgada é o legislador ordinário. As hipóteses de ação rescisória e o seu próprio prazo de ajuizamento *são mecanismos de relativização da coisa julgada*. Se a relativização dada pelo legislador ordinário não consegue atender a princípios constitucionais que estão sendo vilipendiados em um determinado caso concreto, penso que *o juiz, em nome desses princípios, deve criar para o caso concreto uma regra de relativização*.

O juiz tem justamente o papel principal de *preservar a Constituição*, não apenas o princípio da coisa julgada, *mas, também, o de defesa do patrimônio público, da moralidade e dos fins lícitos do processo. Preservar a Constituição* é, portanto, reprimir fraudes processuais”.

Registrou que o STF em inúmeras oportunidades aceitou tranquilamente a quebra da rigidez da coisa julgada, já coberta por muitos anos de impossibilidade de rescisão, para determinar, em processo expropriatório, a realização de nova avaliação, em nome do *princípio constitucional* da “justa indenização”, que, na prática, “estava sendo comprometido”.

Pensa Teori Albino Zavaski que “o juiz, invocando os valores constitucionais, pode, sim, criar mecanismos alternativos (que certamente não serão de direito alternativo, mas, pelo contrário, *estarão fundados em valores constitucionais*) para construir uma regra própria capaz de superar, de não aceitar, de não carimbar fraudes dessa natureza”.

Daí entender, o eminente magistrado e jurista que é “perfeitamente possível que, em casos excepcionais, ao se constatar a fraude, havendo coisa julgada e não mais a possibilidade de ação rescisória, se faça nova liquidação para que se apure a justiça, coibindo-se fraudes”.

É nesses momentos que o papel do juiz se mostra “mais importante, mais saliente e mais decisivo. *É quando o valor do juiz e a sua capacidade para defender a Constituição se mostram*”.

Em conclusão:

“Se o juiz jurou defender a Constituição, tem de fazê-lo na prática em situações excepcionais dessa natureza”.

c) Estudo do Prof. e Des. Donaldo Armelin. In: *Série Cadernos do CEJ*, v. 23:

Ensina o eminente professor paulista:

“A coisa julgada material é um fenômeno pelo qual o sistema jurídico sacrifica, por vezes, a justiça em favor da segurança”, e o faz “para impedir a eternização dos litígios e garantir a paz social”.

Essa sobreposição da segurança à justiça não é fixa e permanente, do contrário, “varia no tempo e no espaço em relação ao determinados segmento da vida social”.

A ilicitude e a imoralidade podem conciliar-se com a inflexível “manutenção de um resultado do processo”?

Convém lembrar que a coisa julgada injusta pode resultar de diferentes fatores, desde a ilicitude do objeto da ação, da ilicitude da conduta dos sujeitos processuais, ou da inércia ou mau desempenho das partes. O grau de injustiça varia muito e pode colocar a decisão em alguns casos graves “em colisão frontal com o valor justiça e a moral”. A ação rescisória, por sua vez, está adstrita ao prazo decadencial de dois anos, findos os quais, tem-se de usar, uma via para escapar de injustiças intoleráveis na ordem constitucional, como a *querela nullitatis insanabilis*, que é “insuscetível de prescrição ou decadência”.

Depois de analisar vários precedentes do STF e do STJ, Donaldo Armellin lembra a necessidade de coibir indenizações absurdas, porque “a coisa julgada material não pode prevalecer frente ao princípio da moralidade e probidade administrativas insculpido na Carta Magna”.

Registra, outrossim, que as decisões aberrantes não devem ser mantidas “porque sob o pálio da justiça albergam o ilícito”. Não se deve deixar incólume “o choque de uma decisão desse jaez com o sentimento médio de justiça”, provocando reação na sociedade que, “não afeita aos conflitos entre a justiça e a segurança, pode começar a duvidar até mesmo da atividade jurisdicional” que para os leigos “deveria ser absolutamente incapaz de gerar um resultado tarjado de iniquidade”.

Lembra, nesse sentido, um famoso aresto do STJ, de 14.12.1999, onde se proclamou:

“Há limites a serem impostos à segurança jurídica em face de regras postas na Carta Maior, como o de que ela, quando construída pelo direito formal, não pode se impor sobre os princípios constitucionais”.

d) Estudos da Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier:

Em duas obras recentes, a Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier filia-se a uma corrente que defende ser não apenas nula, mas *inexistente*, a sentença inconstitucional. Na primeira delas, a mais antiga, ensina que, por se tratar de caso de inexistência, poderia a sentença inconstitucional ser atacada por ação rescisória, mas o meio mais correto, a seu ver, é o ataque pela ação declaratória⁹⁵.

Em outra obra, publicada em parceria com José Miguel Garcia Medina, pensa aquela autora, e nisso acompanha Cândido Dinamarco, que a sentença contaminada por grave inconstitucionalidade seria uma sentença “juridicamente impossível”, visto que teria julgado procedente “pedido juridicamente impossível”. Daí classificá-la como “sentença juridicamente inexistente”⁹⁶.

95. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 556.

96. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 35.

A divergência de sua posição com relação à nossa é apenas literal, porque na conclusão se chega a resultado igual, ou seja, a sentença inconstitucional não tem aptidão para produzir eficácia alguma na ordem jurídica, e por isso pode ser atacada até mesmo por defesa em processo pendente ou por ação ordinária de declaração.

Na engenhosa tese exposta no “*Dogma da coisa julgada*” a sentença se considera como sem “valor jurídico” por ser “equivalente à proferida quando o magistrado acolhe *pedido* juridicamente impossível”⁹⁷. Daí extraem a conclusão de que tais sentenças não transitam em julgado, “porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido”⁹⁸.

16. ALGUMAS CONCLUSÕES

Em regra, as nulidades dos atos processuais, como bem observa Liebman “podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo (...) ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo”⁹⁹.

Adverte, outrossim, o notável processualista que “há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais que sobrevivem à coisa julgada”, afetando a eficácia de seus efeitos. Assim, contemplando vício grave — como verdadeiramente o é a inconstitucionalidade —, a *res iudicata* é “coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico”¹⁰⁰.

Nestas hipóteses, dá-se o que a doutrina denomina nulidade *ipso iure*, “tal que impede à sentença passar em julgado”¹⁰¹. E por isso que “em todo tempo se pode opor contra ela”¹⁰². O grande processualista estava apreciando nesta passagem, a nulidade proveniente de falta ou defeito da citação. A idéia aplica-se, no entanto e com perfeição, também à coisa julgada inconstitucional.

Qualquer que seja o sistema processual contemporâneo e por maior que seja o prestígio que se pretende conferir à coisa julgada, impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo depois de esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária. À parte prejudicada pela nulidade absoluta, *ipso iure*, não poderá a Justiça negar o acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado. Destaca, a propósito, Calamandrei¹⁰³:

97. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma*, op. cit., p. 36.

98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma*, op. cit., p. 39.

99. LIEBMAN. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 1947. p. 182.

100. Idem, *ibidem*.

101. LOBÃO. *Segundas linhas*. I. nota 578.

102. LIEBMAN, op. cit., p. 183.

103. Vicios de la sentencia y medios de gravamen. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 463.

“La verdad es que ninguna legislación, ni siquiera las dominadas por el principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la aceleración del término de las litis y en al alcanzar con mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica; y en obediencia a éstas, debe la ciencia admitir, aunque se en la medida más restringida, que aun después de la preclusión de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad insanable”.

É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res iudicata*, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil. Para Calamandrei, há sem dúvida uma série de casos que a lei não menciona e que nem mesmo é possível prefixá-los todos num elenco fechado e restrito, nos quais, em verdade, “la sentenza é inidonea materialmente, si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato”¹⁰⁴. Diante desse tipo de julgado visceralmente nulo, — para Calamandrei — “il decorso del termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l’effetto di sanare la nullità e di precludere l’esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile”¹⁰⁵.

Por força de igual raciocínio, Ovidio A. Baptista da Silva, é levado a concluir que a virtude sanatória dos recursos e da coisa julgada “não poderia, por exemplo, tornar uma sentença contendo dispositivo impossível ou incerto, isenta de uma tal nulidade”, de tal modo a tornar-se indispensável o cabimento de uma ulterior ação ordinária de natureza declaratória. E essa nova ação, como é lógico, “não estará sujeita a nenhum prazo preclusivo”, e, mesmo que a parte não tenha ventilado o tema no recurso, “a omissão não impedirá o exercício da ação de nulidade, em qualquer tempo”¹⁰⁶. Pouco importa, portanto, que o prazo de aforamento da ação rescisória (CPC, art. 495) tenha se exaurido antes de o interessado resolver ingressar em juízo com a arguição de nulidade *ipso iure* da sentença que, como no caso *sub examine*, esteja contaminada de insuperável inconstitucionalidade.

Com efeito, segundo pacífica orientação em sede doutrinária, “a parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória”¹⁰⁷. Para tanto, poderá:

- a) opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença; ou

104. Sopravivenza della querella di nullità nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 144, 1951.

105. Idem, *ibidem*.

106. Sobrevivência da querela nullitatis. *Revista Forense*, v. 333, p. 118.

107. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 593.

b) propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, inclusive uma ação declaratória ordinária, como sobrevivência da antiga *querela nullitatis*¹⁰⁸.

Muito embora não haja necessidade de se valer da ação rescisória para obter o reconhecimento do vício sério (nulidade) que contamina a decisão judicial, força é lembrar que “não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, se a parte lançar mão da ação do art. 485 do Código de Processo Civil. É que as nulidades *ipso iure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício segundo o princípio contido no art. 146 e seu parágrafo único do Código Civil”¹⁰⁹.

Em semelhante conjuntura, a ação rescisória deverá ser conhecida para declarar-lhe a nulidade absoluta e insanável, eis que, na lição de Pontes de Miranda, “é o ensejo que se lhe oferece, segundo os princípios”¹¹⁰.

Em suma, a respeito da coisa julgada inconstitucional podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário¹¹¹;
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 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

108. SILVA, Ovídio Baptista da. Op. cit., p. 120-122; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Op. cit., v. 42, p. 24-29: “A sentença existe, mas é nula, podendo ser sua invalidade declarada mediante *querela nullitatis*, assim como pode ser rescindida segundo o art. 485, V, CPC, ou ainda, neutralizada em sua execução pela via dos embargos do executado”. No mesmo sentido: STJ, REsp 26041/SP, 3a T., DJU 13.12.93, p. 27452.

109. Idem, p. 594.

110. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. p. 148. No mesmo sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, cf. RSTJ 96/318.

111. “O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*” (STJ, 1ª T., REsp. 587.518/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. 04.03.2004, RSTJ 183/142).

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*, 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 9.882/99, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27)¹¹².

17. A POSIÇÃO RECENTEMENTE ADOTADA POR BARBOSA MOREIRA

Para o Prof. Barbosa Moreira¹¹³, o correto não é afirmar-se inconstitucional uma coisa julgada, pois esta é apenas a imutabilidade daquilo que a sentença decidiu. Por isso, se se cometer ofensa à Constituição, quem a terá praticado será a sentença, e não a coisa julgada. O certo, porém, é que se costuma, freqüentemente, na linguagem tomar o continente pelo conteúdo, quando, por exemplo, se afirma que o Brasil jogou contra a Colômbia, no campeonato de futebol, ou a medicina tem incrementado as pesquisas sobre determinado vírus, quando, na verdade, foi a equipe da seleção do Brasil que enfrentou a seleção da Colômbia, são os médicos que estão pesquisando. Assim, quando se fala em coisa julgada contrária à Constituição, o que realmente se está afirmando é que uma sentença transitada em julgado praticou a ofensa.

Quanto aos meios de ataque à sentença transitada em julgado prolatada com infringência de norma constitucional, entende aludido processualista, secundando, de certa forma objeções anteriormente formuladas pelo Prof. Sérgio Bermudes¹¹⁴, que a lei processual brasileira, não conhece outros além dos recursos em geral e especificamente o recurso extraordinário, antes do trânsito em julgado, e a ação rescisória, após a *res iudicata*. “Seja como for, esses — e não outros quaisquer — são os meios de controle da constitucionalidade das decisões judiciais previstas no ordenamento”¹¹⁵.

112. “Em nome da supremacia da Constituição como fundamento de validade dos actos surgidos na sua vigência, logicamente a decisão de inconstitucionalidade deveria adquirir eficácia retroativa ou *ex nunc*. Todavia, nem sempre o direito positivo consagra este postulado, podendo estabelecer eficácia só para o futuro ou *ex nunc*, por exemplo, o art. 140º da Constituição austríaca, o art. 136º da Constituição italiana, o art. 100º, n. 4, da Constituição grega, o art. 126º da Constituição croata, o art. 161º da Constituição estoniana ou o art. 190º, n. 3, da Constituição polonesa. E mesmo quando a eficácia é, em princípio *ex tunc* — pode o Tribunal Constitucional ser ou sentir-se autorizado a fixar os efeitos com diferente dimensão temporal” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 506-507).

113. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 22, p. 91-92.

114. BERMUDES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 233-240.

115. BERMUDES, Sérgio. op. cit., p. 103.

Não é certo, *data venia*, pensar que no ordenamento brasileiro, a sentença após o trânsito em julgado, não tenha como ser remediada fora do campo estreito da ação rescisória. Frequentes são os casos em que a jurisprudência acolhe a *querela nullitatis* quando já não há mais tempo para a rescisória. Basta lembrar as hipóteses de inventário e partilha com omissão de herdeiro¹¹⁶, ações sujeitas a litisconsórcio necessário, processadas sem participação de algum litisconsorte¹¹⁷ e tantas outras.

O exemplo clássico que se extrai da literalidade do CPC, art. 741, inc. I, é a autorização legal para o devedor embargar a execução de sentença já transitada em julgado, quando no processo de conhecimento não tiver sido regularmente citado o réu revel. O trânsito em julgado, por vontade da lei, não representa embaraço algum a que o devedor embargante argua a nulidade da sentença, em tal circunstância¹¹⁸.

Da mesma forma, o parágrafo único do aludido artigo, instituiu como matéria comportável nos embargos à execução de sentença, mesmo após a coisa julgada, a inexigibilidade do título judicial “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tida por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Não procede, portanto, a afirmação de falta de previsão no direito positivo, de remédio de ataque à sentença transitada em julgado, fora da ação rescisória.

Crítica o Prof. Barbosa Moreira a aplicação da *querela nullitatis* na espécie porque a arguição de inconstitucionalidade da sentença poderia repetir-se, em princípio, *ad infinitum*, “enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidade ou injustiças nas sucessivas sentenças”¹¹⁹.

Não ignora o processualista, porém, a possibilidade de transitar em julgado uma “sentença violadora de disposição constitucional”. Diante da gravidade da situação — que, aliás, foi o que motivou nosso estudo, e nunca a franquia para singelamente manter eternamente o debate sobre a arguição de inconstitucionalidade — o Prof. Barbosa Moreira confessa literalmente não se inclinar “a sugerir que se elimine a imunidade da *res iudicata* à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento de ação direta”. Ter-se-ia, a seu ver, de lançar mão da rescisória por violação de lei (CPC, art. 485, V). “No entanto, a ação rescisória estará sujeita ao prazo decadencial; o interessado precisará propô-la dentro do biênio consecutivo ao trânsito em julgado”.

116. STJ, 4ª T., REsp. 45.693/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 28.11.1994, *RSTJ* 78/295.

117. 1º TACivSP, 5ª C., Ap. 363.442-55, Rel. Juiz Marcondes Machado, ac. 22.12.1986, *RT* 619/110; STJ, 3ª T., REsp. 97.928/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 13.08.1996, *RSTJ* 89/247.

118. Para o caso 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 cabível para essa hipótese” (STF, Pleno, RE 97.589, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 107/778).

119. MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit., p. 109.

Por não haver como negar a alta relevância da situação de violação à norma constitucional, o Prof. Barbosa Moreira recorre a uma solução *de lege ferenda*, remetendo a solução para uma reforma da lei processual vigente, *in verbis*:

“Em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória *a qualquer tempo*”¹²⁰.

Como se vê, a lição não é de repulsa à perpetuidade do vício da inconstitucionalidade da sentença. O que se preconiza é uma submissão da medida ao procedimento da ação rescisória, excluída a limitação temporal de seu cabimento, “em atenção à particular gravidade do vício”.

Ora, para se obter o afastamento do curto prazo decadencial da rescisória, basta considerar como nula a sentença que infringe norma constitucional e tratar seu vício como matéria de embargos à execução ou de ação declaratória comum (*querela nullitatis*), como em outros casos de nulidade da sentença, de menor gravidade, já vem sendo admitido pela jurisprudência (ações de paternidade, petição de herança do herdeiro omitido na partilha, ofensa a litisconsórcio necessário etc.).

Não há, outrossim, motivo para reexaminar a repetição indefinida de arguição de inconstitucionalidade, numa cascata ou espiral sem fim. É que, as questões já decididas precluem, segundo regra elementar de direito processual: “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão” (CPC, art. 473); e “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” (CPC, art. 471).

Na verdade, o problema aventado por Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes simplesmente não existe. O próprio sistema processual vigente impede sua configuração prática, já que as questões solucionadas pela Justiça não se repetem e devem ser uma única vez solucionadas em caráter definitivo. Assim, a arguição de ofensa à Constituição, como qualquer outra, somente seria enfrentada e dirimida uma só vez em juízo. A respeito da solução que for dada operaria a preclusão *pro iudicato* e a *res iudicata*, tornando inviável o espiral sem fim em torno da matéria cogitada pelos eminentes doutrinadores. O que nos inquieta é a possibilidade de a coisa julgada formada em determinado momento representar barreira intransponível para reparação de ofensas à Constituição que nunca chegaram a ser cogitadas na sentença que acabou assumindo a autoridade da coisa julgada.

Urge, pois, distinguir a questão constitucional nunca examinada da que já foi objeto de decisão judicial pelo órgão competente. Naturalmente, se a arguição já foi repelida uma vez, por tribunal competente, e a sentença a seu respeito transitou

120. MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit., p. 111.

em julgado, somente por meio de ação rescisória poderá ser reavaliada. É que o Poder Judiciário já terá feito, de forma definitiva, o controle de constitucionalidade que lhe competia.

A tese do ataque à coisa julgada por embargos à execução ou por *querela nullitatis* prende-se, portanto, às hipóteses de ofensa à Constituição estranhas às questões anteriormente enfrentadas e solucionadas em juízo. Naturalmente, não teria cabimento imaginar que, depois de o STF declarar constitucional ou inconstitucional uma lei, pudesse a mesma arguição ser renovada perante o juiz da execução, em primeiro grau de jurisdição. O tema, de fato, estaria sepultado pela *res iudicata*. Inexistiria, naquela altura, questão aberta sobre a inconstitucionalidade, visto que direta e expressamente rejeitada por julgamento, definitivo e indiscutível, do Poder Judiciário.

É exatamente o que se passa, também, com a falta ou nulidade da citação. O devedor pode arguir tal causa de nulidade em embargos, perante juiz de 1ª instância, mesmo que a condenação, tenha sido confirmada em todos os graus de jurisdição e tenha alcançado o patamar da *res iudicata*. Mas, isto somente se admite no pressuposto de o acórdão exequendo não ter enfrentado a questão. Se o réu apela, levando ao tribunal a arguição de nulidade da citação, e o órgão superior decide a questão, repelindo a defesa, é impensável aplicar-se o art. 741, para o reexame do acórdão pelo juiz da execução.

Foi nesse sentido que, no terreno da inconstitucionalidade, o STJ em acórdão de 06.05.2004, da 1ª Turma, autorizou nova avaliação de terras expropriadas porque o cálculo aprovado pela sentença da ação de desapropriação, transitada em julgado, adotara equivocadamente critério ofensivo a Constituição¹²¹. Com efeito, não teria sido com base na regra constitucional que a sentença passada em julgado havia arbitrado a indenização impugnada. Por isso, invocando-se a garantia fundamental da *justa indenização*, tornou-se admissível, nas circunstâncias concretas, instaurar-se novo processo para ajustar a real indenização assegurada pela Lei Maior.

A tese que há bastante tempo vem sendo defendida por nós, não é, de forma alguma, a que advoga uma abertura ilimitada para sempre manter ao alcance da parte a rediscussão da questão constitucional. O que, desde o início, defendemos é a gravidade extrema da ofensa à Constituição a qual, por sua própria natureza, não se compatibiliza com prazos decadenciais para a necessária e inevitável reparação. O que, em verdade, pensamos é que a nulidade de um decisório por motivo de ordem

121. “Coisa julgada. Desapropriação. Indenização. Designação de nova perícia visando a justa indenizabilidade. Admissibilidade, ainda que transitada em julgado a sentença que fixou o valor reparatório. Princípio da *res iudicata* que não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado” (STJ, 1ªT., REsp 602.636/MA, ac. 06.05.2004, Rel. Min. José Delgado, DJU 14.06.2004, p. 178, *Revista de Direito Privado*, 19/351).

constitucional não pode deixar de ser apreciada, apenas sob o pretexto de ter se esgotado o prazo legal para propositura da ação rescisória. Em resumo, podemos responder as conspícuas objeções dos Professores Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, com os seguintes destaques:

a) a suma gravidade de qualquer ato contrário à Constituição (seja lei, ato administrativo ou sentença) acarreta a inevitável sanção de *nulidade*;

b) cabe ao Poder Judiciário a tutela da Constituição e, por isso, não pode se recusar a apreciar a nulidade dos atos que lhe sejam contrários;

c) se a questão nunca foi apreciada, não é possível furta-se a Justiça ao respectivo exame, sob argumento de exaustão do prazo decadencial da ação rescisória; o caso é de nulidade e não de simples rescindibilidade;

d) se a questão constitucional foi posta em juízo e a seu respeito pronunciou-se soberanamente o órgão judicial competente, não há como reabrir discussão em outro processo a seu respeito; consumou-se o controle judicial da constitucionalidade; somente por ação rescisória será possível atacar a coisa julgada especificamente formada acerca da questão constitucional;

e) se a ofensa à Constituição não foi examinada como tal, a coisa julgada formada em torno de outras questões de direito material não representa embaraço ao exame pelo Judiciário a seu respeito; a coisa julgada forma-se sobre as questões decididas e se sobre o tema constitucional não houve decisão, permanece ele argüível em embargos à execução, ação declaratória ou qualquer outro processo, inclusive a ação rescisória, se ainda tempestiva.

f) num só caso a lei admite o afastamento da coisa julgada, sem ação rescisória, mesmo tendo a questão da inconstitucionalidade já merecido rejeição expressa na sentença exequenda: é quando o Tribunal local proferiu a condenação com base em lei que posteriormente o Supremo Tribunal Federal veio a declarar inconstitucional, com efeito *erga omnes* e força vinculante para todos os tribunais (CF, art. 102, § 2º, com a redação da EC nº 45, de 08.12.2004). Em tal confronto, não é de aceitar-se possa continuar valendo a decisão de instância inferior, tal a natureza e a função que se reconhecem ao controle da constitucionalidade das leis desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Daí a permissão legal a que o condenado se oponha à execução da sentença inconstitucional, não obstante o seu trânsito em julgado e a falta de ação rescisória. Os embargos à execução serão adequados e suficientes para opor ao exequente a inexigibilidade da sentença inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único).

O que, enfim, não se pode tolerar é que uma questão constitucional, nunca enfrentada anteriormente, seja afastada do Poder Judiciário por simples decurso do prazo exíguo na ação rescisória.

18. DIREITO, DIALÉTICA E MANIQUEÍSMO: UMA ÚLTIMA PONDERAÇÃO

Não creio, em sã consciência, que se possa tratar a **inconstitucionalidade** como qualquer outra causa de **nulidade** no plano do direito comum.

Se a causa de invalidade ascende ao grau máximo no Estado de Direito, extrapolando todos os níveis da organização constitucional, não pode ser tratada, no momento de seu reconhecimento, apenas pelo remédio comum — a ação rescisória, que, obviamente, não foi concebida para vícios tão profundos e insuperáveis como o da inconstitucionalidade.

O caso, portanto, não é de recusar, pura e simplesmente, o reconhecimento de que uma sentença transitada em julgado, fora do campo da rescisória, é um mal irremediável.

Se o assunto é delicado e oferece dificuldades no plano prático, e no cotejo com outras garantias constitucionais, como a da segurança jurídica, o caminho a seguir não pode ser o de recusar tratamento à grave lesão contida na ofensa à Constituição. O esforço deve ser feito no rumo de detectar quais são esses problemas e procurar criar uma doutrina que, pelos meios da proporcionalidade e razoabilidade, possa contorná-los ou minimizá-los. O tema é novíssimo e comporta criação jurídica inteligente e inovadora. O que não me parece racional é negar a existência do problema ou negar-lhe remédio, sem maior esforço de enfrentamento do mal evidente.

A atividade científica no campo da doutrina jurídica não se desenvolve dentro dos parâmetros da lógica formal, mas da lógica do razoável. Não se nutre o Direito dos frutos da apuração da verdade. O mundo jurídico é caracterizado pela convivência diuturna com problemas para cuja solução não existem fórmulas exatas, precisas e invariáveis. O raciocínio do jurista procura desvendar o que “deve ser” e não o “ser”. Não há regras que de antemão assegurem o juízo pesquisado. A ciência do jurista, por isso, é alimentada pela dialética. O que ele procura é sempre estabelecer **teses**, ou seja, proposições de solução para o problema analisado. A tese se defende com argumentos e tem de enfrentar contra-argumentos. Entre os argumentos de um lado e outro da análise do problema procede-se ao balanço de convencimento. Chega-se, assim, a uma síntese: os argumentos mais convincentes prevalecem, no todo ou em parte, sobre os menos convincentes. É desse confronto de argumentação que se extrai a tese final, ou seja, a **síntese** da solução do problema enfrentado.

Não contribui para o progresso do direito a atitude maniqueísta de radicalizar a postura diante de qualquer problema, como se toda problemática jurídica somente tivesse a possibilidade de encontrar uma única e absoluta solução. Não é entre a verdade e o falso que o jurista define o que é direito e o que não é direito.

Essa escolha, repita-se, somente pode ser feita através do debate dialético, no qual o decisivo são os argumentos com que se sustenta e se ataca a tese proposta para solução do problema.



O TORMENTOSO PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA PASSADA EM JULGADO

No caso da sentença inconstitucional, a tese proposta foi a de que a sentença contrária a preceito ou princípio constitucional é nula sob o argumento de que a coisa julgada não pode se sobrepor à autoridade máxima da Constituição, no Estado Democrático de Direito.

As objeções partidas de alguns segmentos da doutrina representam rejeição total da tese, ao argumento de que a inconstitucionalidade da sentença não pode escapar dos efeitos da intangibilidade da coisa julgada, porque esta se acha comprometida, na ordem constitucional, com a garantia da segurança jurídica.

Ora, isto representa uma radicalização maniqueísta, pois, em última análise, a segurança jurídica representaria um valor absoluto ao qual nem mesmo o princípio da constitucionalidade prevaleceria.





CAPÍTULO VIII

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL

*José Carlos Barbosa Moreira**

SUMÁRIO: 1. Observações terminológicas — 2. Enquadramento dogmático da proposta: uma alternativa inafastável e os corolários da opção — 3. A coisa julgada material como situação dotada de eficácia preclusiva — 4. Significação do fenômeno do ponto de vista da política jurídica — 5. A garantia constitucional da coisa julgada — 6. A alegada existência de casos merecedores de tratamento diferenciado. Um critério inaceitável de identificação — 7. O critério baseado na “impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença” — 8. A “coisa julgada inconstitucional” — 9. Um caso realmente dotado de características especiais — 10. A questão dos meios processuais utilizáveis para a “relativização” — 11. Prováveis consequências práticas da “relativização” — 12. E o processo penal? — 13. Considerações de *lege ferenda*.

1. OBSERVAÇÕES TERMINOLÓGICAS

Vem ganhando espaço entre nós, nos últimos tempos, debate doutrinário, com alguns reflexos na jurisprudência, em torno da proposta a que se tem chamado de “relativização” da coisa julgada material. E um dos tópicos mais salientes dessa discussão é o da denominada “coisa julgada inconstitucional”. Utilizamos as aspas não apenas para indicar que ambas as expressões foram cunhadas por outros autores; elas indicam também, logo de saída, reservas de ordem terminológica que nos ocorrem.

Começemos pela palavra “relativização”. Não nos impressiona muito a circunstância de estar ela ausente da maioria dos dicionários, como ausente também está o verbo “relativizar”: uma das formas da natural evolução da língua é a criação de vocábulos novos, e esses se afiguram forjados de maneira compatível com a índole do idioma português. Nossa estranheza tem outro motivo. É que, quando se afirma que algo deve ser “relativizado”, 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. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada. 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”.

* Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Desembargador (aposentado) do TJRJ.

Soa também inexata a locução “coisa julgada inconstitucional”.¹ Como quer que se conceba, no plano teórico, a substância da coisa julgada material, é pacífico que ela se caracteriza essencialmente pela *imutabilidade* — pouco importando aqui as notórias divergências acerca daquilo que se torna imutável: o conteúdo da sentença, ou os respectivos efeitos, ou aquela e estes.² Pois bem: se “inconstitucional” significa “incompatível com a Constituição” (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à *coisa julgada* a qualificação de “inconstitucional”.

Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado,³ e não o será mais do que era depois desse momento. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.

Só se poderia justificar a dicção criticada se identificássemos a coisa julgada com a própria decisão, à maneira do que fazia o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”). Hoje, todavia, o conceito legal é outro e repele a sinonímia (art. 467 do Código de Processo Civil).

1. Empregada, por exemplo, no título de volume coletivo organizado por Carlos Valder do Nascimento, Rio de Janeiro (1. ed., 2002; 4. ed., 2004) e em mais de um dos trabalhos aí reunidos.

2. A referência a ambos os elementos (conteúdo e efeitos) reflete com maior fidelidade o pensamento de Liebman do que a alusão restritiva, que às vezes se faz nesse contexto, *aos efeitos*; *vide* a passagem do mestre italiano contida em sua última obra, *Manuale di diritto processuale civile*, v. II. 4. ed. Milão, 1981. p. 420: “*L’essenza della cosa giudicata è proprio nell’immutabilità della sentenza, del suo contenuto e dei suoi effetti*”; mas cf., já na clássica monografia *Efficacia ed autorità della sentenza*, onde o problema fora tratado *ex professo*, a rubrica do § 3: “*L’autorità della cosa giudicata come una qualità della sentenza e dei suoi effetti*”, p. 25 da reimpressão da 1ª ed., Milão, 1962 (todos os destaques são nossos). Cândido Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*, no vol. cit. em a nota anterior, 1. ed., p. 36, resume fielmente a concepção de Liebman, ao aludir à “*imutabilidade da sentença e de seus efeitos*” — grifado no original), e noutro lugar (p. 55) transcreve o lanço do *Manuale* onde é explícita a menção à imutabilidade *do conteúdo* da sentença; no resto do trabalho, porém, concentra-se exclusivamente na idéia da imutabilidade *dos efeitos* para fundamentar sua proposta de “relativização” (*vide*, especialmente, págs. 37, 38, 58, 59, 60, 61, 62). Na medida em que *restringe* o alcance da coisa julgada material, limitando-a aos efeitos da sentença (com abstração, pelo menos aparente, do respectivo conteúdo), esse modo de falar afasta-se parcialmente do pensamento liebmaniano — o que por si só, é óbvio, não o compromete: também para nós, a teoria de Liebman é aceitável *só em parte* (naquela em que se exclui do rol dos efeitos da sentença a *auctoritas rei iudicatae*).

3. Ocioso, talvez, lembrar que existe um recurso especificamente ordenado à impugnação de decisões (ainda não transitadas em julgado) com fundamento na suposta contrariedade à Constituição: o extraordinário *ex art. 105, nº III, letra a*, da Carta da República. Cf., *infra*, nº 7.

2. ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA PROPOSTA: UMA ALTERNATIVA INAFASTÁVEL E OS COROLÁRIOS DA OPÇÃO

Falando de maneira geral, a proposta de “relativização” refere-se a casos de injustiça vista como intolerável, por excessiva gravidade, bem como aos da (impropriamente) dita “coisa julgada inconstitucional”. Adiante voltaremos ao assunto, para passar em revista os exemplos que se costumam invocar em prol da tese. Antes, porém, é oportuno indicar um ponto nem sempre bem esclarecido nos trabalhos que se vêm publicando a respeito, mas de grande importância no tocante às consequências.

Abrem-se dois caminhos a quem queira sustentar que, nas hipóteses de que se cuida, não há cogitar de obstáculo resultante da coisa julgada à reapreciação da matéria em juízo. Consiste um deles em *negar a própria existência da coisa julgada material*: esta, aí, não chegaria a formar-se, a despeito da preclusão total das vias utilizáveis para novo exame no mesmo processo.⁴ Outro caminho consiste em reconhecer a existência da coisa julgada material, mas entender que é possível *negar imutabilidade à sentença* em razão do vício grave que a inquina; em outras palavras, entender que *a coisa julgada é suscetível de ser desconsiderada*.⁵ Fora dessas duas, não vislumbramos maneira de configurar dogmaticamente o fenômeno. Para que se possa pôr de lado o empecilho, decorrente da *res iudicata*, à rediscussão e reapreciação da matéria em processo subsequente,⁶ ou se parte da premissa de que na espécie *não há coisa julgada*, ou se afirma que *a coisa julgada, embora exista, comporta desconsideração*. Se não nos enganamos, *tertium non datur*.

É imprescindível, ao nosso ver, que se expliquem a tal propósito os fatores da “relativização”, a fim de que se possa avaliar a coerência interna do pensamento

4. Parece ser essa a posição de Cândido Dinamarco, a julgar pelo seguinte passo: “*sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res iudicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*” (trab. cit. em a nota 2, *supra*, p. 61), certo como é que o autor põe na base de sua construção a tese de que certas sentenças, por incompatíveis com princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, não são aptas à produção de efeitos (cf. p. 58 e ss.) — e é precisamente por isso que não merecem o selo da imutabilidade. Todavia, no mesmo trabalho, pág. 72, declara Cândido Dinamarco, ao nosso ver contraditoriamente, que aceita “a idéia da *coisa julgada inconstitucional*” (grifado no original).

5. Assim devem pensar os que se valem da expressão “coisa julgada inconstitucional”, onde naturalmente *se pressupõe a existência* da coisa julgada. Com efeito, *somente o que existe* pode ser qualificado de inconstitucional; ao que não existe, um único adjetivo se mostra aplicável: inexistente.

6. A definição do art. 467 do Código de Processo Civil alude sucessivamente à imutabilidade e à indiscutibilidade da sentença trãnsita em julgado. A rigor, bastaria aludir à imutabilidade, da qual, como já acentuamos noutros trabalhos (*vide* Barbosa Moreira, *Coisa julgada e declaração*. In: *Temas de Direito Processual. Primeira Série*. 2. ed. São Paulo, 1988, p. 88, nota 17; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In: *Temas...* Terceira Série. São Paulo, 1984, p. 107), a indiscutibilidade constitui mera consequência: preexclui-se nova discussão porque não se poderia mudar o que fora decidido, e em tais condições discutir seria perder tempo e desperdiçar energias. Nosso pensamento nada tem aqui de novo: no início do século passado já assinava HELLMIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Aalen, 1968 (reimpressão da edição de 1912), v. I, p. 777: “*Die Bindung des Gerichts ist das primäre; die Unbestreitbarkeit durch die Parteien ist die Folge* (O primário é a vinculação do órgão judicial; a indiscutibilidade pelas partes é a consequência)”.

de cada qual. Com efeito, em perspectiva *de lege lata* — que é, frise-se, a adotada neste passo —, para respeitar os ditames da lógica, será forçoso, segundo o caminho por que se opte, admitir determinados corolários e passá-los pela pedra de toque do direito positivo.

Assim: quem sustente a inexistência da coisa julgada, terá coerentemente de rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença. O art. 485, *caput*, do estatuto processual limita esse cabimento, em termos inequívocos, aos casos de “sentença de mérito, transitada em julgado”;⁷ e, no entendimento praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência,⁸ a expressão significa aí “sentença revestida da *autoridade de coisa julgada material*”. Destarte, paradoxalmente, a superlativa gravidade do vício (inclusive a ofensa à Constituição) não satisfará — ao contrário de vícios *minus* graves — o requisito básico da admissibilidade da rescisória: semelhante via estará fechada a quem queira impugnar a sentença, após a preclusão das vias recursais.

De outra parte, quem prefira trilhar o outro caminho, aceitando que a coisa julgada existe, mas pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições igualmente categóricas do Código de Processo Civil, a saber as dos arts. 471 e 474. Estabelece o primeiro: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide,⁹ salvo: I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação do 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”. Reza o segundo: “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”.

Dos dois incisos que, no art. 471, abrem exceções, nenhum aqui se aplica. Quanto ao inciso I, não se está cogitando (*rectius*: não se está *necessariamente* cogitando) de relações jurídicas continuativas; e, a tratar-se de alguma relação desse gênero, nem por isso o problema se porá em termos diferentes, visto que a proposta de “relativização” não distingue entre as hipóteses indicadas no texto legal e outras quaisquer. Ademais, não se apontam “casos prescritos em lei” (inciso II) em que se autorize, com a largueza

7. Falando da sentença rescindível, frisa com toda a propriedade Adroaldo Furtado Fabrício. Réu revel, querela nullitatis e ação rescisória. In: *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro, 2003. p. 244, que “ela transitou em julgado (*sem o que não seria passível de rescisão*)” (grifamos).

8. O “praticamente” vai por conta da opinião (isolada) de Pontes de Miranda, que continuou a sustentar, sob o vigente código, a concepção da rescisória como ação dirigida contra a *res iudicata* no sentido puramente formal (*Comentários ao Código de Processo Civil*. t. VI. 3. ed., com atualização legislativa de Sergio Bermudes, Rio de Janeiro, 1998. p. 165; *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro, 1976. p. 144).

9. Alude o texto à “mesma lide”, não ao “mesmo processo”: não restringe a este o veto à nova decisão. Corretissimamente, Moniz de Aragão, *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1992. p. 266: “A primeira oração (“nenhum juiz decidirá”) mostra que seus efeitos ultrapassam os lindes de um determinado processo e abrangem outro qualquer. Sob esse aspecto a regra afirma os princípios inerentes à coisa julgada material a que inquestionavelmente se refere”.

preconizada, a revisão de decisões.¹⁰ Assim — sempre *de lege lata* —, o art. 471 e seus incisos exigem daquela proposta credenciais que ela não parece capaz de exibir.

Vamos ao art. 474. Nele se consagra a eficácia preclusiva da coisa julgada material,¹¹ utilizando-se a técnica (um tanto grosseira) da ficção jurídica. Diz o texto que se “reputarão” deduzidas e repelidas as alegações e defesas *ex utraque parte*, ainda quando fossem capazes, se deduzidas, de levar o processo a desfecho diverso. Noutras palavras, “fingir-se-á” que as deduziu o legitimado a tanto, mas o juiz não as acolheu. A rigor, nem essa formulação é exata: a eficácia preclusiva abrange também as questões (como as de direito) de que o próprio órgão judicial poderia haver conhecido *ex officio*, porém lhe escaparam à atenção.

Cumpra ressaltar a distinção entre a problemática da eficácia preclusiva e a dos limites objetivos da coisa julgada, regidos estes fundamentalmente, com dicção negativa, pelo 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 incidentalmente no processo”). São duas disciplinas inconfundíveis e, por assim dizer, complementares. De um lado, mesmo as questões efetivamente *resolvidas*, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior *sobre lide diversa*. De outro lado, até as questões *não resolvidas* subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior *sobre a mesma lide* (ou, adite-se, sobre lide subordinada). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se torna imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada.¹²

10. Sem dúvida, na ação rescisória, procedente que seja o pedido de rescisão, pode caber (e cabe na maioria dos casos) o reexame da matéria julgada (art. 494), mas isso acontece precisamente porque se desfez, no *iudicium rescindens*, o óbice da *res iudicata*; acrescente-se que, segundo entendimento pacífico, é *taxativo* o rol dos possíveis fundamentos da rescisória, constante do art. 485 (vide MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 11. ed. Rio de Janeiro, 2003. p. 154, com outras indicações bibliográficas, do Brasil e de países que têm institutos análogos, em a nota 126).

11. Sobre o assunto, permitimo-nos remeter o leitor ao nosso escrito A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas... Primeira Série*, op. cit., p. 97 e ss., onde o versamos com algum desenvolvimento.

12. Merecem transcrição, pela clareza e precisão com que explicam o princípio segundo o qual “a coisa julgada cobre o deduzido e o deduzível”, as palavras (aplicáveis ao direito brasileiro) de Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Nápoles, 2002. p. 63: “Questo principio, se inteso in modo corretto (il che non sempre avviene), non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: individuato (alla stregua di criteri cui è del tutto estraneo il principio ora in esame) l’ambito oggettivo del giudicato, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e deducibile ci sta a dire solo che il risultato del primo processo non potrà essere rimesso in discussione e peggio diminuito o disconosciuto attraverso la deduzione in un secondo giudizio di questioni (di fatto o di diritto, rilevabili d’ufficio o solo su eccezione di parte, di merito o di rito) rilevanti ai fini dell’oggetto del primo giudicato e che sono state proposte (dedotto) o che si sarebbero potute proporre (deducibile) nel corso del primo giudizio”.

Do exposto infere-se com facilidade que não é preciso “relativizar” o que quer que seja para negar a existência do obstáculo da *res iudicata* à cognição da matéria litigiosa em processo subsequente relativo a *outra lide*.¹³ A coisa julgada (com sua eficácia preclusiva) unicamente prevalece dentro das fronteiras que o ordenamento positivo lhe traça. Reconhecer e respeitar essas fronteiras de modo algum equivale a “relativizá-la”.

3. A COISA JULGADA MATERIAL COMO SITUAÇÃO DOTADA DE EFICÁCIA PRECLUSIVA

Convém explorar um pouco mais a fundo — embora, obviamente, sem a pretensão de esgotá-lo — o tema da coisa julgada material como situação dotada de eficácia preclusiva.¹⁴ Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõem *desconformidade* com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia *constitutiva*. Outras há que, ao contrário, pressupõem *conformidade*, ao menos no essencial, com a situação anterior; a respectiva eficácia é meramente *declaratória*. Mas ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem a eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará *da nova situação*. Opera-se, por assim dizer, uma *cisão* entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita.

A prescrição é exemplo típico, no plano material, dessa espécie de situações. Certamente, para fazê-la valer, é necessário, em regra, que o interessado a alegue (Código Civil, art. 194); se, contudo, ele o faz, e o juiz acolhe a arguição, despe-se de toda e qualquer relevância a questão de saber qual era, na verdade, a situação anterior. Pode ser que o crédito existisse, pode ser que não; pode ser que a pretensão fosse fundada, pode ser que não. Acolhendo a arguição de prescrição, o juiz dará por

13. Foi o que fez Ada Pellegrini Grinover, no parecer publicado no nº 10 do *Informativo Incijur*, p. 5/6. É possível que a ilustre parecerista, em algum outro trabalho, que não conhecemos, haja aderido à tese da “relativização”. Esse parecer, contudo, não é invocável a favor dela. Basta ler a ementa para verificar que a questão se cifrava em saber se a sentença de improcedência em ação de nulidade de escritura pública de reconhecimento de filiação obstava ao julgamento de outra ação, declaratória da inexistência de relação de filiação, fundada em ausência de vínculo biológico. A conclusão da autora foi a de que “o objeto do processo da ação anulatória da escritura de reconhecimento não é igual ao objeto do processo de ação declaratória de inexistência da relação de paternidade”, e portanto “a improcedência da ação anulatória não impede a propositura e eventual procedência de ação declaratória de inexistência de relação de paternidade”. Pode-se concordar ou discordar dessa conclusão; o que não se pode é enxergar nela adesão à proposta “relativizadora”.

14. A exposição que se segue baseia-se na contribuição de Falzea, verbete *Accertamento* — teoria generale. In: *Enciclopedia del diritto*. I. 1958. p. 208 e ss., aproveitada por GUIMARÃES, Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro — São Paulo, 1969. p. 30-31.

encerrada sua atividade cognitiva: nada mais tem que investigar, e errará gravemente se acrescentar, na sentença, o que quer que seja a respeito da relação jurídica litigiosa. Outro exemplo é a usucapião: uma vez consumada, não interessa perquirir se o usucapiente já era proprietário, a título diverso, ou se só agora adquiriu a propriedade. O passado tornou-se irrelevante.

Pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar — salvo expressa exceção legal — para indagação alguma acerca da situação anterior.¹⁵ Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* — sempre com a ressalva acima — a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.

Naturalmente se concebe que, em algum caso, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, segundo o direito material. Os juízes não gozam da prerrogativa da infalibilidade: podem apreciar mal a prova, resolver erroneamente as *quaestiones iuris*; ou talvez o interessado não estivesse em condições de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, porque, digamos, fora destruído o documento decisivo. A sentença terá sido, porventura, injusta. De sua possível injustiça, todavia, só há cogitar se ainda é utilizável algum meio de tentar modificá-la. Formada a *res iudicata*, corre-se sobre a questão uma cortina opaca, que apenas disposição legal — a título excepcional, repita-se — pode consentir que se afaste.

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela enseja às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo (e, em nosso ordenamento, *expressis verbis* o autoriza: art. 130) a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas; chega, em certas hipóteses (como, entre nós, as do art. 475 e dispositivos análogos), a fazer obrigatória a revisão, em grau superior, da matéria julgada. Há, porém, um momento em que a preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. Desse momento em diante, impede a lei que se prossiga na investigação; e, se foi julgado o mérito (= foi composta a lide), proíbe que, em qualquer processo futuro, se ressuscite o assunto. Algumas legislações, como a nossa, nem mesmo aí põem um ponto final: permitem ainda a impugnação da decisão, mas têm o cuidado de limitá-la a

15. Sob o regime de 1939 (do qual não se afasta, na substância, o vigente), escrevia Machado Guimarães, op. cit. na nota 14, *supra*, p. 25: “Esta regra, da eficácia preclusiva, é de aplicação rigorosa, só derogada em casos excepcionais expressamente dispostos na lei, como é, por exemplo, o previsto no inciso I do citado art. 1.010” (hoje, art. 741) do estatuto processual.

determinados casos, havidos por muito graves e taxativamente previstos, e, em geral, tratam de fixar um prazo fatal para a utilização da via impugnativa — consoante se dá, no direito brasileiro, com a ação rescisória (art. 495).

Fora de semelhantes lindes, simplesmente não tem propósito tentar repor em questão a justiça do julgamento. Ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um *point of no return*. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do alveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial.

4. SIGNIFICAÇÃO DO FENÔMENO DO PONTO DE VISTA DA POLÍTICA JURÍDICA

É comum justificar-se o fenômeno da coisa julgada material, do ponto de vista da política jurídica, pela necessidade de *segurança* na vida social. Cumpre que as pessoas saibam em que pé estão no mundo do direito, para poderem pautar sua própria conduta por esse conhecimento. Surgindo uma crise, entrando em conflito interesses, instalando-se um litígio, e não sendo possível regularizar a situação no plano privado, o aparelho judiciário fica à disposição dos interessados para formular a norma jurídica concreta a ser observada (e, se preciso for, atuá-la praticamente).¹⁶ A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã — e não atingiria o fim a que visa — se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações. A tanto obsta o mecanismo da *res iudicata*.

Essas são noções elementares; mas a expressão “segurança” parece algo pálida para traduzir a significação inteira do fenômeno.¹⁷ Ele só se deixa apreender em toda a sua importância quando olhado por mais de um ângulo. Para as partes (e, eventualmente, para terceiros acaso sujeitos à coisa julgada, v.g. os sucessores das partes, o substituído nos casos de substituição processual), o aspecto que mais ressalta é na

16. Remetemos aqui à definição de jurisdição proposta por LIEBMAN, *Manuale...* v. I. p. 6: “*l’attività degli organi dello Stato diretta a formulare e ad attuare praticamente la regola giuridica concreta che, a norma del diritto vigente, disciplina una determinata situazione giuridica*”.

17. Com isso não pretendemos minimizar a importância desse elemento nem sua significação para a valoração das propostas “relativizadoras” — ponto que põe em relevo MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: *Genesis — Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 432 e ss.

verdade o consistente na certeza de que, para todos os efeitos práticos, sua situação, *sub specie iuris*, é aquela definida na sentença, e não outra qualquer. A parte vencida pode e costuma lamentar semelhante resultado; no entanto, feita abstração dos acidentes psicológicos e emotivos que o desfecho do pleito possa haver desencadeado, não será pouco razoável pensar que *até esse litigante* algum proveito colheu: ele agora sabe em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário — *não menos*, mas *tampouco mais* do que estatuiu a sentença.

Quanto ao vencedor, não há como deixar de reconhecer-lhe o direito à observância do julgado.¹⁸ Ele recorreu ao Estado, proibido que estava de fazer justiça por suas próprias mãos; recebeu a prestação jurisdicional; essa conquista seria ilusória se subsistisse a possibilidade, fora dos casos legais, de escapar-lhe das mãos a vitória na próxima curva do caminho. Acrescente-se que a garantia é irrenunciável: nenhuma validade teria a declaração do litigante vitorioso de que, apesar da coisa julgada que o beneficia, ele “consente” em que a lide seja objeto de novo julgamento.¹⁹

O interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas.²⁰

A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidío perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranqüilidade social.

Last but not least, ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez. Corre-lhe o dever de prestar jurisdição; se já o cumpriu, *solutus est*: seria peso intolerável a necessidade de repetir a prestação quantas vezes lho vier a solicitar o inconformismo de algum insatisfeito com o teor da decisão. De resto, já ninguém hoje concebe o direito de ação como direito a uma sentença *favorável*;

18. Como ensinava MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. III. 9. ed. São Paulo, 1987. p. 239, existe em nosso ordenamento “o direito público subjetivo de ser exigido o respeito à coisa julgada”.

19. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro, 2004. p. 486: “A coisa julgada é instituto processual de ordem pública, de sorte que a parte não pode abrir mão dela”. No mesmo sentido, em sede monográfica, TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo, 2002. p. 72. De resto, não há notícia de autor algum que, no Brasil, sustente o contrário.

20. “Die materielle Rechtskraft ist nicht nur im Interesse der einzelnen Partei angeordnet, sondern liegt ebensowohl im allgemeinen Interesse einer geordneten Rechtspflege und des Rechtsfriedens (A coisa julgada material não se ordena somente ao interesse da parte singularmente considerada, senão igualmente ao interesse geral numa atividade judicial ordenada e na paz social)”: JAUERNIG. *Zivilprozessrecht*. 24. ed. Munique, 1993, p. 224. Em meados do século passado já aludia NIKISCH. *Zivilprozessrecht*. 2. ed. Tübingen, 1952. p. 401, ao interesse geral na criação e conservação da paz social, à economia racional na asseguuração da tutela judicial a cargo do Estado e à autoridade estatal inerente à decisão do juiz.

nem, por conseguinte, se há de conceber o dever de prestar jurisdição como o dever de dar ganho de causa a quem a requeira. Exercitado o direito de ação (ou o correlato direito de defesa), entregue a prestação jurisdicional, não se descobre *com que fundamento* será possível exigir a renovação da atividade estatal. Em relação àquela lide, *já não subsiste direito de ação*²¹, *nem dever de prestar jurisdição*: toda reiteração não prevista em lei carecerá de base jurídica, será juridicamente ilegítima. Não é por acaso que o Código de Processo Civil ordena ao juiz que conheça de ofício da preliminar de coisa julgada (art. 301, VI, e § 4º), recusando-se a examinar o mérito²² quando a encontre fundada (art. 267, V); e inclui a ofensa à *res iudicata* entre as poucas (e taxativamente enumeradas) hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485, IV). Nessa perspectiva, bem se compreende que o respeito à coisa julgada seja visto como elemento característico do Estado de direito.²³

À vista de tudo isso, deixa de produzir impressão mais funda a proclamação de que é absurdo “*eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas*”.²⁴ Tal formulação, aliás, não espelha com fidelidade a clara opção do ordenamento: o que ele faz, para evitar a eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar do dilema “justo ou injusto” no concernente ao teor da sentença. Se assim, num caso ou noutro, se leva à eternização de alguma injustiça, esse é preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores.

5. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Até aqui, focalizamos o assunto no plano da legislação ordinária em vigor. A essa luz, não hesitamos em negar a possibilidade de toda e qualquer “relativização” da coisa julgada material além dos limites em que já a prevê o ordenamento positivo. É mister, porém, analisar o problema em nível constitucional.

A exemplo de suas antecessoras, estabelece a Carta de 1988 que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º,

21. “O mais significativo efeito *processual* da coisa julgada material é a *extinção do direito de ação*” (DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 4. ed. São Paulo, 2004. p. 103; grifos do autor).

22. Vale sublinhar que o juiz não fica unicamente impedido de julgar *em sentido diverso*. A vedação é mais radical: a lei o proíbe de *julgar de novo* (cf., com toda a correção aqui também, ARAGÃO, Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. p. 215: “A ‘ofensa’ (...) consiste em simplesmente pronunciar-se. Desde que o faça, com isso *ofende* a coisa julgada, sendo irrelevante que o novo julgamento coincida ou não com o anterior” (grifado no original). Daí caber em ambos os casos a ação rescisória *ex art. 485, IV*: *vide* MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao C.P.C.*. v. V. p. 128.

23. A coisa julgada material está constitucionalmente ancorada no “*Rechtsstaatsprinzip*”, frisa a doutrina alemã: ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. 16. ed. Munique, 2004. p. 1.055. Cf., entre nós, NERY JR., Nelson. Coisa julgada e o Estado democrático de direito. *Rev. Forense*, v. 375, p. 142-143.

24. DINAMARCO, Cândido. *op. cit.* na nota 2, *supra*, p. 68 (grifado no original).

XXXVI). Leitura superficial desse texto verá nele simples regra de direito intertemporal: aí se consagra limitação tradicional à retroeficácia da lei.²⁵ Todavia, por sob o singelo enunciado, palpita realidade bem mais rica.

Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I (*Dos direitos e garantias individuais e coletivos*) do Título I (*Dos direitos e garantias fundamentais*). Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, *fine*. Destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas *individual*, senão também *coletiva*. Protege-se igualmente *a coletividade*. Segundo já se registrou (*supra*, nº 4), esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (*rectius*: do aparelho estatal *in genere*). Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.

A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, LIV). Como é pacífico, deve ser interpretada com largueza a disposição que a ele se refere: não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí, será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias — e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados.

6. A ALEGADA EXISTÊNCIA DE CASOS MERECEDORES DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. UM CRITÉRIO INACEITÁVEL DE IDENTIFICAÇÃO

Nos itens anteriores descrevemos um sistema, com fulcro em dados do nosso direito positivo, constitucional e infraconstitucional. Neste ponto, contudo, devemos mudar de ângulo visual, para considerar a posição daqueles que, sem contestar que a coisa julgada material represente — ao menos em princípio — obstáculo à reapreciação da matéria decidida por sentença trânsita em julgado, afirmam a existência de casos especiais, mercedores de tratamento diferenciado, e em relação aos quais se impõe a “relativização” (ou, mais exatamente, a *ampliação* dela).²⁶

25. Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. op. cit. na nota 1, *supra*, 4. ed., p. 83-84.

26. Assim, DINAMARCO, Cândido. op. cit. na nota 2, *supra*, p. 72-73, que ressalta a *excepcionalidade* das hipóteses para as quais se sugere a “infringência” da coisa julgada.

Conforme se assinalou oportunamente (*supra*, nº 2), dois são os caminhos trilhadados para chegar à tese: ou se nega, nesses casos, a própria existência da *res iudicata*, ou se sustenta que, apesar de existir, ela comporta desconsideração. Impende examinar em separado cada um desses modos de pensar, com os argumentos empregados para servir-lhes de apoio.

Logo de começo, porém, cabe um reparo de ordem genérica. Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta “relativizadora” não pode deixar de advertir-se da insuficiência, para justificá-la, da mera invocação de eventual “injustiça” contida na sentença passada em julgado.²⁷ Condição a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto: mal comparando, algo como uma sinfonia não apenas *inacabada*, como a de Schubert, mas *inacabável* — e bem menos bela.²⁸

Nem adianta muito restringir o alcance do substantivo “injustiça” apondo-lhe o adjetivo “grave”²⁹ ou outro equivalente (“flagrante”, “abusiva”, “absurda” e por aí além). Distinguir o que é e o que não é “grave” tem sido fonte constante de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo. Haja vista, no direito das obrigações, a teoria da culpa: são bem conhecidas as oscilações e controvérsias que, por séculos a fio, perturbaram doutrina e jurisprudência empenhadas em diferenciar os casos de “culpa grave” (*lata*) e os de “culpa leve” (e até “levíssima”). O empenho de traçar linhas fronteiriças na gradação da culpa produziu um emaranhado de critérios, de feição não raro bizantina. O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em boa hora pôs de lado as preocupações do direito anterior a tal respeito,³⁰ o ordenamento civil brasileiro

27. Esse aspecto do problema é bem explorado por SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? *Rev. Jurídica*, n. 316, p. 11 e ss., cujas ponderações pedimos licença para subscrever. Dizia GUIMARÃES, Machado. op. cit. na nota 14, *supra*, p. 29, sob o regime anterior, mas em lição ainda válida hoje: “O direito positivo atribui igual disciplina, idêntica validade e imutabilidade à sentença revestida de autoridade de coisa julgada, seja ela justa ou injusta”. E chegava ao ponto de afirmar que “a sentença injusta revestida da *auctoritas rei iudicatae* é a pedra-de-toque para aferir a natureza da coisa julgada”.

28. Dá mostra de bom senso CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*, op. cit. na nota 1, *supra*, 4. ed., p. 195, ao escrever: “não se pode simplesmente admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido”. E adita: “a se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria”.

29. No trabalho de Cândido Dinamarco, op. cit. na nota 2, *supra*, p. 67-68, aparece a locução “injustiças graves”. Mas o autor, a bem da verdade, não se satisfaz com esse inconfiável suporte: é mais requintada sua construção, que adiante examinaremos (*infra*, nº 6).

30. *Vide*, por exemplo, ESSER/SCHMIDT. *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*. v. 2. 5. ed. Heidelberg — Karlsruhe, 1977. p. 44-45.

também “afastou estas filigranas”.³¹ Continuamos às voltas com o problema da caracterização do “dano grave” e da “lesão grave” (arts. 172, § 1º, 558, *caput*, 798). Seria lamentável que tivéssemos de desperdiçar mais tempo e energias no trato de questão análoga, a fim de discernir as hipóteses de “injustiça grave” e de “injustiça leve”, aquelas suscetíveis, estas não (por quê?), de fundamentar a revisão do julgado — com o risco de nos enlarmos num casuísmo exacerbado... e exacerbante.

7. O CRITÉRIO BASEADO NA “IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DOS EFEITOS SUBSTANCIAIS DA SENTENÇA”

Uma das mais articuladas propostas de “relativização” procura individualizar os casos merecedores de tratamento especial recorrendo à noção da coisa julgada como “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença”.³² A essência da argumentação consiste na assertiva de que, “incidindo a *auctoritas rei iudicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, (...) onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material”. Após rápida alusão às sentenças meramente terminativas, passa o autor a figurar outras que, sendo embora de mérito, não podem surtir aqueles efeitos, porque contrariam normas ou princípios de nível superior. E vem a exemplificação: sentença “que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro”; sentença “que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua carne, em consequência de uma dívida não honrada”; sentença “que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual”.

Reconheça-se desde logo que os exemplos são, por assim dizer (sem ironia), pitorescos. Outra questão é saber se existe alguma probabilidade de que hipóteses tão esdrúxulas se concretizem no mundo real. A da condenação a dar peso de carne foi extraída — e o autor explicita-o em nota — da obra de Shakespeare “O mercador de Veneza”. Não se pode adivinhar o que pensaria o bardo de Stratford-on-Avon desse aproveitamento, séculos depois, de uma situação fictícia mesmo ao tempo em que lhe ocorreu fazer dela o eixo de sua peça. Com a devida vênia, e sem quebra do respeito à grande autoridade intelectual do jurista, os restantes exemplos parecem igualmente haver sido escolhidos a dedo, como outrora os livros destinados *ad usum Delphini christiani*.

Não é esse, porém, o reparo maior que a tese suscita. Sua falha básica reside em fazer depender a conclusão (inexistência da coisa julgada material) de uma premissa teórica

31. A expressão é de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 15. ed. Rio de Janeiro, 1997. p. 233. O direito português deixou igualmente de atender “às distinções de sabor escolástico que os autores costumavam estabelecer entre *culpa lata* (*grave ou grosseira*), *culpa leve* e *culpa levíssima*” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra, 2000. p. 577; grifos do autor).

32. A locução entre aspas é de Cândido Dinamarco, op. cit. na nota 2, *supra*, p. 58, onde se inicia a exposição da tese do autor.

que nada tem de pacífica, a saber a de que a *auctoritas rei iudicatae* é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença.³³ Pouco importa saber se a concepção exposta aí reflete ou não de modo exato a doutrina de que o autor, noutra obra, se confessa adepto.³⁴

Seja como for, a tese que no momento interessa é a da identificação entre *coisa julgada* e imutabilidade *dos efeitos* da sentença; é dessa que se vale a construção, logo essa é que fica sujeita ao crivo da crítica.

Parece-nos desnecessário (e fastidioso) reproduzir neste passo os argumentos com que nos animamos a contestar a idéia de uma vinculação entre a imutabilidade característica da *res iudicata* e os efeitos da sentença.³⁵ O principal, no entanto, é que semelhante idéia não foi acolhida pelo ordenamento processual brasileiro: nos termos do art. 467, o que se torna “imutável e indiscutível”, com a coisa julgada, é *a própria sentença*, não os respectivos efeitos.³⁶ À construção ora sob exame falta, pois, fundamento legal, além de apoio doutrinário maciço.³⁷

33. *Vide*, sobretudo, p. 59, último parágrafo, onde se diz que a coisa julgada “não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença”, e portanto, sendo juridicamente impossíveis os efeitos, dessa inexistência “decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los”.

34. Ou seja, à de Liebman, invocada *expressis verbis* em DINAMARCO, Cândido. *Instit.*, v. III, op. cit., p. 304. *Vide* o que se observou na nota 2, *supra*.

35. Pedimos licença para remeter o leitor aos escritos em que versamos o tema *ex professo*: um deles, já cit. na nota 6, *supra*, *Efic. da sent. e autor. da c. julg.*, espec. p. 108 e ss.; outro, anterior, intitulado Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito Processual Civil (Ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro, 1971. p. 133 e ss., espec. 138/9. Na mais recente literatura pátria, vários são os autores que negam a correlação entre a coisa julgada e os efeitos da sentença: v.g., PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro, 1996. p. 54 (onde se atribuem à *sentença transitada em julgado* as características da imutabilidade e indiscutibilidade); ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo, 2000. p. 124 e ss.; TESHEINER, José Maria. *Efic. da sent. e c. julg. no proc. civ.*, p. 72 e ss.; MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro, 2004. p. 11 e ss.; NERY JR., Nelson. art. cit., p. 145, nota 6. Bem recentemente, eis o que diz Ovídio A. Baptista da Silva no artigo em que critica a tese da “relativização”: *C. julg. relat.?*, op. cit., p. 14: “A sugestão de Liebman, propondo que a coisa julgada torne ‘imutável’ tanto o ‘conteúdo’ quanto os ‘efeitos’ da sentença, constitui nova fonte de enganos”. Tampouco FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004. p. 821 e ss., estabelece qualquer vinculação entre coisa julgada material e efeitos da sentença.

36. Cf. ARAGÃO, Moniz de. *Sent. e c. julg.*, p. 239. Tratamos, com algum desenvolvimento, da questão (à qual damos resposta negativa) de saber se o diploma de 1973 acolheu a teoria de Liebman em artigo intitulado *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*, destinado ao volume de estudos em homenagem a Giuseppe Tarzia e publicado in *Rev. de Proc.*, n. 117, p. 42 e ss.

37. Seja-nos lícito registrar, de passagem, que nem sequer na moderna literatura italiana tem prevalecido a tese da correlação entre coisa julgada e efeitos da sentença. Em COMOGLIO; FERRI; TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha, 1995. p. 7642, ela se vê expressamente refutada. Salvo engano, também a rejeita MONTELEONE. *Diritto Processuale Civile*. v. II. Pádua, 1995. p. 202, onde se identifica a *auctoritas rei iudicatae* numa “*qualità della sentenza*” — não dos respectivos efeitos. PISANI, Proto. *Lezioni*. op. cit., p. 61-63, e MONTESANO; ARIETA. *Diritto Processuale Civile*. v. II, 2. ed. Turim, 1997. ps. 383 e ss., tratam da coisa julgada material sem relacioná-la de modo algum com os efeitos da sentença. O mesmo acontece em monografias como as de MENCHINI. *Il giudicato civile*. Turim, 1988, e CAPONI. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão, 1991. Certo que uma questão científica não se resolve mediante votação — como tampouco se resolve, aliás, mediante consulta ao “homem da rua”, cuja suposta opinião é invocada por DINAMARCO, Cândido. op. cit. na nota 2, *supra*, p. 68.

8. A “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

Já se notou (*supra*, nº 1) que a expressão “coisa julgada inconstitucional” é tecnicamente defeitosa: na sentença, e não em sua imutabilidade, é que se pode conceber a existência de contrariedade à Constituição. A sentença que ofenda a Constituição comporta impugnação por meio de recursos previstos no ordenamento positivo; um deles se ordena precipuamente a essa impugnação: o recurso extraordinário *ex art.* 102, III, letra *a*, da Carta da República. Se porventura transitar em julgado com a mácula, caberá ação rescisória para desconstituí-la: é pacífico que o texto do art. 485, V, do Código de Processo Civil (*verbis* “literal disposição de lei”) abrange a Constituição.³⁸ A admissibilidade da ação rescisória³⁹ milita contra a tese de que tal sentença é *nula* (no sentido próprio)⁴⁰: não há necessidade de ação para desconstituir o que já é nulo;⁴¹ e, não havendo necessidade, não há interesse na propositura.⁴²

Seja como for, esses — e não outros quaisquer — são os meios de controle da constitucionalidade das decisões judiciais previstos no ordenamento. Difere, no particular, a sistemática do controle da constitucionalidade das leis, para o qual a própria Constituição traça regras expressas (arts. 52, X, 97, 102, I, letra *a*, 103), tanto no que concerne ao controle difuso ou incidental quanto no que respeita ao controle concentrado ou abstrato. A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisão* que a coisa julgada produz (*supra*, nº 3) entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela.⁴³ A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.⁴⁴

38. *Vide*, por todos, MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao C.P.C.* t. VI. op. cit. p. 227.

39. Reconhecida por THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. op. cit. na nota 24, *supra*, p. 96.

40. Interessante notar que, na lição de Cândido Dinamarco, um dos líderes da campanha em prol da “relativização”, “não há sentenças nulas *de pleno direito*” (*Instit...* v. III. op. cit. p. 684; grifado no original).

41. “O que é nulo, como se sabe, nenhum efeito produz e não reclama desconstituição judicial” (THEODORO JR., Humberto. *Curso...* v. I. op. cit. p. 612).

42. Perfeitamente corretos os ensinamentos de THEODORO JR., Humberto. *Curso...* v. I. op. cit. p. 55-56: “O interesse de agir (...) surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial”; “Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*” (grifos do autor).

43. Ainda aqui nos socorremos da lição de PISANI, Proto. *Lezioni*. p. 62: “*A seguito del formarsi del giudicato sostanziale la fattispecie da cui deriva il diritto fatto valere in giudizio rinvia la fonte della propria rilevanza giuridica unicamente nell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato e non più nella norma generale ed astratta*”.

44. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo, 1990. p. 280; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo, 2000. p. 252-253. Em obra mais recente, embora proclame a existência de “forte tendência à relativização”, Luís Roberto Barroso reconhece: “sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figura-

No tocante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de declaração de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de inconstitucionalidade, tamanho foi o empenho do legislador na preservação da respectiva estabilidade, que se chegou ao extremo de preexcluir o cabimento de ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 26, *fine*). Certamente, poderá alguém discordar da decisão, pensar que ela é errônea e fere a Lei Maior. Mas a discordância não terá relevância prática. Seria estranho paradoxo admitir a desconsideração de uma coisa julgada que *nem sequer pela rescisória* é possível atacar. Vem a pêlo recordar a fórmula norte-americana segundo a qual a Constituição nada mais é que “*the Supreme Court’s last guess*”.

Ao que tudo faz crer, cabe aditar, os meios de controle previstos no ordenamento positivo são suficientes para atingir o fim visado. Os exemplos (confessadamente excepcionais) que se costumam invocar para fundamentar a proposta de “relativização” ou têm sabor meramente acadêmico,⁴⁵ ou não permitem juízo seguro, pela sumariedade dos dados que se ministram; conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo.

va como limite à retroatividade do julgado [que pronuncia a inconstitucionalidade], a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória”; e mais: “o entendimento que prevalece na doutrina é o de que, transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória, já não será mais possível desfazer a decisão, ainda quando se constate posteriormente sua inconstitucionalidade, salvo em se tratando de matéria penal” (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 2004. p. 167, 169). BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 1958. p. 138, e ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo, 2001. p. 56, 149, só aludem à ação rescisória como meio de ataque à sentença proferida em desacordo com a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da lei que o juiz aplicou; o segundo desses autores é categórico em afirmar que, “transcorrido o prazo decadencial para seu [isto é, da rescisória] ajuizamento, a situação jurídica, mesmo inconstitucional, restará consolidada e insuscetível de ajustamento”. Cf., na jurisprudência do STF, os acórdãos de 31.5.1977, R.E. nº 86.056, e de 17.6.1983, Recl. nº 194. A Constituição portuguesa, conquanto atribua à declaração de inconstitucionalidade efeitos “desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional”, ressalva expressamente “os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido” (art. 282, nºs 1 e 3).

45 Como é, note-se com a devida vênia, o da decisão que deferisse a secessão de Estado-membro, figurada por Cândido Dinamarco, op. cit. na nota 2, *supra*, p. 59; e são vários dos arrolados por José Augusto Delgado. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, no mesmo vol., p. 101 e ss. (v.g., o da sentença “que não reconheça como brasileiros natos os nascidos no Brasil”, ou “que proíba a União executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária”). Sempre com o máximo respeito aos ilustres autores, tomamos a liberdade de declarar que não nos impressiona minimamente esse tipo de argumentação *ad terrorem*. Impressiona-nos, por outro lado, a extensão da lista das hipóteses vistas pelo eminente Ministro do Superior Tribunal Federal — a quem prestamos a homenagem de nossa admiração e estima — como de sentenças “que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas”: depara-se nela até “a reconhecadora da existência de um fato que não está adequado à realidade” (p. 101, letra e), isto é, a que contenha simples erro de fato, independentemente das circunstâncias que precisariam concorrer para torná-la rescindível *ex art.* 485, IX e §§1º e 2º, do Código de Processo Civil. Dir-se-ia que somente *juízes infalíveis* são capazes de proferir sentenças merecedoras de revestir-se da *actoritas rei iudicatae*...

9. UM CASO REALMENTE DOTADO DE CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS

Dentre a abundante (e não raro desconcertante) exemplificação invocada a favor da proposta “relativizadora”⁴⁶, há um caso que se distingue pela incontestável relevância. Para ele, por sinal, tem-se voltado com maior frequência, ao que nos consta, o olhar dos tribunais. Referimo-nos à possibilidade de que, transitada em julgado a sentença em ação de investigação de paternidade, venha a realizar-se o exame designado pelas iniciais DNA, desconhecido ao tempo do processo, e daí resulte a comprovação, positiva ou negativa, da filiação biológica, em sentido inverso ao que se admitiu na sentença.

Impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado. A toda pessoa deve reconhecer-se o direito de ver declarada em termos verdadeiros a relação de filiação que a liga a outra, assim como a esta, reciprocamente, o direito de ver negada, em termos igualmente verdadeiros, a condição de pai daquela. A discrepância entre a motivação *in facto* da sentença e a realidade assume aí colorido mais chocante do que noutras hipóteses.

Não é, contudo, tal discrepância, por si só, que torna o caso tão especial. Afinal de contas, o que está em causa, como em todos os outros, é a eventual injustiça da solução dada ao litígio — e, por delicada que seja a matéria, já se mostrou que a injustiça não é razão suficiente para submeter a regime excepcional a sentença transitada em julgado. O assunto demanda consideração mais cuidadosa.

Seja dito, antes de prosseguirmos, que estamos aqui presumindo, à guisa de hipótese de trabalho, a plena confiabilidade dos resultados do teste de DNA. Semelhante premissa não é incontroversa: têm-se suscitado dúvidas, no plano científico, sobre o grau de certeza que se pode esperar da prova, notadamente em vista de falhas técnicas suscetíveis de ocorrer no procedimento laboratorial.⁴⁷ De resto, conforme reconhecem autores favoráveis à “relativização”, “a História demonstra quão instáveis são os enunciados científicos, e não são raras as descobertas de algo novo e de avanços nos mais variados setores da ciência, que fazem cair por terra resultados que chegaram a ser considerados como de-

46. A rigor, alguns dos exemplos nada têm que ver com o problema da apregoada “relativização” da coisa julgada material. Assim, o da sentença proferida sem a regular citação do réu, que permaneceu revel (DINAMARCO, Cândido. *op. cit.* na nota 2, *supra*, p. 70) — hipótese prevista e regulada no art. 741, I, do estatuto de 1973 (e, antes dele, no art. 1.010, I, do diploma de 1939). A questão não diz respeito ao *teor* da sentença, mas à sua *validade*, posta em xeque *por vício do processo*. Os embargos podem ser oferecidos tanto à execução definitiva quanto à provisória — o que evidencia a nenhuma influência da *res iudicata* no tratamento da matéria.

47. Vide, por exemplo, BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial — uma revisão crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 714, p. 296, e RACHTENBERG, Anete. O poder e as limitações dos testes sanguíneos na determinação de paternidade. *Revista Ajuris*, n. 63, p. 324 e ss.

finitivos”.⁴⁸ Façamos, entretanto, abstração de tudo isso, e consideremos a questão nos termos que hoje parecem mais verossímeis.

O que particularmente chama a atenção do estudioso, no caso, não é tanto, repita-se, a eventual desconformidade entre a situação real e a aceita como real pelo juiz. É, acima de tudo, a convicção de que tal desconformidade *seria evitável* se se pudesse contar com a prova científica, não disponível ao tempo do processo. Em regra, as divergências do gênero decorrem da omissão em produzir-se alguma prova (possível), ou da má apreciação da prova produzida; em suma, do comportamento insatisfatório da parte, do juiz ou de ambos. Aqui, não: por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, empenhados um e outro na cabal averiguação dos fatos, não teria havido a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, *por causa da inexistência* (ou — o que dá praticamente no mesmo — do desconhecimento, pela ciência) *do meio mais idôneo à apuração da verdade*.

O Código de Processo Civil contempla, como fundamento do pedido de rescisão, a obtenção, posterior à sentença, de documento novo, “cuja existência [o autor] ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII). Tem-se interpretado esse dispositivo como referente a documento *que já existia* quando da sentença rescindenda. Assim nos pronunciamos, ao comentar a norma, com o apoio de doutrina e jurisprudência praticamente unânimes, no Brasil e em países cujos ordenamentos contêm disposições análogas.⁴⁹ Tivemos o cuidado, todavia, de deixar expressa a ressalva “em princípio”; e em notas indicamos dois exemplos em que se abriu exceção à regra: um colhido em decisão do Superior Tribunal de Justiça (sentença penal absolutória superveniente ao primeiro processo), outro apontado na doutrina italiana e colhido na jurisprudência alemã (documento público formado posteriormente, comprobatório de fato alegado no primeiro feito, nomeadamente certidão de nascimento capaz de provar, *a posteriori*, adultério não reconhecido no processo de divórcio). Pois bem: o STJ vem admitindo a idoneidade do laudo de exame de DNA, obtido depois de findo o pleito de investigação de paternidade, para lastrear ação rescisória com invocação de “documento novo”.⁵⁰

48. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada — hipóteses de relativização*. São Paulo, 2003. p. 189.

49. MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao C.P.C.* v. V. op. cit. p.136-137 (nas notas 89 e 90, as indicações bibliográficas e jurisprudenciais).

50. Nesse sentido, em data ainda muito recente, o acórdão de 28.4.2004, no R. Esp. nº 300.084, in *D.J.* de 6.9.2004, cuja ementa reza: “O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se ‘documento novo’ para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”. No texto da decisão, disponível no *site* do STJ na internet, indicam-se outros precedentes.

Não é demais pôr em relevo que o Tribunal de modo algum declarou “nula” a sentença rescindenda, nem inventou novo meio de provocar o reexame da matéria. Limitou-se a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de “documento novo”. Soube conciliar — e faz jus, por isso, a todos os louvores — uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo.

10. A QUESTÃO DOS MEIOS PROCESSUAIS UTILIZÁVEIS PARA A “RELATIVIZAÇÃO”

O direito positivo brasileiro conhece remédios processuais idôneos para desconstituir sentenças trânsitas em julgado, nalgumas hipóteses em atenção à gravidade de *errores in iudicando*: assim, v.g., na da ação rescisória ex art. 485, VI (sentença fundada em falsa prova). Os embargos à execução podem, excepcionalmente, levar à destruição de sentença trânsita em julgado: é o que sucede no caso do art. 741, I. Em relação a esse — que, importa sublinhar, não se relaciona com a injustiça, senão com a validade da sentença como ato processual⁵¹ —, tem-se admitido, e com razão, a viabilidade de uma *ação declaratória de nulidade* e, paralelamente, a desnecessidade da reescisória.⁵² Tem-se falado, ao propósito, da sobrevivência, no ordenamento atual, da antiga *querela nullitatis*.⁵³

Nunca é demais repetir que tais remédios não se correlacionam por força com a injustiça da sentença. A proferida à revelia do réu, não citado ou nulamente citado, nem por isso será, em todo e qualquer caso, injusta. A solução dada ao litígio pelo juiz, seja qual for, não entra em linha de conta, tamanha a gravidade, aos olhos da lei, do vício processual que macula a decisão. De jeito algum se tem de cogitar, para arredá-la, de seu conteúdo.⁵⁴

51. Cf. a nota 46, *supra*.

52. *Vide*, na jurisprudência do STF, além do acórdão mencionado por Cândido Damarco, op. cit. na nota 2, *supra*, p. 70, nota 49, os coligidos por BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo, 1986. p. 257, nota 7. Do STJ pode citar-se, a título exemplificativo, o acórdão de 21.3.2002, R. Esp. n.º 331.850, publicado em 6.5.2002. Em sentido crítico no que tange à concepção da referida via como avatar da *querela nullitatis*, SERGIO BERMUDEZ, *Sindérese e coisa julgada inconstitucional*, op. cit. na nota 1, *supra*, 4. ed. p. 235.

53. Na moderna literatura pátria, *vide* por exemplo o artigo de Adroaldo Furtado Fabricio, op. cit. na nota 7, *supra*, e em sede monográfica MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querela nullitatis — sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro, 1998, ambos com outras indicações bibliográficas.

54. Mereceria exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 pela Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24.8.2001, *verbis* “para o efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto — a começar pelo entendimento que se deve dar ao enunciado legal —, que temos de renunciar aqui a enfrentar semelhante problemática. Digno de leitura e meditação, ao propósito, é o substancioso artigo de Eduardo Talamini, Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Rev. de Proc.*, n. 106, p. 38 e ss.

Significa isso que os remédios em foco não se ordenam de maneira específica a uma “relativização” que pretende situar-se e justificar-se no plano da desconformidade entre *o teor do julgamento*, de um lado, e a realidade substancial ou princípio jurídico superior, de outro. Para hipóteses tais é que se volta, em regra, a proposta “relativizadora”, se bem que às vezes se misturem indevidamente as duas ordens de considerações, sobretudo no momento de exemplificar.⁵⁵

Da ação de declaração de nulidade vem-se cogitando como instrumento apto à concretização da proposta “relativizadora”.⁵⁶

Aqui, no entanto, a admitir-se a proposta, surgiria quando nada um problema de competência. Com relação ao caso do art. 741, I, assentou-se que a arguição não precisa dirigir-se “a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo”.⁵⁷ Por exemplo: se o vício (falta ou nulidade da citação do réu que permaneceu revel) ocorreu no primeiro grau de jurisdição — como em regra sucederá, ressalvados apenas os feitos da competência originária de algum tribunal — o órgão *a quo* será competente para conhecer da “*querela nullitatis*”, conquanto haja chegado o pleito anterior, sem que se tenha percebido o defeito, ao Supremo Tribunal Federal, e passado em julgado o acórdão deste. A conclusão não choca, porque o juiz de primeiro grau não será chamado a controlar a correção ou incorreção, a justiça ou injustiça, da decisão da Corte Suprema, senão apenas a pronunciar-se sobre vício capaz de comprometer *ex radice* a validade do processo — e, por via de consequência, da sentença (*lato sensu*).

Bem diferente é a hipótese da “relativização”: aí, o que se pretende é que o órgão judicial reexamine, na substância (não quanto aos corolários de mero *error in procedendo*), a matéria julgada; e não se perca de vista o fato de que, na grande maioria dos casos, a sentença de primeiro grau terá sido substituída por acórdão (art. 512). Ora, constituiria subversão inaceitável aceitar que juízo inferior revise, no mérito, decisão proferida por tribunal (eventualmente, pelo STF). Para respeitar a hierarquia, o pedido de reexame teria de dirigir-se *ao tribunal*, como se dá na ação rescisória: ao STJ ou ao STF, respectivamente, se o acórdão acoimado de “injustiça grave” ou de “inconstitucionalidade” emanou de um ou de outro. Esta-

55. Cândido Dinamarco, v.g., refere-se à hipótese do vício previsto no art. 741, I, do Código, e à da “desobediência às regras do litisconcórdio necessário-unitário”, no mesmo contexto em que figuram casos de natureza claramente diversa (op. cit. na nota 2, *supra*, p. 70). É manifesto que àquelas hipóteses não se poderia aplicar em termos iguais o critério da “impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença”, em torno do qual gira a construção do autor (*supra*, nº 6). Em direito, como em matemática, não se somam quantidades heterogêneas.

56. V.g., DINAMARCO, Cândido. *ibidem*. p. 71; THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. op. cit. na nota 25, *supra*, p. 97.

57. FABRICIO, Adroaldo Furtado. op. cit. na nota 7, *supra*, p. 259.

ríamos, portanto, diante de causa *da competência originária* de um desses tribunais. A dificuldade consiste em que é *taxativo* o rol das hipóteses constitucionalmente previstas de tal competência: o elenco do art. 102, I, e o do art. 105, I, da Carta da República não comportam ampliação,⁵⁸ nem mesmo por analogia; ora, nem um nem outro contempla o caso de que se cuida.

De maneira alguma há como aceitar, por outro lado, a possibilidade de argüir-se e apreciar-se *incidentalmente* a questão, em processo para cujo desfecho seja relevante a *auctoritas rei iudicatae* da sentença em foco. Diga-se desde logo que, para acolher semelhante possibilidade, seria necessário qualificar de *nula* (no sentido próprio) a sentença⁵⁹ — o que, por elementar imposição de coerência, preexcluiria o cabimento de ação rescisória para desconstituí-la.⁶⁰ Não parece que os partidários da “relativização” estejam dispostos a anuir a essa conseqüência, entretanto logicamente inevitável.

Ademais, subsistiria o problema hierárquico: será razoável autorizar juiz de primeiro grau a “desconsiderar”, por exemplo, a coisa julgada de que se haja revestido acórdão do Supremo Tribunal Federal? A idéia assume feição particularmente alarmante se se levar em conta que os acórdãos da Corte Suprema, em determinados casos, não comportam sequer ataque por ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 26, *fine*; Lei nº 9.882, de 3.12.1999, art. 12, *fine*). Estaríamos diante de formidável paradoxo se admitíssemos que julgados insuscetíveis de rescisão pudessem ser, pura e simplesmente, postos de lado, mediante pronunciamento emitido *incidenter tantum*, por entender o órgão processante, digamos, que o Supremo Tribunal Federal incorrera em erro ao declarar constitucional (ou inconstitucional) esta ou aquela norma, e ao fazê-lo violara a Carta da República.

11. PROVÁVEIS CONSEQÜÊNCIAS PRÁTICAS DA “RELATIVIZAÇÃO”

Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará

58. Cf., no tocante ao STF, CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. VI. Rio de Janeiro, 1992: “É, pois, a Constituição, jamais a lei ordinária, o texto que fixa a competência da Corte Suprema, enumerando a regra jurídica constitucional, *de modo taxativo*, as hipóteses que ocorrem” (p. 3.076); “Enumera o inciso [nº I do art. 102], *taxativamente*, as causas que, pelo *status* das partes ou pela natureza relevante das questões, devem ser conhecidas, processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, como primeira e única instância” (p. 3.078) (sem grifo no original, salvo na palavra *status*); quanto ao STJ: “A Constituição vigente explícita, *de modo exaustivo*, a competência do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao processamento e julgamento de causas” (p. 3.119; grifamos). O ponto não escapou à atenção de Nelson Nery Jr., *op. cit.*, p. 144.

59. Em desconformidade com o ensinamento de Cândido Dinamarco recordado na nota 40, *supra*.

60. Cf. a lição de Humberto Theodoro Jr. lembrada na nota 41, *supra*.

sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pôde ser afastado com relação à primeira sentença, por que não poderá sê-lo quanto à segunda?⁶¹

É claro que a indagação não se porá *uma única vez*: a questão poderá repetir-se, em princípio, *ad infinitum*, enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças. Em hora como a presente, em que universalmente se proclama a necessidade de abreviar os pleitos, inclusive mediante a redução das oportunidades de impugnar decisões, chega a ser irônico que se queira adotar um mecanismo cujo uso nenhuma contribuição promete trazer — bem ao contrário! — para que se consiga a suspirada abreviação.

Outro tanto é possível dizer da carga de trabalho do Poder Judiciário. Ela já é reconhecidamente opressiva com um só processo, em princípio, para a composição de cada lide — sujeitos à rápida extinção, *ex vi* do art. 267, V, fine, combinado com o § 3º, do Código de Processo Civil, os que vierem porventura a veicular matéria coberta pela *res iudicata*. Aumentará de peso, obviamente, caso se permita aos litigantes insatisfeitos com o resultado pleitear nova prestação jurisdicional, que mais lhes agrade. E nem é preciso falar da exasperação das despesas e de outros inconvenientes práticos imagináveis com facilidade.

Pouco adianta ressaltar que nisso apenas se consentirá em hipóteses excepcionais, quando se tratar de “situações extraordinárias”, para “afastar absurdos, injustiças flagrantes” etc.⁶² Tício, vencido, dificilmente deixará de reputar-se vítima de uma decisão absurda e de uma flagrante injustiça. Mesmo de inconstitucionalidade não será raro que cogite, haja vista o grande número de recursos extraordinários em que, sem base, se formula a alegação. Sob o regime vigente, se Tício procurar advogado e lhe pedir que reproponha a causa em juízo, a resposta que ouvirá, com maior probabilidade, é a de que não vale a pena instaurar novo feito para desafiar a coisa julgada: mero desperdício de tempo e dinheiro. Todavia, a partir do momento em que se acene com alguma possibilidade de êxito, não faltará quem se anime à tentativa. Aberta que seja a porteira, por onde passa um boi poderá passar uma boiada.

61. Também no particular subscrevemos as judiciosas observações de Ovídio A. Baptista da Silva, op. cit. na nota 27, *supra*, p. 13, bem como as de José Ignácio Botelho de Mesquita, op. cit. na nota 35, *supra*, p. 115-116.

62. Assim Cândido Dinamarco, op. cit. na nota 2, *supra*, p. 72.

12. E O PROCESSO PENAL?

A coisa julgada não é instituto exclusivo do processo civil: opera em todo e qualquer tipo de processo, inclusive no penal.⁶³ E também no terreno penal concebe-se que a sentença trânsito em julgado contenha decisão injusta (“gravemente” injusta, adite-se) ou incompatível com a Constituição. Segue-se que a doutrina “relativizadora” deve necessariamente passar pelo teste da aplicabilidade ao processo criminal, sob pena de estabelecer diferença de tratamento injustificável à luz da substancial identidade das situações. Se numa sentença penal se puder detectar injustiça “grave” ou violação de norma constitucional, por que razão qualquer desses vícios, intolerável no cível, seria tolerável no crime? A lógica mais elementar estaria a impor a uniformidade da solução.

Por outro lado, a injustiça (“grave”, se se quiser adjetivá-la) ou a inconstitucionalidade pode existir, em princípio, tanto na sentença penal condenatória quando na absolutória. (Em paralelismo, por sinal, com o processo civil: embora a exemplificação costumeira remeta em geral a sentenças de procedência, de jeito algum se legitimaria uma visão unilateral do fenômeno⁶⁴). Assim, v.g., se o juiz penal declara prescrita a pretensão punitiva em processo atinente a crime de racismo, infringe às escâncaras a regra do art. 5º, XLII, da Carta da República, que qualifica de imprescritível o delito.

O direito positivo admite a revisão da sentença condenatória passada em julgado, nas hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, pacificamente consideradas como taxativas.⁶⁵

Só a admite em favor do réu condenado: ao contrário de diversas legislações estrangeiras, não contempla a possibilidade de rever-se sentença absolutória (a chamada revisão *pro societate*). Na perspectiva da doutrina “relativizadora”, porém, dificilmente se sustentaria a limitação do expediente às sentenças condenatórias, como dificilmente se sustentaria a preexclusão da possibilidade de “relativização” em hipóteses não previstas no art. 621. Por conseguinte, para serem coerentes, os fatores da “relativização” devem:

63. Com todo o acerto ensinam CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo, 2003. p. 307, que “é realmente idêntica a natureza da coisa julgada, quer no processo civil, quer no penal, como ainda desnecessária a distinção da coisa julgada penal por ser a sentença condenatória ou absolutória”.

64. Tomemos um dos exemplos de Cândido Dinamarco, o da condenação da ré a prestar serviços de prostituta, contratados com o autor (*supra*, nº 6). Igualmente absurda seria, obviamente, a sentença que julgasse *improcedente* pedido feito pela mulher em ação declaratória negativa da obrigação de prestar tais serviços.

65. V.g.: ESPÍNOLA Fº, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. VI. Rio de Janeiro, 1976. p. 367; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. v. II. 7. ed. São Paulo, 1990. p. 364; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo, 1995. p. 668; ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, 1999. p. 945. A acrescentar-se alguma hipótese, será a do art. 626, *fine*, a saber, a de vício processual invalidante (*vide* TOURINHO Fº. *Processo penal*. v. 4. 12. ed. São Paulo, 1990. p. 460), também prevista *expressis verbis*.

a) negar caráter taxativo à enumeração do art. 621, para admitir a revisão noutras hipóteses, ou indicar outro remédio processual que nelas possa servir de veículo à “relativização”;

b) afirmar a possibilidade de “relativizar” a coisa julgada das sentenças absolutórias, seja inculcando, *contra legem*, uma modalidade de revisão *pro societate*, seja excogitando outra via processual capaz de conduzir ao mesmo resultado.

Complicar-se-á o problema, à evidência, se se tratar de julgamento por júri. Mas não é preciso que nos embrenhemos em tão espinhoso caminho: o que ficou dito basta para alimentar a necessária reflexão sobre tópico relevante, até agora desprezado, ao que nos consta, por parte dos estudiosos, e especialmente dos que pretendem “relativizar” a coisa julgada material.

13. CONSIDERAÇÕES DE LEGE FERENDA

Voltemos ao processo civil. Até aqui, cuidamos do assunto em perspectiva *de lege lata*. Estamos convencidos de que não se compadece com o ordenamento positivo o aumento da dose de “relativização” da coisa julgada material que ele próprio já consagra. Não somos infensos, porém, à proposta de que tal dose, *de lege ferenda*, seja elevada em alguns casos.

O mais importante, ao menos do ponto de vista prático, é o da descoberta científica suscetível de demonstrar a erronia da solução dada anteriormente ao litígio, em época na qual não era possível contar com determinada prova. Para a hipótese do exame de DNA, como registrado, a jurisprudência já vem atenuando, por via interpretativa, o rigor do texto do Código (art. 485, VII), para admitir a rescisória com fundamento no laudo pericial, incluído no conceito de “documento novo”.⁶⁶ O socorro hermenêutico tem, contudo, alcance limitado: não serve para o caso de já haver decorrido o biênio decadencial (art. 495) quando da realização do exame. Atenta a relevância da matéria, julgamos conveniente modificar aí a disciplina, não para abolir o pressuposto temporal — pois, com a ressalva que se fará adiante, relutamos em deixar a coisa julgada, indefinidamente, à mercê de impugnações —, mas para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Outro ponto merecedor de reparo é o da sentença violadora de disposição constitucional. São provavelmente raros os casos de sentença que transite em julgado com esse vício, até porque a questão da inconstitucionalidade normalmente terá feito chegar o processo, mediante recurso extraordinário, ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente compete “a guarda da Constituição” (Carta da República, art.

66. *Vide supra*, nº 8.

102, *caput*). Não nos inclinamos a sugerir que se elimine a imunidade da *res iudicata* à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento de ação direta.⁶⁷ Pode acontecer, no entanto, que a sentença em questão haja aplicado lei *já então* declarada inconstitucional pela Corte Suprema. A hipótese enquadra-se na cláusula do art. 485, V, do estatuto processual, visto que a sentença terá violado a Constituição. No entanto, a ação rescisória estará sujeita ao prazo decadencial; o interessado precisará propô-la dentro do biênio consecutivo ao trânsito em julgado. Em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória *a qualquer tempo*.

No mais, pensamos que a disciplina atual já leva em suficiente conta os motivos capazes de justificar a “relativização” da coisa julgada material — vale dizer, já a relativiza *quantum satis*. Não há lugar, ao nosso ver, para invocar, com o fito de aumentar a dosagem, quaisquer princípios supostamente desprezados pelo legislador. Atende o regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa. Merece, em linhas gerais, apoio e preservação.

67. Cf., *supra*, n° 7 e, aí, a nota 44.





CAPÍTULO IX

**EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO *ERGA OMNES*
DE CONSTITUCIONALIDADE OU
INCONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO
À COISA JULGADA ANTERIOR**

*Leonardo Greco**

1. Ultimamente têm sido veiculadas manifestações expressivas de reputada doutrina e de julgados de tribunais no sentido de relativizar a autoridade da coisa julgada por decisão ulterior em nova causa, quando a *res judicata*, não mais suscetível de ação rescisória, se revela evidentemente injusta ou afrontosa da dignidade humana ou de algum direito fundamental, ou se sobrevém declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o julgado através de decisão definitiva de mérito do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade.

Parece-me que o tema deve ser analisado a partir de certas premissas, sem as quais o intérprete e o jurista podem ser levados a encarar o problema emocionalmente, movidos pelo nobre sentimento da busca incessante da justiça, mas na verdade muitas vezes influenciados por uma prévia e subjetiva valoração do justo e do injusto, que vai em busca dos argumentos para fundamentar conclusões previamente estabelecidas.

A primeira premissa nada mais é do que uma constatação histórica de que a coisa julgada no Direito brasileiro sempre foi e continua sendo ainda muito frágil. As razões políticas ou culturais dessa fragilidade são várias. De início, a tradição romana, de julgamentos privados, que levava o legislador a simplesmente ignorar a força do julgado nulo, considerado inexistente, que sempre podia ser atacado por uma ação subsequente, como a *infinitio iudicati* ou a *restitutio in integrum*. Em verdade, conforme demonstrou Calamandrei¹ no seu incomparável estudo sobre a Cassação Civil, foi o Direito Germânico que instituiu o princípio da validade formal da sen-

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Gama Filho.

1. CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: *Opere Giuridiche*. v. VII. Napoli: Morano, 1976. p. 100 e ss.

tença, com eficácia *erga omnes* e não sujeita nem mesmo a qualquer impugnação recursal, como consequência do costume dos julgamentos em assembleias populares e, num segundo momento, em escabinados igualmente de composição popular.

Na fusão do Direito Germânico com o Direito Romano, a partir do século XI, o Direito estatutário assimilou o princípio germânico da validade formal da sentença, introduzindo a querela de nulidade para em casos de vícios mais graves do julgado possibilitar o abandono do respeito absoluto à sua autoridade e aproveitando a *restitutio in integrum* romana para corrigir as injustiças decorrentes de erros de fato².

Até hoje o Direito Alemão, na disciplina do instituto que ali corresponde à nossa ação rescisória, que é a *Wiederaufnahme des Verfahrens* (revisão do procedimento), preserva a identidade de uma ação de nulidade (*Nichtigkeitsklage*) ao lado de uma ação de restituição (*Restitutionsklage*)³.

Mas o Direito reinol, nos confins mais longínquos da Península Ibérica, onde foi mínima a influência do Direito Germânico, preservou nas Ordenações a tradição romana da sentença nula como sentença inexistente, ou *sentença nenhuma*, na expressão do título 75 do Livro III do Código Filipino, que não precisava de qualquer ação para rescindi-la⁴.

Somente em 1.843, já independente o Brasil, é que foi criada formalmente a ação rescisória, em seguida no Brasil incorporada ao Regulamento 737 de 1.850, como mais um meio de arguição de nulidades da sentença, com prazo prescricional de 30 anos, como todas as ações pessoais, e facultando o desfazimento do julgado por qualquer violação de direito expresso, mesmo que a questão em que se fundamentasse a ação tivesse sido amplamente debatida e decidida em todas as instâncias do processo de que havia resultado a sentença⁵.

De lá para cá, a evolução foi mínima. Na verdade, a escancarada vulnerabilidade da coisa julgada pela ação rescisória, que não tem paralelo em nenhum sistema processual moderno, subsiste até hoje com a complacência da doutrina, à exceção da luminosa tese de Luís Eulálio de Bueno Vidigal, que procurou limitar a violação de literal disposição de lei apenas às leis de direito material⁶.

2. CALAMANDREI, op. cit., p. 131 e ss.

3. §§ 578 a 591 do Código de Processo Civil alemão.

4. A epígrafe do título 75 do Livro III das Ordenações Filipinas é muito expressiva: “Da sentença, que por Direito he nenhuma, e como se não requiere ser della appellado, e como em todo tempo póde ser revogada” (*Ordenações Filipinas*. v. II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985. p. 684.

5. V. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI. Revista dos Tribunais, 1974. p.29 e ss.; MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p.91 e ss., contesta essa evolução, tentando demonstrar que a prática, na vigência das Ordenações Filipinas, já era a de depender a anulação da sentença de nova decisão judicial.

6. VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.

As únicas limitações impostas ao instituto no curso do tempo, igualmente sem uma mais detida reflexão teórica, foram as reduções do prazo para cinco anos no Código Civil de 1.916 e para dois anos no Código de Processo Civil de 1.973, e a adoção pelo Supremo Tribunal Federal da atécnica Súmula 343, que jazeu como um cadáver durante décadas e de repente ressuscitou para alguns casos, não para outros, assentada na insustentável premissa de que a incerteza ou a dúvida se sobrepõe à lei e de que a mesma lei pode ter mais de uma interpretação. É o mesmo lava-mãos da Súmula 400, que felizmente jaz no silêncio do sepulcro, embora nunca o STF tenha assinado o atestado de óbito da sua revogação.

A impropriedade do prazo, ao mesmo tempo muito longo e muito curto, e que o legislador brasileiro insiste em ignorar, e o pouco prestígio de que goza a coisa julgada entre nós têm levado a situações iníquas e até mesmo escandalosas: de um lado, a suspensão da execução de sentenças transitadas em julgado através de liminares e cautelares em ações rescisórias, a recusa do seu cumprimento com o oferecimento de embargos à execução para rediscutir a justiça da decisão, e a criação legal ou pretoriana de outras ações autônomas de impugnação; de outro lado, a insatisfação com uma coisa julgada iníqua, que não encontra limites para corrigir sentenças injustas, contrárias à verdade objetiva ou inconstitucionais, mas que o faz somente para alguns, e não para todos.

Na verdade, a fragilidade da coisa julgada no Brasil tem outras causas, além da justificação histórica. Ainda não nos desprendemos do paternalismo herdado da colonização portuguesa. O juiz, como outrora o rei, é soberano, *lei animada sobre a terra*, lei acima das leis, que pode conceder ilimitadamente a qualquer súdito a graça da reparação da injustiça, mesmo quando cometida por outros juízes.

De outro lado, a fragilidade da coisa julgada parece inevitável para corrigir erros de uma Justiça sem credibilidade, afogada no excesso de causas, que justifica a perda da qualidade e da confiabilidade das suas decisões e propicia que se consolidem julgamentos iníquos.

Por fim, *last but not the least*, o Estado demonstra um grande interesse na fragilização da coisa julgada, não só para eternizar a rolagem da sua moratória, que a Justiça penosamente administra, desvirtuando o papel do Judiciário de guardião dos direitos dos cidadãos, mas também porque a falência do aparelho burocrático estatal e as deficiências da sua defesa judicial têm contribuído para a consolidação e execução de decisões judiciais absurdas, freqüentemente noticiadas, como as que teriam determinado o pagamento de indenização pela desapropriação de imóvel já anteriormente desapropriado, ou o pagamento de correção monetária sobre débito já anteriormente corrigido, entre outras.

2. Para examinar o conflito entre a coisa julgada e a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, assim como para avaliar se a demonstrada vulnerabilidade da coisa julgada é compatível com o Estado Democrático de Direito insti-

tuído entre nós a partir da Constituição de 1988, considero necessário assentar uma segunda premissa, ou seja, se a coisa julgada é um direito fundamental ou uma garantia de direitos fundamentais e, como tal, se a sua preservação é um valor humanitário que mereça ser preservado em igualdade de condições com todos os demais constitucionalmente assegurados; ou, se ao contrário, é apenas um princípio ou uma regra de caráter técnico processual e de hierarquia infra-constitucional, que, portanto, deva ser preterida ao primado da Constituição e da eficácia concreta dos direitos fundamentais e das demais disposições constitucionais.

A coisa julgada está mencionada expressamente apenas no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se o controle concentrado de constitucionalidade tivesse natureza legislativa, ainda que apenas com o caráter de legislador negativo, como pensam alguns, a coisa julgada por si só já estaria preservada pelo advento da decisão *erga omnes* do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. A Corte Constitucional teria criado um direito novo, no caso da declaração de inconstitucionalidade, aplicável apenas para o futuro. Mas a doutrina polemiza sobre a natureza legislativa, política ou jurisdicional do processo constitucional, o que não permite extrair do mencionado dispositivo o acolhimento da coisa julgada como garantia ou direito fundamental, tanto mais que no Brasil, a doutrina constitucional e a jurisprudência, com frequência, atribuem a esse dispositivo apenas o alcance de consagrar a irretroatividade da lei, e não de dar dignidade supra-legal à coisa julgada, o que encontraria óbice na universal admissão de ações rescindentes de julgados.

Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

Valho-me aqui das preciosas lições do eminente Professor da Universidade de Santiago de Compostela, César García Novoa⁷, que se aplicam inteiramente ao Direito brasileiro.

Diz ele:

“La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando en consideración la dimensión social del hombre. En cuanto característica de la condición humana se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás. Cuando a la

7. NOVOA, César García. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

seguridad la adjetivamos de “jurídica”, estamos pensando en la idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse”⁸.

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, através do Poder competente que é o Judiciário, declara quem tem razão, atuando a vontade da lei, ele revela e impõe ao demandante e ao demandado a norma que licitamente eles devem respeitar como representativa da vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada imutável e indiscutível essa manifestação de vontade oficial, desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travadas e produzidos sob a égide da sua própria decisão.

A coisa julgada é, assim, uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.

Em recente estudo sobre as garantias fundamentais do processo⁹, recordei que na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. Se o Estado não oferecer essa garantia, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da Constituição) também dos demais cidadãos, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente da Corte Européia de Direitos Humanos, que reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10/6/96; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14/12/99; e *Antonetto v. Itália*, julgado em 20/7/2000¹⁰.

8. Op. cit., p. 20.

9. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. 2002. inédito.

10. V. CHIAVARIO, Mario. *Diritto ad un processo equo*. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*. Padova: CEDAM, 2001. p. 171.

O recurso a fontes internacionais ou estrangeiras é inteiramente pertinente, não só porque os Direitos Humanos hoje constituem um rol de direitos fundamentais consagrados em tratados em vigor em quase todos os países do mundo, entre os quais o Brasil, mas também pela estruturação de sistemas supra-nacionais de controle de sua eficácia, como a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseados num conteúdo mínimo uniforme desses direitos.

César García Novoa também aponta o alcance dado na doutrina e na jurisprudência americana e européia à segurança jurídica como consequência do Estado Social e Democrático de Direito, e como valor, princípio e direito do cidadão¹¹.

Mas é claro que a segurança jurídica não é um direito absoluto, como absoluto não é nenhum outro direito fundamental, nem mesmo a vida, que pode ser sacrificada para salvar outra vida, por exemplo¹².

Por mais valiosos do que a coisa julgada, a ela devem sobrepor-se a vida e a liberdade do ser humano e, por isso, a declaração de inconstitucionalidade deve determinar sempre a anulação de qualquer condenação criminal anterior com base na lei invalidada¹³.

3. Precisamos agora assentar uma terceira premissa, qual seja a de saber se a decisão do STF que declara *erga omnes* a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei tem força de coisa julgada, no sentido de que ela implica em um julgamento coletivo de todas as causas em que o dispositivo legal questionado tenha sido ou possa vir a ser aplicado.

Mauro Cappelletti, em clássico estudo¹⁴, demonstrou que a prejudicial constitucional, que é objeto do controle concentrado da Corte Constitucional, é ação autônoma, com elementos individualizadores próprios, que não a identificam com as ações individuais em que a questão constitucional tenha indispensável relevância. O processo constitucional das liberdades, como ele o denomina, tem por objeto uma norma abstrata: é uma categoria autônoma jurídico-processual. O seu objeto imediato é a anulação da lei inconstitucional. E o seu objeto mediato é a eliminação do estado de sujeição da coletividade à norma impugnada. Outro é o objeto das ações individuais, que almejam atribuir ao autor um bem da vida, que não é objeto de qualquer pronunciamento no processo constitucional.

11. Op. cit., p. 27 e ss.

12. É conhecida a lição de Norberto Bobbio de que somente existem dois direitos fundamentais realmente absolutos: não ser torturado e não ser escravizado (*A Era dos Direitos*. 15ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 187).

13.V. a respeito o § 79 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. In: HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995. p. 295; também o artigo 30 da Lei sobre a constituição e o funcionamento da Corte Constitucional italiana. In: *Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2000. p. 67.

14. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1972. p. 35-37.

Não há, portanto, que falar em coisa julgada *erga omnes*. A *coisa*, o bem da vida, atribuído ou não a uma das partes na ação individual, não é atribuído a ninguém no processo constitucional, da qual não é ela objeto. A força vinculante que decorre do controle concentrado corresponde à eficácia do precedente da *common law*, não tendo autoridade, por si mesma, para sobrepor-se ao ato de vontade do Estado que no julgamento do caso concreto atribuiu o bem disputado a este ou àquele litigante¹⁵.

Não há, pois, coisa julgada posterior a desfazer coisa julgada anterior, mas dois atos de vontade do Estado com as respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos.

4. Uma quarta e última premissa diz respeito à definição da função do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

As pedras fundamentais em que se assenta toda a organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preâmbulo e no artigo 1º da nossa Carta Magna.

Não é o Estado que cria e define o alcance dos direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que justificam a partilha de poderes e a organização estatal e condicionam as ações do Estado.

Conforme acentua Bachof¹⁶ os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesta concepção antropocêntrica do Estado de Direito, o vigor do controle judicial de constitucionalidade decorre da enérgica pretensão de validade das normas materiais da Constituição, uma pauta de valores que não foi criada pela Constituição, nem se esgota na Constituição (artigo 5º, § 2º), mas que a Lei Maior foi haurir nos valores determinantes da cultura ocidental e numa idéia de homem que descansa nesses valores¹⁷.

Por isso, hoje em dia não cabe mais distinguir sistemas de controle de constitucionalidade em que prevalece a eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*, os primeiros vinculados às idéias de Kelsen de proteção da Constituição simplesmente através de incisões profiláticas no ordenamento jurídico para simplesmente eliminar o que exorbite dos

15. V. Pizzorusso, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle Corte costituzionali nei giudizi ordinari. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLI, p. 911, 1987.

16. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987. p. 39-41.

17. BACHOF, op. cit.

limites estabelecidos pela Constituição, e os segundos ao direito de resistência e à jurisprudência constitucional norte-americana. A regra que predomina no mundo ocidental, mesmo naqueles países que instituíram o controle de constitucionalidade a partir do modelo kelseniano, é a da eficácia retroativa ou *ex tunc*¹⁸. E essa regra é consequência do primado dos direitos fundamentais.

O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. A organização dos poderes, o federalismo, o sistema partidário e eleitoral, a Constituição Econômica, o sistema tributário, todos servem à realização dos valores humanitários almejados pela Constituição.

Por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle. A própria Corte Constitucional, para evitar vazios legislativos ou incertezas, pode modular os efeitos das suas decisões, como permite entre nós o artigo 27 da Lei 9.868/99. Mas se ela não o fizer, os próprios juízos ordinários devem fazê-lo, pois também eles são guardiães dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os próprios tribunais constitucionais e a jurisprudência dos tribunais ordinários, tanto norte-americanos quanto europeus, sem abandonar a normal retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, passaram a reconhecer implícita ou explicitamente certos limites a essa retroação.

Nos Estados Unidos, a Corte Suprema, a partir do caso *Linkletter*, julgado em 1965, passou a modular essa retroação, para não vulnerar situações definitivamente pacificadas por sentenças passadas em julgado¹⁹.

Na Itália, a jurisprudência ordinária, interpretando declarações de inconstitucionalidade da Corte Constitucional, começou a impor limites à retroação que passaram a ser adotados pela própria Corte Constitucional, preservando os efeitos das relações exauridas e as situações já atingidas pela prescrição²⁰.

Na Alemanha, preservam-se os efeitos das decisões judiciais anteriores à declaração de inconstitucionalidade²¹, salvo condenatórias criminais, e proíbe-se qualquer ação fundada em enriquecimento sem causa decorrente de situação gerada pela lei invalidada. Admite-se a frustração dos efeitos futuros das decisões judiciais preté-

18. PIZZORUSSO, Alessandro. op. cit., p. 917.

19. D'AMICO, Marilisa. *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 38; NOVOA, César Garcia. op. cit., p. 212.

20. D'AMICO, Marilisa. op. cit., p. 104 e ss.; idem, p. 135; PIZZORUSSO, Alessandro. op. cit.

21. "...ficam intatas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas numa norma declarada nula..." são as palavras do texto do § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão, na tradução de Luís Afonso Heck, op.cit., p. 295.

ritas²², mas a matéria é polêmica, justamente pelo conflito entre a justiça material e a segurança jurídica²³.

Em Portugal, o artigo 282º da Constituição também ressalva os casos julgados da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral²⁴.

César Garcia Novoa, referindo-se especificamente à matéria tributária, e comentando decisões do Tribunal Constitucional espanhol, mostra como a declaração de inconstitucionalidade não pode atingir situações jurídicas consolidadas, seja por sentenças judiciais transitadas em julgado, seja por decisões administrativas definitivas, seja pelo recolhimento espontâneo do tributo pelo contribuinte²⁵.

Entre nós, parece-me inteiramente acertada a opinião de Helena De Araújo Lopes Xavier²⁶, para quem a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando os efeitos dos atos praticados no passado, salvo, com relação à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; no campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, nem deve alcançar o lançamento definitivo, os créditos prescritos e outras situações que denotem vantagem econômica para o contribuinte²⁷.

5. Com essas premissas, parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transita-

22. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 192.

23. V. SCHLAICH, Klaus. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. In: *Tribunales Constitucionales Europeos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 193-194, que convém transcrever: "...las decisiones ya adoptadas sobre la base de la ley nula no dejan de existir. Se declara en cambio abierto el recurso de revisión para aquellos juicios penales que gozan de la fuerza de cosa juzgada y que reposan en una ley que ha sido declarada ulteriormente nula. De otra parte, las decisiones que no están sometidas ya a casación y contra las que no se ha planteado un recurso de amparo mantienen su vigencia. En la medida en la que la ejecución no haya sido realizada, deviene ilícita. El impuesto ya pagado no será reembolsado, a menos que el deudor de un impuesto haya planteado un recurso administrativo previo contra em acto impositivo, y no haya todavía decisión sobre dicho acto que goce de la fuerza de cosa juzgada. Esta resolución del conflicto a la mitad de camino entre la seguridad jurídica y la justicia material — en el caso concreto prevalece la seguridad jurídica en favor del mantenimiento de la situación legal — es necesariamente riguroso, y por tanto mui discutido, ya que en numerosos supuestos su resultado no es satisfactorio".

24. "Art. 282º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (...) 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido (...)"

25. Op. cit., p. 210-215.

26. XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Consequências da Declaração de Inconstitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, p. 47.

27. A respeito da prescrição, vai se firmando o entendimento do STJ que determina a recontagem do lapso prescricional a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Essa orientação não merece apoio. Pelo princípio da *actio nata*, o contribuinte já tinha o direito de ação, antes da declaração de inconstitucionalidade. Qualquer juiz poderia ter recusado a aplicação da lei por inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade em controle abstrato não é a decisão a que se refere o inciso III do artigo 165 do CTN.

das em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional.

A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura.

De qualquer modo, as próprias ações previstas no ordenamento infra-constitucional como meios de ataque da sentença transitada em julgado, a saber, a ação rescisória, os embargos à execução com fundamento no artigo 741, inciso I e parágrafo único, e a querela de nulidade, por aplicação extensiva das hipóteses do artigo 741-I às sentenças que não ensejam execução autônoma, merecem severa análise à luz da segurança jurídica como direito fundamental e da coisa julgada como garantia desse direito.

De fato, na hipótese do inciso I do artigo 741 do CPC (nulidade de citação no processo de conhecimento que correu à revelia do réu), estamos diante da colisão de dois direitos fundamentais: o da ampla defesa e o da segurança jurídica. O legislador optou pela prevalência do primeiro, em detrimento do segundo, opção essa absolutamente razoável, porque constituiria uma violência aceitar a prevalência da coisa julgada oriunda de um processo em que o réu em concreto não teve real possibilidade de defender-se.

Igual conflito entre direitos fundamentais ocorre na revisão criminal em favor do réu, que se resolve em favor do valor preponderante que é a liberdade de locomoção, também em detrimento da coisa julgada.

Nos casos de rescisória por vícios processuais extremamente graves (incompetência absoluta, impedimento, prevaricação, concussão ou corrupção do juiz e violação de coisa julgada anterior), estamos diante de nulidades absolutas por falta de pressupostos essenciais e indisponíveis de formação da própria coisa julgada, que justificam a sua anulação.

Já nas demais hipóteses de rescisória, caberia uma análise mais minuciosa que o presente estudo não comporta. De plano, observo que rescisória com a amplitude da existente entre nós não encontra paralelo nos principais sistemas processuais modernos. Rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no artigo 485-V do CPC, parece-me violar claramente a garantia da coisa julgada. E rescisória por erro de fato, prova nova ou falsa prova, somente me parece admissível por não ser possível de outro modo assegurar a eficácia de algum outro direito fundamental mais valioso que justifique o sacrifício da segurança jurídica, o que deverá ser objeto de ponderação *in concreto*. De qualquer modo, à falta de uma pauta clara de hierarquização dos direitos fundamentais que podem apresentar-se em conflito, mesmo porque a valoração desses

direitos e a sua ponderação em face de outros pode apresentar-se controvertida ou polêmica, deve ser respeitada a escolha do legislador, que sepulta qualquer nova demanda após o decurso do prazo para a ação rescisória.

Uma última palavra deve ser reservada à disposição constante da Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, que ampliou a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, tornando inexigível a dívida se o título judicial se fundar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Nela se nota a clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração *erga omnes* pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC.

6. Em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.²⁸

28. Artigo publicado na obra coletiva: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de Processo Judicial Tributário*. v. 5. São Paulo: Dialética, 2002. p. 193-207.





CAPÍTULO X

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DOS ATOS JURISDICIONAIS (A QUESTÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL)

*Luiz Guilherme Marinoni**

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. As bases da tese da “relativização” da coisa julgada material — 3. A importância da coisa julgada material — 4. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material — 5. A ação rescisória no caso de declaração de inconstitucionalidade — 6. O laudo pericial que discrepa da realidade — 7. O exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade — 8. A desnecessidade de se aludir à regra da proporcionalidade — 9. Conclusão — 10. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Têm surgido questionamentos em torno da “relativização da coisa julgada material”, ou melhor, da possibilidade de “relativização” da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória. Tal problema, *que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais*, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal. Trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança.¹

A posição que até hoje prevalece está ligada à idéia de que o Direito — e a norma do caso concreto produzida pelo Judiciário — é válido porque foi assim declarado pelo ‘soberano’, e não porque é justo. Tal noção de Direito tem claras raízes na concepção de validade do Direito de Thomas Hobbes,² que por sua vez fundamenta

* Professor Titular de Direito Processual da Universidade Federal do Paraná.

1. Como explica Jürgen Habermas, “a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia — entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 245-246).

2. Como escreve Norberto Bobbio, para Hobbes “o estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra os outros, no qual — segundo a fórmula hobbesiana — existe um ‘bellum omnium contra omnes’. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 35).

a conhecida posição de Hans Kelsen. Tal noção manteve-se praticamente inalterada mesmo com bases teóricas tão diversas quanto as de Hobbes e Kelsen.

Por já se haver superado as bases do positivismo normativista de Kelsen e Hart, afirmar-se secamente que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades. Pode-se afirmar com convicção que o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito. Prova disto, no âmbito da legitimidade das decisões judiciais, é a própria existência de hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória.

Entretanto, apesar de se reconhecer o primado do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema do direito, é certo que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais sempre seria obtível uma decisão justa ainda não possibilitam sua execução fática.³ Em outras palavras, ainda não existem condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo.

Diante disso, a falta de critérios seguros e racionais para a “relativização” da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. Essa “desconsideração” geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?”⁴

Portanto, nunca foi tão atraente e importante estudar o *princípio da segurança dos atos jurisdicionais*. É o que se fará a seguir, evidentemente que mediante a exclusiva análise da problemática da questão da “relativização” da coisa julgada material.

2. AS BASES DA TESE DA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL

Um dos exemplos que a doutrina tem usado para dar fundamento à tese da “relativização” é o da ação de investigação de paternidade, cuja sentença, transitada em julgado, declarou que o autor não é filho do réu (ou o inverso), vindo depois um exame de DNA a demonstrar o contrário. Diante disso, e para tornar possível a rediscussão do que foi afirmado pela sentença transitada em julgado, argumenta-se que a indiscutibilidade da coisa julgada não pode prevalecer sobre a realidade, e que assim deve ser possível rever a conclusão formada.

3. Somente para exemplificar, a ‘tese da resposta correta’ de Ronald Dworkin, uma das mais discutidas na atualidade, pressupõe a existência de um juiz sobrenatural: Hércules, o que de per se inviabiliza a utilização da teoria na prática. Sobre tal teoria, ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

4. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Armado, 1979, p. 184.

O problema, aqui, não é o de saber se é possível pensar em sentenças que, por possuírem vícios de extrema gravidade, podem ser desconsideradas independentemente de ação rescisória, como a proferida contra quem não foi citado. Lembre-se, aliás, que Pontes de Miranda já sustentava, há muito tempo, a existência de sentenças nulas e inexistentes — *que dispensariam* rescisão, por meio de ação rescisória própria —, reconhecendo que “a sentença nula não precisa ser rescindida. Nula é; e a ação constitutiva negativa pode ser exercida ainda *incidenter*, cabendo ao juiz a própria desconstituição de ofício”⁵.

O que importa, nesse momento, é indagar se é possível e conveniente, diante de certas circunstâncias, dispensar a ação rescisória para abrir oportunidade para a revisão de sentenças transitadas em julgado. Tal possibilidade implicaria na aceitação de que a coisa julgada deve ser “relativizada”⁶.

Em favor da “relativização” da coisa julgada, argumenta-se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores* protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor mercedor de agasalho.

3. A IMPORTÂNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL

Contudo, não é possível esquecer a razão pela qual a jurisdição foi, por muito tempo, caracterizada pela coisa julgada material. Quando se afirma que a coisa julgada material não deve ser vista como característica fundamental da jurisdição, alude-se a provimentos que, embora não contenham carga declaratória capaz de fazer surgir coisa julgada material, são fundamentais para a efetividade da tutela dos direitos, como aquele que põe fim ao processo cautelar. Porém, note-se bem: *entender*

5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 194.

6. Sobre o tema, ver os trabalhos de Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*; José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais*; e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, todos eles publicados na coletânea organizada por Carlos Valder do Nascimento sob o título de *Coisa Julgada Inconstitucional*, e publicada através da Editora América Jurídica (Rio de Janeiro, 2002).

que a coisa julgada material não é característica da jurisdição não é o mesmo do que dizer que a jurisdição não deva zelar pela coisa julgada material peculiar ao processo de conhecimento.

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário — obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. Nesse exato sentido é a lição Rosenberg-Schwab-Gottwald, quando defendem a idéia de que a “*materielle Rechtskraft is notwendige Folge des Rechts auf Rechtsschutz durch die Gerichte. Sie findet ihre verfassungsgemäße Verankerung im Rechtsstaatsprinzip.*”⁷

Ou seja, *de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.* Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *desconsiderada*.

Nesse sentido, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como “relativização” da coisa julgada. Ora, *o próprio sistema parte da idéia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora — nem poderia — que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei.*

O que aconteceu, *diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema*, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.

Mesmo sem adentrar em complexos temas da filosofia do direito, pode-se logicamente argumentar que as teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada

7. “A coisa julgada material é uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito” (ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*. 15. ed. München: Verlag C.H. Beck, 1993. p. 915). É preciso esclarecer que o princípio do Estado de Direito, como qualquer princípio jurídico, tende à sua realização dentro daquilo que é faticamente possível, atuando como mandato de otimização (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86). Assim, não é porque tal princípio deve proteger os direitos fundamentais do cidadão e sua dignidade e, conseqüentemente, evitar decisões injustas, que se deve aceitar sua incompatibilidade com a tese da prevalência da coisa julgada material.

pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.

4. OS EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO À COISA JULGADA MATERIAL

O nosso sistema não reserva apenas ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de inconstitucionalidade da lei. Como é sabido, os juízos de primeiro e segundo graus também podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento do mérito.

A idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença (transitada em julgado) que nela se fundou, gera algo que se poderia chamar de “*controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado*”.

Ou melhor, a hipótese seria de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para apanhar a coisa julgada. Isso é o mesmo do que aceitar que a sentença que se fundou em lei reputada constitucional, e foi proferida em processo que observou todas as garantias processuais das partes, pode ser nulificada por decisão do Supremo Tribunal Federal *que, mais tarde, declare a mesma lei inconstitucional*. Como está claro, o que importa é saber se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pode retroagir para atingir a coisa julgada material.

Não há dúvida que, no direito brasileiro, entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que tal decisão não possui caráter desconstitutivo, e por isso não apenas revoga a lei. A sua natureza é declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, vale dizer, um estado já existente⁸.

Acontece que essa tese (da retroatividade dos efeitos) deve ser vista com cautela, uma vez que não há sentido em admitir que uma teoria, apenas porque idônea em “determinado sentido”, possa ser aceita como adequada em “outro” apenas para que o seu arcabouço lógico-formal não seja abalado. Esse “outro sentido”, de que se fala, diz respeito exatamente àquelas situações que não devem ser atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

8. “Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 163).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, salientou a necessidade de se temperar a tese da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade para se deixar imunes as situações jurídicas fundadas em ato praticado de boa fé⁹. Aliás, mesmo no Estados Unidos, país em que a expressão “lei inconstitucional” chegou a ser considerada uma contradição em termos diante da expressiva afirmação de que *the unconstitutional statute is not law at all*¹⁰, existem sinais de abrandamento da força da teoria da eficácia *ex tunc*.¹¹

Recentemente, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 — que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” —, estabeleceu no seu art. 27 que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado”¹².

Há quem afirme, porém, que “o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo *ou judiciário*”, e assim uma “sentença nula de pleno direito”, que pode assim ser reconhecida “a qualquer tempo e em qualquer procedimento”, por ser “insanável” o vício nela contida¹³.

Tal entendimento deve supor que a coisa julgada sempre pôde ser atingida pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, na melhor das hipóteses, que a coisa julgada poderá ser alcançada quando a decisão declaratória de inconstitucionalidade não a ressalvar, nos termos do referido art. 27 da Lei 9.868/99.

Acontece que a coisa julgada não se sujeita — ou poderá se sujeitar — aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.869/99 — que, na realidade, com ela não tem relação —, já era imune a tais efeitos. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1995, já dizia que “*a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade*”¹⁴, enquanto que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, muito antes

9. RTJ, v. 97, p. 1369.

10. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fev./2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

11. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista de Derecho Público*, v. 92, p. 5.

12. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Jurídica Virtual*, n. 6, nov. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

13. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 21, p. 558.

14. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. op. cit., p. 169.

de 1999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla “*uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada*. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, *tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional* (CF, art. 153, §3^o¹⁵). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão”¹⁶.

É certo que, após a edição do art. 27 da Lei 9.869/99, alguém poderia dizer que a coisa julgada será atingida pelos efeitos *ex tunc* se não for expressamente ressalvada na decisão que declarar a inconstitucionalidade. Então vejamos: tal artigo tem nítida inspiração no art. 282^o, 4, da Constituição da República Portuguesa, que é assim redigido: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n^{os} 1 e 2”. A semelhança entre as duas normas é indisfarçável¹⁷. Enquanto que o art. 27 da lei brasileira alude a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, a norma da Constituição portuguesa fala expressamente em “segurança jurídica” e em “razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”.

Deixe-se claro que a Constituição portuguesa admite a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade (art. 282^o, 1). Entretanto, e como é óbvio, a Constituição portuguesa, quando diz que o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” o exigirem, não parte da premissa de que a coisa julgada material, para ser ressalvada, depende de a decisão de inconstitucionalidade ter restringido os seus efeitos em relação a ela. Na verdade, o sistema da Constituição portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade assim declarar. Com efeito, segundo o art. 282^o, 3, da Constituição portuguesa, “*ficam ressalvados os casos julgados*, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quan-

15. Trata-se da Constituição Federal anterior.

16. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 280. Sublinhe-se, aliás, a seguinte afirmação de Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, baseada na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes: “De outra parte, *admite-se pacificamente* que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, por si só, não destrói a coisa julgada resultante de uma sentença que se haja fundado naquela norma”. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <www.ucpel.tche.br>.

17. Lenio Luiz Streck por exemplo, ressalta expressamente a semelhança do art. 27 da Lei 9.868/99 com o art. 282^o, 4, da Constituição portuguesa (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 543).

do a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido¹⁸.

Ou seja, em relação à coisa julgada os efeitos não retroagem, o que pode acontecer somente em hipóteses excepcionais, expressamente declaradas pelo Tribunal Constitucional. Como explica Canotilho, “quando a Constituição (art. 282º,3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado (...) Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito¹⁹.

No direito português, o art. 282º,3, da Constituição portuguesa estabelece *uma exceção* ao princípio da intangibilidade da coisa julgada. “Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social, a exceção à ressalva do caso julgado pode justificar-se em nome do *tratamento mais favorável aos indivíduos* que foram sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenacionais. A exceção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional. Note-se que esta exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado *não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da norma*²⁰.

Advirta-se, porém, que, no direito brasileiro, a mesma doutrina constitucional que ressaltava a coisa julgada em face da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, excluía desse temperamento a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma penal desfavorável²¹.

18. Ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 258 e ss.

19. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1004. Em sentido contrário OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex-Jurídica, 1993. p. 83.

20. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. op. cit. p. 1005.

21. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. op. cit. p. 169.

Por outro lado, e agora em outra dimensão, é preciso dizer que, na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei — que pode ser negada por ser nula —, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto*²².

5. A AÇÃO RESCISÓRIA NO CASO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

É importante evidenciar, ademais, que a admissão da ação rescisória, sem uma adequada compreensão da importância da coisa julgada material, também importa em admissão de que a declaração de inconstitucionalidade a destrói²³. Ou seja, quando se imagina que, no caso de declaração de inconstitucionalidade, a desconstituição da coisa julgada está sujeita apenas à mera propositura da ação rescisória, admite-se que a declaração de inconstitucionalidade retroage para apanhar a coisa julgada. A diferença, *que nada tem a ver com a substância do problema*, é a de que, no caso de ação rescisória, a desconsideração da coisa julgada não seria efeito *automático* da decisão de inconstitucionalidade.

Portanto, se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um *mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado*. Como é sabido, o art. 485, V, do CPC, afirma que a sentença de mérito, tran-

22. Cabe argumentar que uma decisão judicial pode se fundar em dois textos legais, mas apenas um ser declarado inconstitucional. Nesse caso, como é evidente, nem aquele que aceita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada pode deixar de ver a absoluta distinção entre a decisão e o texto de lei, admitindo a absoluta intangibilidade da decisão judicial.

23. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que, no caso de decisão de inconstitucionalidade, nem mesmo a ação rescisória é necessária, pois a decisão é juridicamente inexistente. Dizem: “segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria *juridicamente inexistente*, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (*‘lei’ inexistente*). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. *O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito *proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 43). Como se vê, esse autores entendem que a ação que levou à sentença proferida com base na lei inconstitucional (*para eles uma “lei que não era lei”*) não transita em julgado porque terá faltado à ação a possibilidade jurídica do pedido — uma de suas condições.

sitada em julgado, pode ser rescindida quando “violiar literal disposição de lei”. Trata-se de hipótese que, em uma interpretação ajustada àquele que não se conforma com a decisão transitada em julgada, pode simplesmente eliminar a garantia constitucional da coisa julgada material. Ou seja, se o surgimento de interpretação divergente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de ação rescisória, estará sendo desconsiderado exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 343, que afirma não caber “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Em um dos acórdãos que deram origem a essa Súmula, frisou o seu relator, o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, que “a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal”. Lembrou, ainda, que “a Justiça nem sempre observa, na prática cotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais”²⁴.

Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que tal Súmula somente se aplica à interpretação controvertida da lei infraconstitucional. Afirma-se, nessa linha, que a Súmula nº 343 se reporta à interpretação controvertida da lei, e não à matéria constitucional, que, pela sua supremacia jurídica, “não pode ficar sujeita à perplexidade”²⁵.

Se a Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal — que dispõe que a “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário” — não deve prevalecer, pois a função do Supremo Tribunal Federal é a de ditar a interpretação da Constituição, *isso não pode levar à tese extrema de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, deve se voltar ao passado para fazer prevalecer o seu entendimento em relação a todos aqueles que já tiveram os seus litígios solucionados pelo próprio Poder Judiciário. Semelhante idéia levaria à instituição de um “controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado”, ou melhor, na aceitação de que o controle da constitucionalidade da lei pode levar ao uso da ação rescisória como mecanismo para uniformizar a interpretação da Constituição, o que é pouco mais do que absurdo.*

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal

24. “Ementa: Para corrigir interpretação de lei, possivelmente errônea, não cabe ação rescisória” (STF, 2ª Turma, Rel. Min. Victor Nunes Leal, RE 50.046).

25. STF, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, RE 101.114-9.

Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se fosse verdade, como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula nº 343, que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve implicar na desconsideração da coisa julgada, *o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidou no Superior Tribunal de Justiça. Não se diga, como já fez o Superior Tribunal de Justiça, que a diferença entre as duas situações está em que, no caso da declaração de inconstitucionalidade, a coisa julgada se funda em lei inválida, enquanto que “uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida”*²⁶.

Ora, ninguém mais nega — e o art. 27 da Lei 9.869/99 é a prova mais eloqüente disso — que, em razão de a decisão de inconstitucionalidade ter, em princípio, eficácia *ex tunc*, não é possível a manutenção de situações anteriores fundadas na lei declarada inconstitucional (na lei inválida). *Se isso é evidentemente possível, não é correto argumentar que a coisa julgada material*²⁷, *quando fundada em lei declarada inconstitucional, não deve ser considerada pelo simples fato de ter se baseado em uma “lei inválida”*²⁸.

Isso quer dizer que ou a Súmula nº 343 não vale para nada — nem mesmo para as leis infraconstitucionais — ou ela deve ser aplicada também à matéria constitucional. Mas, pensar na eliminação da Súmula nº 343 significa dar extensão desmedida ao art. 485, V, do CPC²⁹, equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação da sua própria essência³⁰.

A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional *não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário*³¹ —

26. STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Resp nº 127.510.

27. Que não precisa nem ao menos ser ressalvada pela decisão de inconstitucionalidade para ser preservada.

28. STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Resp nº 127.510.

29. Nessa linha, é correta a análise de Leonardo Greco, no sentido de que rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no art. 485, V, do CPC, viola claramente a garantia da coisa julgada (GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>).

30. Com efeito, as decisões que abordaram incidentalmente questão constitucional cuja interpretação era controvertida nos tribunais não podem ser simplesmente riscadas da realidade, sob pena de desautorizarem os juízes e ignorarem a necessidade de segurança para a estabilidade da vida das pessoas.

31. A Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo, freqüentemente ressalta a importância do respeito à coisa julgada no Estado Democrático de Direito. Ver CHIAVARIO, Mario. Diritto ad un processo equo. In: *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi). Padova: Cedam, 2001. p. 170 e ss. Como não poderia deixar de ser, o Direito Comunitário Europeu também exige o respeito à coisa julgada. Como ensinam Paolo Biavati e Federico Carpi, “l’aver conferito ai giudici la giurisdizione su determinate materie comporta necessariamente l’attribuzione non solo dell’efficacia obbligatoria, ma anche della stabilità dei contenuti delle relative pronunce. (BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto Processuale Comunitario*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 240).

que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio —, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas.

Não é possível esquecer, porém, o teor do novo parágrafo único do art. 741 do CPC, segundo o qual o executado poderá, por meio de embargos à execução, afirmar a inexigibilidade do título judicial (sentença) “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”³².

Trata-se de dispositivo baseado em uma falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se a coisa julgada fosse um valor menor e insignificante.

Entende-se que tal parágrafo faz referência à declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado ou incidentalmente. No primeiro caso, o executado somente poderia se valer da decisão do Supremo Tribunal Federal quando a decisão não houvesse ressalvado a coisa julgada. Na segunda hipótese, os embargos somente teriam cabimento quando o Senado, após a decisão *incidenter tantum*, tivesse retirado a norma do ordenamento jurídico, imprimindo a essa retirada eficácia *ex tunc*. Afirma-se, ainda, que os embargos podem ser manejados quando a sentença aplicou ou interpretou o texto legal de modo já considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal³³. Nesse sentido, alude-se à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” e à “interpretação conforme a Constituição”, que constituem instrumentos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos³⁴.

32. Ver TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 106, p. 38 e ss; ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, v. 301, p. 18.

33. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. op. cit. p. 74-76.

34. A diferença entre as duas últimas reside no fato de que a interpretação conforme deve ser utilizada nos casos de leis *manifestamente inconstitucionais* e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto nas hipóteses de leis *em princípio compatíveis* com a Constituição. A interpretação conforme estabelece uma única interpretação *conforme* a Constituição, declarando que *todas as outras são com ela incompatíveis*. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade *de algumas interpretações*, preservando-se a literalidade do texto legal. Na declaração parcial de nulidade os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficam proibidos *de realizar determinadas interpretações*, enquanto que, na interpretação conforme, *estabelece-se uma única interpretação cabível*. Em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode julgar parcialmente procedente o pedido para declarar inconstitucionais todas as interpretações possíveis, exceto uma, estabelecida expressamente no acórdão, ou para declarar inconstitucionais algumas interpretações, nele hipotetizadas. No primeiro caso há interpretação conforme, que possui efeitos *erga omnes* e vinculante sobre todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, impedindo-os de dar interpretação diversa. No segundo caso há declaração parcial de nulidade, também com efeitos *erga omnes* e vinculante, proibindo os juízes e a Administração Pública de adotar qualquer uma das interpretações declaradas inconstitucionais. (Ver APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002).

Embora já tenho sido demonstrado que a decisão declaratória de inconstitucionalidade não atinge a coisa julgada, é conveniente ressaltar, aqui, a sua natureza de princípio constitucional, que se impõe sobre as normas infraconstitucionais que a tentem invalidar. Nessa perspectiva, não haveria como deixar de entender essa norma como inconstitucional³⁵. Entretanto, em uma operação de salvamento da norma, cabe a interpretação no sentido de que esse parágrafo único somente pode ser invocado no caso em que a sentença impugnada se fundou em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional, ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, *no caso em que pode prosperar a própria ação rescisória fundada em violação do texto constitucional, vale dizer, na hipótese de ausência de controvérsia jurisprudencial sobre a questão constitucional*.

6. O LAUDO PERICIAL QUE DISCREPA DA REALIDADE

Resta tratar dos casos em que, posteriormente ao encerramento do processo, verifica-se falta de identificação entre o afirmado na sentença e a realidade. A fim de defender a tese de que a coisa julgada não pode discrepar da realidade, Dinamarco faz menção a um sistema bastante diverso, afirmando que no direito americano importa mais a realidade que a estabilidade. Porém, não parece ser essa a posição defendida pela doutrina americana mais abalçada, que reconhece que “the purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is important that judgements of the court have stability and certainty”³⁶.

Nesse campo é necessário grande cuidado, pois o oportunismo daqueles que já tiveram seus direitos rejeitados pode servir de estímulo a pretensões que desejem reavivar a discussão de fatos já analisados, ou mesmo de provas já produzidas e valoradas. E isso, lamentavelmente, não tem sido incomum, pois têm surgido, na prática, casos em que, por exemplo, a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia que julga exorbitante, mas que é resultado de laudo pericial que foi devidamente discutido em contraditório. Se a Fazenda Pública supõe, diante de certo caso concreto, que o valor a que foi condenada a pagar é indevido ou excessivo, não é por isso que poderá pretender rever o laudo pericial que, discutido plenamente em contraditório, chegou a tal valor. O problema do funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão de sentença

35. Nesse sentido a conclusão do estudo de Leonardo Greco, intitulado de Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

36. “o propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da corte tenham estabilidade e certeza” (JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 581).

acobertada pela coisa julgada material. Nesse aspecto, é de se salientar que nenhuma das teorias que tratam do tema enfrentou a questão do art. 474 do CPC, princípio basilar de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível.

Se o laudo, no caso exemplificado, tiver se fundado em prova falsa, caberá ação rescisória, em conformidade com o art. 485, VI, do CPC. Isso porque a prova falsa, aí, dá constituição à própria perícia, na qual a sentença se fundou para chegar ao valor imposto à Fazenda Pública. Entretanto, *há nítida e gritante diferença entre perícia que se serviu de prova falsa e perícia que chegou a um resultado destoante daquele que se poderia chegar através de nova prova pericial.*

7. O EXAME DE “DNA” CAPAZ DE ALTERAR O RESULTADO DA SENTENÇA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Porém, também cabe ação rescisória se, depois da sentença, a parte obtiver documento novo, “cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII, CPC). A hipótese, como é evidente, não abre ensejo para a simples revisão do fato, uma vez que só admite a rescisão da sentença quando a parte puder apresentar documento cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar resultado favorável.

Contudo, o caso exemplar da investigação de paternidade não se enquadra perfeitamente na moldura da norma antes descrita, pois um laudo de DNA não é exatamente um documento. Não obstante, o objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, *foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável.* Se é assim, nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um “documento novo”.

Todavia, o problema vai além, pois quando se pensa que a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão que se almeja rescindir — como quer o art. 495 do CPC —, surge uma questão adicional, uma vez que a decisão da ação de investigação de paternidade pode ter transitado em julgado há mais de dois anos do momento em que se tornar possível o exame de DNA.

Não há como deixar de observar, é certo, que quando se pensa em documento novo, supõe-se documento existente à época da ação, mas que não pôde ser utilizado, e que esse raciocínio não pode ser empregado diante do DNA, pois esse não constitui documento *ou algo que existia na época da ação.* O exame de DNA é um *meio técnico novo* para se pôr em evidência um fato que foi afirmado na ação, ou uma prova pericial que não pôde ser realizada para demonstrar o fato afirmado, *por consistente em técnica que ainda não podia ser utilizada.*

Entretanto, se o prazo não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença que se quer impugnar, *porque não se trata de algo que já existia na época do processo extinto, mas de um meio que passou a existir não se sabe quanto tempo após o trânsito em julgado*, aparece uma nova questão: é certo deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade, seja autor ou réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da *definição* da relação de filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando *indefinida* a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria algo que *sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos*³⁷. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição³⁸.

Como é óbvio, não se pretende afirmar que a evolução tecnológica não possui importância para a descoberta da relação de filiação. O que se deseja evidenciar é que a *eternização* da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular *a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações*.

Seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a *imediate intervenção legislativa*.

Como essa ação possui relação com a *evolução da tecnologia*, ou melhor, com uma forma de produção de prova impensável na época em que o artigo 485 do CPC passou a reger a ação rescisória, *é imprescindível que esse artigo seja alterado para deixar clara a possibilidade do uso da ação rescisória com base em laudo de DNA, bem como o seu prazo*.

37. Lembre-se, apenas para animar a reflexão, que já existem meios técnicos capazes de colocar em dúvida os resultados dos próprios exames de DNA. É que o método *que vem sendo empregado* para a análise do DNA, o tradicional PCR (*Polymerase Chain Reaction*), é de *menor precisão* do que o novo método RFLP (*Restriction Fragment Length Polymorphism*). *Será que isso seria um indício de que em futuro próximo poderemos chegar a admitir uma terceira ação para desconsiderar a segunda coisa julgada e fazer prevalecer o resultado da primeira ação?*

38. Atente-se para a lição do Professor Barbosa Moreira: “A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças eivadas de vícios muito graves, a subsistência indefinida da impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor se pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um preavalecimento definitivo do erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor. Daí a fixação de prazo para a impugnação; decorrido certo lapso de tempo, a sentença torna-se imune a qualquer ataque. É o que acontece na generalidade dos ordenamentos contemporâneos” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 214).

8. A DESNECESSIDADE DE SE ALUDIR À REGRA DA PROPORCIONALIDADE

a) Como está claro, o problema da ação de investigação de paternidade tem relação com o fenômeno da evolução tecnológica. *Isso demonstra que não se trata de balancear a coisa julgada material com o direito já levado ao juiz, mas sim de admitir que a parte, diante de limitações técnicas da época em que o processo foi instaurado, não teve a oportunidade de demonstrar o seu direito.*

A impossibilidade de o legislador acompanhar a velocidade do progresso da tecnologia não pode levar à conclusão de que o juiz pode definir, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, os direitos que não se submetem à coisa julgada material.

É verdade que há, no direito contemporâneo, uma tendência em aumentar os poderes do juiz, com o objetivo de lhe conferir a possibilidade de tratar adequadamente do caso concreto. Antigamente, em razão da necessidade de limitação do poder do juiz, derivada da garantia de liberdade dos cidadãos, o controle do poder judicial era feito através da lei, que definia o que podia, e o que não podia, ser feito. Isso ocorria, para se dar um exemplo bem claro, com a expressa previsão legal dos meios executivos que podiam ser utilizados pelo juiz, dando-se ao cidadão a garantia de que sua esfera jurídica jamais seria invadida através de um meio de execução não tipificado na lei. Com o passar do tempo, verificou-se que, diante das diferentes situações litigiosas, não seria possível dar tutela adequada aos direitos apenas através dos meios executivos previstos pela lei, os quais obviamente eram desenhados em abstrato, desconsiderando a diversidade das situações conflitivas. Em razão disso, o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC deram ao juiz a possibilidade de trabalhar com a medida executiva adequada ao caso concreto ou com aquilo que esses artigos expressamente chamam de “medidas necessárias”. Tais artigos, como é óbvio, privilegiaram a “justiça do caso concreto”, cientes de que, para uma tutela mais perfeita dos direitos, era indispensável atribuir maior poder ao juiz. Ou melhor, apostaram no juiz, ainda que esse — diante de sua própria condição humana — lamentavelmente possa ser arbitrário. Porém, justamente em razão de que o juiz obviamente não pode deixar de ser controlado, o que mudou foi apenas a forma de controle do juiz, que antes era feita através da lei e agora deve ser realizada através da regra da proporcionalidade, especificamente das suas sub-regras da adequação e da necessidade.

Mas, o que aqui interessa é perguntar se a proporcionalidade pode ser admitida como critério para a “relativização” da coisa julgada. Como é evidente, a proporcionalidade, nesse caso, não poderia ser pensada como adequação ou necessidade, mas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra hermenêutica que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado. Seria o caso, em outras palavras, de aplicar um método de “ponderação” dos bens, e não de simples

harmonização, lembrando-se que “ponderar” é o mesmo do que sopesar para definir o bem que deve *prevalecer*, enquanto que “harmonizar” indica a necessidade de contemporizar para assegurar “a aplicação *coexistente* dos princípios em conflito”.³⁹

Entretanto, *a harmonização somente deve ser utilizada em situações excepcionais, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos*. Ou seja, a harmonização não só é um método *complementar*, mas talvez, como diz Enrique Alonso García, o mais criticado de quantos existem⁴⁰.

Ressalte-se que a harmonização não é um método de interpretação. Como explica Canotilho, “a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a *ponderação* visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, *obter a solução justa para o conflito de bens*”⁴¹.

b) Para aceitar como *plausível* a alusão à proporcionalidade em face da ação de investigação de paternidade, a contraposição não estaria sendo feita entre o direito à descoberta da relação de filiação e a coisa julgada material *em abstrato, mas sim no caso concreto, considerado o surgimento do meio técnico do DNA como capaz de dar nova conformação à decisão transitada em julgado*.

Porém, não há qualquer possibilidade ou razão para apelo à “harmonização” quando o que está em jogo é o surgimento de meio técnico capaz de modificar o julgamento. Como já foi dito, se o exame de DNA pode alterar o julgamento que se formou na sentença acobertada pela coisa julgada, o correto é interpretar tal exame como um “documento novo” que não pôde ser utilizado, mas que é capaz, por si só, de “assegurar um pronunciamento favorável” (art. 485, VII, do CPC).⁴²

O prazo da ação rescisória deve decorrer a partir da ciência da parte a respeito da existência dessa técnica — *e não, evidentemente, do trânsito em julgado*. Ademais, diante da *natureza* da prova do momento dessa ciência, *cabera ao réu* da rescisória demonstrar que o autor teve tal ciência há mais de dois anos.

Como se vê, basta somente adequar o conceito de “documento novo” — desenvolvido em época já distante — à realidade da sociedade contemporânea, isto é, à descoberta do exame de DNA. Ao que se saiba, *essa forma de interpretar o texto legal nada mais é do que uma obrigação do intérprete*.

39. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. op. cit. p. 1227.

40. GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 426.

41. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. op. cit. p. 1223.

42. Não é preciso que o autor junte, com a petição inicial, o exame de DNA, bastando que esse exame seja requerido como prova pericial.

Lembre-se, com efeito, que o enunciado da norma não se confunde com a norma jurídica, que é o *resultado da interpretação*. O juiz deve ler o texto legal em face da sociedade em que vive, adequando-o às novas realidades. Ao interpretar o texto o juiz chega a uma conclusão — ou resultado —, que nada mais é do que a norma jurídica. Nessa perspectiva, *se o texto da norma pode envelhecer, ele deve ser reavivado através da interpretação judicial*, que estabelece a *norma jurídica*. Desse modo, *a normatividade deve ser vista como um “processo”, e não como uma qualidade do texto. Ela não é; ela age*⁴³.

c) Ora, se a interpretação é suficiente para realçar o significado que a regra processual deve possuir diante da descoberta do método “DNA”, chega a ser incompreensível a razão para se pensar na aplicação da proporcionalidade ou da ponderação no caso de coisa julgada material.

A menos que se imagine que é possível contrapor, em abstrato, um direito — ainda que protegido constitucionalmente — à coisa julgada material, como se ao juiz pudesse ser dado o poder de dizer que determinado direito não se sujeita à coisa julgada material. Ou seja, é de todo insustentável dizer, por exemplo, que a justa indenização se sobrepõe à coisa julgada material.

A coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como um sub-princípio que lhe dá conformação. Não há como aceitar a tese de José Augusto Delgado⁴⁴ e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria⁴⁵, no sentido de que a garantia da coisa julgada material, insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares. Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em “princípio da intangibilidade do caso julgado” como garantidor da “segurança jurídica”⁴⁶.

A coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão a qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas o seu objeto. Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada⁴⁷, mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão.

43. Cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 87.

44. DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. op. cit.

45. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 21, p. 549-550.

46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. op. cit. p. 287.

47. Ver VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 2002.

A coisa julgada sempre pôde ser relativizada nos casos expressos em lei, como, por exemplo, na hipótese de documento novo de que a parte não pôde fazer uso, mas que seja capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 485, VII, do CPC). Trata-se de hipóteses em que se admite a relativização da coisa julgada em virtude de certas circunstâncias, que não são relativas apenas a um direito em especial, mas sim a situações que podem marcar qualquer direito. Ou melhor, os casos de ação rescisória não abrem margem para a desconstituição da coisa julgada em razão da especial natureza de determinado direito, mas sim em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição.

Isso quer dizer que não é um direito em específico, mas sim uma dada situação excepcional, que pode exigir que se dê maior atenção ao tema da coisa julgada. Nesse caso, entretanto, como se não se tratará de considerar o direito material objeto da decisão acobertada pela coisa julgada material, mas sim uma circunstância que impede a idoneidade da decisão jurisdicional acerca do direito, não existirá como pensar em contrapesar esse direito com a coisa julgada, mas sim em uma interpretação da regra processual capaz de atender as situações que pulsam da realidade e não podem deixar de ser impostas às categorias jurídicas.

d) *Note-se que a idéia de se dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto.*

Contudo, a própria razão de ser da coisa julgada impede que se imagine um sistema desse tipo, em que o juiz possa analisar, diante do caso concreto, se ela deve, ou não, prevalecer. Um sistema aberto não se concilia com a natureza da coisa julgada material.

Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da “demora da justiça”, caminhando em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea. Aliás, dizer que a “justa indenização” ou o “interesse público” podem se sobrepor à coisa julgada material é algo difícil de compreender quando se deseja retirar os prazos deferidos à Fazenda Pública, que são costumeiramente acusados de “privilégios inconcebíveis”.

Se não é possível adotar a proporcionalidade, pois isso seria abrir mão da própria coisa julgada material — que é princípio inerente à atual concepção de Estado de Direito —, é necessário que os operadores do direito compreendam, de vez por todas, que têm o dever de ajustar os textos legais às necessidades da vida. Dessa forma não será difícil eliminar os óbices que, em uma leitura fria e descompromissada do texto legal, impedem que a ação rescisória tenha um rendimento adequado.

9. CONCLUSÃO

Está claro que as teorias que vêm se disseminando sobre a relativização da coisa julgada não podem ser aceitas. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça.

Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão.

A “tese da relativização” contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris.⁴⁸

O grande filósofo alemão Gustav Radbruch há muito já criticava a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça, quando dizia que a “disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crença opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos.”⁴⁹

É óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material,⁵⁰ sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores dos que as pontuais e raras levantadas pela doutrina. Aliás, a essa mesma conclusão chegou o autor da mais moderna teoria da justiça da atualidade, o recentemente falecido John Rawls, quando escreveu que “the only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the

48. Sobre a inconsistência de uma teoria jurídica, confira-se a obra de Claus Wilhelm-Canaris, *Función, estructura e falsación de las teorías jurídicas*. Trad. de Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995. É de se ressaltar que talvez nem mesmo seja possível a construção de uma teoria da decisão correta. Nesse sentido argumenta Habermas que “uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que seja” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia — entre facticidade e validade*. op. cit. p. 282).

49. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. op. cit. p. 178.

50. Manter-se a atual concepção, mas sempre buscando adaptá-la à realidade com interpretações adequadas e reformas legislativas.

lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice”⁵¹

O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.

Por tudo isso, o momento atual é extremamente oportuno para se frisar a relação entre o instituto da coisa julgada material e o princípio da segurança dos atos jurisdicionais.

10. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, v. 301.

BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto Processuale Comunitario*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura e falsación de las teorías jurídicas*. Trad. de Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIAVARIO, Mario. “Diritto ad un processo equo”, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi). Padova: Cedam, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

51. “A única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor; analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária pra evitar uma injustiça ainda maior.” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford University Press, 1996. p. 4).

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. In: *Revista de Direito Público*, v. 92.

GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia — entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei. *Revista Jurídica Virtual*, n. 6, nov. 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. V. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Armado, 1979.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford University Press, 1996.

ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilproßrecht*. 15. ed.. München: Verlag C.H. Beck, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, v. 106.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.





CAPÍTULO XI

A POLÊMICA SOBRE A RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Nelson Nery Jr.*

SUMÁRIO: 1. Coisa julgada. Conceito — 2. Coisa julgada. Finalidade central do processo — 3. Coisa julgada. Efeitos — 4. Coisa julgada. Efeito substitutivo — 5. Coisa julgada. Funções negativa e positiva. Atitudes do juiz — 6. Coisa julgada. Requisitos — 7. Proibição de rediscussão da lide. Intangibilidade da coisa julgada — 8. Relativização (desconsideração) da coisa julgada — 9. Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito — 10. Validade e eficácia da sentença. Independência da sua justiça — 11. Controle da constitucionalidade da sentença. Coisa julgada inconstitucional — 12. Desconsideração da coisa julgada e Estado Democrático de Direito — 13. Relativização da coisa julgada e nazismo — 14. Segurança jurídica e coisa julgada — 15. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça da sentença — 16. Abrandamento legal (autorizado) da coisa julgada: ação rescisória, revisão criminal e coisa julgada *secundum eventum litis* — 17. Princípio constitucional da proporcionalidade e coisa julgada. Ação rescisória. Exigência de previsão legal expressa e prévia — 18. Ação rescisória. Ofensa a literal disposição de lei (CPC 485, V) — 19. Coisa julgada inconstitucional e ação rescisória. Controle da constitucionalidade das decisões judiciais — 20. Violação da Constituição Federal — 21. Embargos do devedor na execução de sentença (CPC 741) — 22. Princípio constitucional da proporcionalidade e coisa julgada. Revisão criminal. Exigência de previsão legal expressa e prévia — 23. Coisa julgada e investigação de paternidade julgada improcedente — 24. Investigação de paternidade, prova e eficácia preclusiva da coisa julgada — 25. A coisa julgada *secundum eventum probationis* — 26. Coisa julgada e desapropriação. Ação rescisória — 27. Desapropriação. Condenação em dinheiro — 28. Coisa julgada e desapropriação. Justiça da sentença — 29. Coisa julgada e processo fraudulento — 30. Desapropriação e conluio — 31. Intangibilidade da coisa julgada. Pressuposto processual negativo (CPC 267, V) — 32. Responsabilidade da doutrina — 33. Conclusão: a) estado do problema de *lege lata* e b) sugestão de *lege ferenda*.

Um dos fundamentos sobre os quais se erige a República brasileira é o *Estado Democrático de Direito* (CF 1º caput). Não é apenas de Estado de Direito que se cogita, mas de Estado *Democrático* de Direito. Isto porque o Estado nazista, bem como o de reconhecidas ditaduras como o de Cuba, são “de direito”, porque tinham e têm normas legais regulando as atividades do Estado e dos particulares. Não basta. É necessário que esse Estado de Direito, legal, seja democrático, instituído e regulado por princípios que se traduzam no bem-estar de todos, na igualdade, na solidariedade. É por isso que, no Brasil, se pode discutir a constitucionalidade de determinada lei sob fundamento de que não atende à letra ou ao espírito da Constituição.

* Professor Titular da PUC/SP.

1. Trata-se de excerto do livro *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, extraído com autorização do autor.

Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *Estado Democrático de Direito* ocorre por intermédio do instituto da *coisa julgada*. Em outras palavras, a coisa julgada é *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito.² Tendo em vista a relevância do tema para o processo civil constitucional, reproduziremos, neste tópico, o que já escrevemos sobre a coisa julgada, em nossos *Comentários ao CPC*³ e em nossos *Princípios do processo civil na Constituição Federal*.⁴

1. COISA JULGADA. CONCEITO

Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6º § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475.⁵ Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material,⁶ mas não o contrário. A coisa julgada material é um *efeito especial* da sentença transitada formalmente em julgado.⁷ A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º caput). Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira.

A lei não pode modificar a coisa julgada material (CF 5º, XXXVI); a CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (CF 1º caput e 60 § 4º); o juiz não pode alterar a coisa julgada (CPC 467 e 471). Somente a lide (pretensão, pedido, mérito) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. Somente as sentenças de mérito, proferidas com fundamento no CPC 269, são acobertadas pela autoridade da coisa julgada; as de extinção do processo sem

2. SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Mohr: Tübingen, 1997. p. 179 e ss.; KUNIG, Philip. *Das Rechtsstaatsprinzip*. Mohr: Tübingen, 1986; MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts*. v. III (*Das Handeln des Staates*), Heidelberg, 1988. p. 211 e ss., especialmente n. 100, p. 269 e ss.; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Verfassung und Zivilprozess*. Bielefeld, 1984. II. 5. p. 28.

3. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo, 2003, coments. CPC 467, p. 787-795.

4. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo, 2004.

5. STF 423; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo, 1984. p. 107. (3ª Série)

6. POLLAK. *System*. 2. ed. op. cit. § 107, I, p. 529; JAUERNIG. *Zivilprozessrecht*. 27. ed. op. cit. § 61, II, p. 245.

7. NIKISCH, Arthur. *Zivilprozeßrecht*. 2. ed. Tübingen, 1952, § 104, I, p. 401.

juízo do mérito (CPC 267) são atingidas apenas pela preclusão (coisa julgada formal). A coisa julgada material é instrumento de pacificação social.⁸

2. COISA JULGADA. FINALIDADE CENTRAL DO PROCESSO

A ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o *centro* do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a *segurança jurídica intangível* (*unverrückbare Rechtssicherheit*) para a singularidade da pretensão de direito material que foi deduzida em juízo.⁹

Em outras palavras: quando se forma, a coisa julgada material se apresenta como o centro de todos os objetivos do direito processual civil, ao passo que a coisa julgada material em si mesma tem a força de criar a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado. A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo,¹⁰ vale dizer, ajuizada a ação e julgado o mérito, a coisa julgada material ocorrerá inexoravelmente.¹¹

3. COISA JULGADA. EFEITOS

A sentença de mérito transitada em julgado, isto é, acobertada pela *autoridade da coisa julgada*, possui efeitos dentro do processo onde foi prolatada a referida sentença e, também, efeitos que se projetam para fora desse mesmo processo. Há, portanto, duas espécies básicas de efeitos da coisa julgada: I — efeitos *endoprocessuais*: a) tornar inimpugnável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, impedindo o juiz de redecidir a pretensão (CPC 467 e 471); b) tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva da sentença; II — efeitos *extraprocessuais*: a) *vincular* as partes e o juízo de qualquer processo (salvo quanto à independência das responsabilidades civil e penal, nas circunstâncias determinadas pela lei: CC 935) que se lhe seguir, como, por exemplo, para a *execução* da sentença de mérito transitada em julgado¹² (v.g. CPC 610); b) impossibilidade de a lide (mérito, pretensão), já atingida pela *auctoritas rei iudicatae*, ser rediscutida em ação judicial posterior, o que implica a proibição de a mesma ação — com os elementos idênticos: partes, causa de pedir e pedido — ser reproposta (CPC 267 V, 301 VI e §§ 1º a 3º). Neste último caso,

8. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coments. 1 CPC 467, p. 787.

9. POLLAK, Rudolf. *System des österreichischen des Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Executionsrechtes*. 2. ed. Wien, 1932, § 107, III, p. 532.

10. ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 15. ed. München, 1993, § 151, I, p. 915.

11. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 3 CPC 467, p. 787.

12. JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozeßrecht*. 27. ed. München, 2002, § 62, V, p. 249.

constitui a *finalidade* mesma da coisa julgada material opor-se a que se profira nova decisão sobre a matéria, no caso de haver sido ajuizada uma segunda ação.¹³⁻¹⁴

4. COISA JULGADA. EFEITO SUBSTITUTIVO

Um *efeito especial* da coisa julgada material é o *substitutivo*, decorrente da função substitutiva da jurisdição: a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca. Por exemplo, o processo simulado (*nulo* — CC 167; CPC 129), a incompetência absoluta do juízo (*sentença nula* — CPC 113, § 2º), entre outros casos, fazem com que haja vícios na sentença, que são absorvidos pela coisa julgada material, razão por que, ainda que ocorra *nulidade* (de direito material ou processual), esse vício só pode ser impugnado por ação rescisória ou embargos do devedor do CPC 741.

A nulidade alegável a qualquer tempo e grau de jurisdição, reconhecível de ofício, que prescinde de ação para ser declarada (CC 168), é a nulidade *originária* e não a derivada, ou seja, a que tiver sido substituída e absorvida pela coisa julgada material. O efeito substitutivo da coisa julgada também ocorre quando o juiz, por exemplo, reconhece como inexistente uma relação jurídica existente, ou existente uma relação jurídica inexistente.¹⁵

5. COISA JULGADA. FUNÇÕES NEGATIVA E POSITIVA. ATITUDES DO JUIZ

Tendo havido a formação da coisa julgada material sobre determinada decisão, sentença ou acórdão, duas são as tarefas que se apresentam ao juiz, que tem de exercê-las *ex officio*: a) fazer valer a obrigatoriedade da sentença (princípio da *inevitabilidade* da jurisdição), ou seja, fazer com que as partes e eventuais terceiros atingidos pela coisa julgada cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela *auctoritas rei iudicatae* (função judicial *positiva*); b) fazer valer a imutabilidade da sentença e a intangibilidade da coisa julgada, impedindo que a lide por ela acobertada seja rediscutida (função judicial *negativa*). O juiz tem o dever de ofício de, *a limina iudicii*, indeferir a petição inicial que reproduz ação idêntica à anterior, resolvida por sentença de mérito transitada em julgado (CPC 267, V, e § 3º e 301, VI, e § 4º).¹⁶

13. ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprozeßrecht*. 15. ed. op. cit., § 151, I, p. 915.

14. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 4 CPC 467, pp. 787/788.

15. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 5 CPC 467, p. 788.

16. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 6 CPC 467, p. 788.

6. COISA JULGADA. REQUISITOS

Para que se forme a *auctoritas rei iudicatae* (coisa julgada material), são necessários os seguintes requisitos: **a)** que o processo *exista*, isto é, que estejam presentes os pressupostos de constituição do processo (jurisdição, petição inicial, citação — CPC 267, IV); **b)** que a sentença seja *de mérito* (CPC 269); **c)** que a sentença de mérito não mais seja impugnável por recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6º § 3º) ou reexaminável pela remessa necessária (CPC 475). O processo *inválido*, isto é, que contenha vícios porque não preenchidos os pressupostos de validade (juiz impedido, juízo absolutamente incompetente, petição inicial inepta, citação nula, parte incapaz ou representante inexistente ou irregular etc.), não impede que a sentença de mérito nele proferida seja acobertada pela coisa julgada material. Neste último caso, a sentença de mérito faz coisa julgada, mas pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, admissível com fundamento no CPC 485, II e V. Quando o processo *inexiste* porque lhe falta algum pressuposto de existência, a sentença também *inexiste* e, por conseguinte, a coisa julgada material não se forma.¹⁷ Exemplos de inexistência de sentença e, portanto, de inexistência de coisa julgada material: a) sentença *extra petita* (falta “petição inicial” — pedido); b) sentença *infra petita* (falta “sentença de mérito” — o juiz não julgou parte do pedido); c) sentença dada em processo em que *não houve citação* (falta “citação”); d) sentença processual de carência da ação (CPC 267, VI) ou de extinção do processo sob qualquer dos outros fundamentos do CPC 267 (falta “sentença *de mérito*”); e) sentença dada por quem não se encontra investido da atividade jurisdicional, como a proferida pelo escrivão ou por juiz aposentado ou exonerado (falta “jurisdição”) etc.¹⁸

7. PROIBIÇÃO DE REDISCUSSÃO DA LIDE. INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA

Porque instrumento de pacificação social, quando há a coisa julgada as partes devem submeter-se à sua autoridade, qualquer que tenha sido o resultado da sentença (inevitabilidade da jurisdição). Incide aqui o caráter substitutivo da função jurisdicional, vale dizer, a vontade das partes é substituída pela vontade do Estado-juiz, que prevalece. Caso seja proposta ação idêntica, deduzindo-se pretensão que já tenha sido acobertada pela coisa julgada material, o destino desta segunda ação é a extinção do processo sem julgamento do mérito (CPC 267, V), pois a lide já foi julgada, nada mais havendo para as partes discutirem em juízo. Ao réu cabe

17. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo, 2003, n. 2.1, p. 26-36.

18. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 7 CPC 467, p. 788.

alegar a existência de coisa julgada, como matéria preliminar de contestação (CPC 301, VI). Mas o juiz deve pronunciá-la de ofício, por ser matéria de ordem pública (CPC 267, V e § 3º e 301 VI e § 4º). Uma ação é idêntica a outra quando ambas têm os mesmos elementos: partes, causa de pedir (próxima e remota) e pedido (mediato e imediato) (CPC 301, § 2º).¹⁹

8. RELATIVIZAÇÃO (DESCONSIDERAÇÃO) DA COISA JULGADA

Alegando que a coisa julgada tem regulamento em lei ordinária e que a sentença não pode ser *inconstitucional* e deve ser *justa*, verifica-se 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.²⁰

Na verdade, pretende-se *desconsiderar* a coisa julgada, como se ela não tivesse existido, utilizando-se do eufemismo da “relativização”. Como conclusão, essa corrente propala que *só em casos excepcionais será relativizada (rectius: “desconsiderada”) a coisa julgada*. Os exemplos trazidos por essa tendência para justificar a desconsideração da intangibilidade constitucional da coisa julgada são casos de exceção que não justificam a criação de regra para quebrar-se o Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional da própria República brasileira (CF 1º caput). Essa tendência se verifica por conta de, principalmente, dois exemplos: investigação de paternidade julgada improcedente quando ainda não havia DNA e desapropriação de imóvel com avaliação supervalorizada. As principais alegações dessa tendência são as seguintes: a) a sentença deve ser *justa*; se injusta, não fez coisa julgada; b) a sentença deve ser dada *secundum eventum probationis* (segundo o resultado da prova); descoberta nova técnica probatória, pode-se repropor a mesma ação, porque a sentença de mérito anterior não teria sido acobertada pela coisa julgada; c) a coisa julgada é regulada por lei ordinária (CPC 467) e pode sofrer alterações por incidência de preceitos constitucionais e de outras leis ordinárias. Essa corrente está na moda, havendo até quem acredite que ela seja de vanguarda.

19. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. coment. 13 CPC 467, p. 789.

20. Os argumentos dessa corrente favorável à desconsideração da coisa julgada podem ser consultados no livro coletivo *Coisa julgada inconstitucional*, coordenado por Nascimento, Rio de Janeiro, 2002, 167 p.. Os trabalhos na defesa da tese da desconsideração são os seguintes: NASCIMENTO. *Coisa julgada inconstitucional*. p. 1-31; DINAMARCO. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 33-76; DELGADO. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. p. 77-121; THEODORO JR.; FARIA. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p. 123-161). Ver, ainda, DANTAS. *Constituição & Processo*. v. I (*Introdução ao Direito Processual Constitucional*). Curitiba, 2003. p. 195-245.

9. COISA JULGADA MATERIAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já dissemos acima, a doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como *elemento de existência* do Estado Democrático de Direito. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso da sentença injusta, repelida como irrelevante,²¹ ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente rechaçada pela doutrina,²² sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (CPC 485, V).

Com a devida vênia, trata-se de teses velhas que não contêm nenhuma novidade. O sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso e, depois de transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*²³). O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada: “No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”.²⁴

A doutrina gaúcha, sempre na vanguarda, tem se posicionado, corretamente, contra a tese da desconsideração da coisa julgada, como se pode ver, por exemplo, em artigo de autorizado monografista que já havia escrito sobre o tema.²⁵

21. *Exempli gratia* CARNELUTTI, *Diritto e processo*. Napoli, 1958. n. 168, p. 271; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*. v. II. Padova, 1932. n. 82, p. 82; POLLAK, *System*. 2. ed. op. cit., § 107, IV, p. 533; ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*. 15. ed. op. cit., § 151, I, p. 915; JAUERNIG, *Zivilprozeßrecht*. 27. ed. op. cit., § 62, II, p. 247.

22. Ver, por exemplo, a doutrina mencionada na nota anterior e, ainda: BÖTTICHER, Eduard. *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*. Berlin, 1930. § 2º, p. 6-30; BOEHMER, Gustav. *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*. v. II, t. II (*Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung*), Mohr: Tübingen, 1952, § 28, p. 125-140.

23. BOEHMER. *Grundlagen*. op. cit., v. II, t. II, § 28, p. 140.

24. ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 301, p. 27, 2003.

25. PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 304, p. 23-31, 2003. Ver PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil (análise e atualização)*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

10. VALIDADE E EFICÁCIA DA SENTENÇA. INDEPENDÊNCIA DA SUA JUSTIÇA

A doutrina já discutiu à exaustão a questão da validade e eficácia da sentença de mérito transitada em julgado em face de seu conteúdo intrínseco, se justo ou injusto, se constitucional ou legal, se inconstitucional ou ilegal. Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de século, a *conclusão* a que se chegou — e hoje se encontra praticamente extratificada na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão — é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da *constitucionalidade, legalidade ou justiça* do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação (v.g. ação rescisória: CPC 485; embargos do devedor: CPC 741).²⁶

11. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Os atos jurisdicionais do Poder Judiciário ficam sujeitos ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos de todos os poderes. Para tanto, o *due process of law* desse controle tem de ser observado. Há três formas para se fazer o controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação. Na primeira hipótese, havendo sido proferida decisão contra a CF, pode ser impugnada por recurso ordinário (agravo, apelação, recurso ordinário constitucional etc.), no qual se pedirá a anulação ou a reforma da decisão inconstitucional. O segundo caso é de decisão de única ou última instância que ofenda a CF, que poderá ser impugnada por RE para o STF (CF 102 III). A terceira e última oportunidade para se controlar a constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário ocorre quando a decisão de mérito já tiver transitado em julgado, situação em que poderá ser impugnada por ação rescisória (CPC 485) ou revisão criminal (CPP 622). Passado o prazo de dois anos que a lei estipula (CPC 495) para se exercer o direito de rescisão de decisão de mérito transitada em julgado (CPC 485), não é mais possível fazer o controle judicial da constitucionalidade de sentença transitada em julgado. No século XXI não mais se justifica prestigiar e dar aplicação a institutos como os da *querela nullitatis insanabilis* e da *præscriptio immemorialis*. Não se permite a reabertura, a qualquer tempo, da discussão de lide acobertada por sentença transitada em julgado, ainda que sob pretexto de que a sentença seria inconstitucio-

26. Ver a panorâmica e extensa discussão sobre o ponto em BÖTTICHER. *Rechtskraft*. op. cit., § 2º, p. 6-30.

nal. O controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal.

À sentença transitada em julgado que eventualmente padeça do vício da inconstitucionalidade não pode ser dado o mesmo tratamento da lei ou ato normativo inconstitucional. Este último é norma de caráter geral, editado de forma *objetiva* e no interesse geral. A sentença é *lei* (norma) de caráter privado, editada de forma *subjetiva* e no interesse particular. Para a lei *stricto sensu* concorre a vontade do parlamento e do chefe do Poder Executivo para sancioná-la ou exercer o seu poder de veto; na sentença é examinada a situação peculiar e particular das partes, depois das discussões e do exame de todos os argumentos que puderem e que poderiam ter sido utilizados no processo, de modo que se consubstancia em norma particular especialíssima. Seu controle de constitucionalidade, por isso, não pode ser ilimitado no conteúdo e no tempo.

12. DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A falta de fundamentação da decisão judicial acarreta sua nulidade (CF 93, IX). Como a motivação das decisões judiciais é corolário do Estado Democrático de Direito,²⁷ ainda que não houvesse previsão expressa de nulidade da sentença não fundamentada essa nulidade existiria e deveria ser proclamada quando suscitada. O subprincípio da *segurança jurídica*, do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme reconhece a doutrina mundial. O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. *Desconsiderar* a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.

13. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E NAZISMO

Adolf Hitler assinou, em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão (art. 2º da *Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen*

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo, 1980, p. 83. (2ª Série).

Rechtssachen [StAMG] — RGBI I, p. 383). Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença era injusta, poderia propor ação rescisória (*Wieder aufnahme des Verfahrens*) para que isso fosse reconhecido.²⁸ A injustiça da sentença era, pois, uma das *causas* de sua rescindibilidade pela ação rescisória alemã nazista. *Interpretar* a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o Estado Democrático de Direito. *Desconsiderar* a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus espectros — vide mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou *regra*, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro —, de sorte que amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada e como exceção, para pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão dos valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito, não é providência que se deva prestigiar. Anote-se, por oportuno, que, mesmo com a ditadura totalitária no nacional-socialismo alemão, que não era fundada no Estado *Democrático* de Direito, como é curial, os nazistas não ousaram “desconsiderar” a coisa julgada. Criaram uma nova causa de rescindibilidade da sentença de mérito para atacar a coisa julgada. Mas, repita-se, respeitaram-na e não a desconsideraram. No Brasil, que é república fundada no Estado Democrático de Direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele *acha* que deva fazê-lo; o intérprete quer ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz.

14. SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA

Há determinados institutos no direito, de natureza material (v.g., decadência, prescrição) ou processual (v.g., preclusão), criados para propiciar *segurança* nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza *constitucional*, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). Sua proteção não está *apenas* na CF 5º, XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os *fundamentos da República* (CF 1º). O Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, *garantia fundamental* — CF 5º, XXXVI), que é a coisa julgada, são *cláusulas pétreas* em

28. POPP, Hans. *Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozeß- und Gerichtsverfassungs-rechts*. Frankfurt-Bern-New York, 1986. p. 200.

nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por conseqüência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por *decisão judicial* posterior.

15. SEGURANÇA JURÍDICA, COISA JULGADA E JUSTIÇA DA SENTENÇA

Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º, XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada e justa. A sentença *justa* é o ideal — *utópico* — maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*). Essa é a razão pela qual, por exemplo, não se admite ação rescisória para corrigir injustiça da sentença. A opção é *política*: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada. Poderíamos ter optado politicamente por outro sistema, como, por exemplo, o regime nazista, no qual prevalecia a sentença *justa* (sob o ponto de vista do *Führer* e do *Reich* alemão) em detrimento da segurança jurídica. A experiência nazista ensinou duramente os alemães, de modo que os atuais sistemas constitucional e processual da Alemanha têm extraordinário cuidado científico e político com o princípio e a teleologia do instituto da coisa julgada. A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

16. ABRANDAMENTO LEGAL (AUTORIZADO) DA COISA JULGADA: AÇÃO RESCISÓRIA, REVISÃO CRIMINAL E COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS*

A tese da desconsideração da coisa julgada não é nova. É matéria já discutida no direito mundial e absolutamente superada, *maxima venia concessa*. Os temas da injustiça da sentença e da sentença ilegal ou inconstitucional são velhos conhecidos da dogmática constitucionalista e processualista mundial. Mencionamos acima algumas opiniões doutrinárias sobre essas vetustas teses da relativização da coisa julgada, de há muito ultrapassadas no direito mundial (por exemplo, Carnelutti, Pollak, Jauernig, Bötticher e Boehmer). O sistema jurídico brasileiro prevê algumas situações de abrandamento da coisa julgada que, dada a sua excepcionalidade, somente nos casos *expressos taxativamente* na lei, portanto enunciados em *numerus clausus*, é que poderiam mitigar a coisa julgada. São

eles: a) ação rescisória (CPC 485); b) embargos do devedor na execução por título judicial (CPC 741); c) revisão criminal (CPP 622); d) coisa julgada segundo o resultado da lide (LAP 18; CDC 103).

17. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E COISA JULGADA. AÇÃO RESCISÓRIA. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA E PRÉVIA

A coisa julgada não pode ser modificada nem por emenda constitucional (CF 1º *caput* e 60 § 4º I e IV), nem pela lei (CF 5º, XXXVI). *A fortiori*, não poderia ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário. Portanto, a norma da lei ordinária, que autoriza a modificação da coisa julgada pela ação rescisória (CPC 485), seria, aparentemente, inconstitucional. Entretanto, vemos a previsão legal da ação rescisória como consequência da incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados em *numerus clausus* pelo CPC 485. O sistema abre para o interessado mais dois anos (CPC 495), para que possa pedir ao Poder Judiciário a modificação da coisa julgada que se formara anteriormente. Passados os dois anos do prazo para o exercício da pretensão rescisória, dá-se o fenômeno da *coisa soberanamente julgada*, não mais modificável, qualquer que seja o motivo alegado pelo interessado.

A ação rescisória — destinada a modificar a coisa julgada protegida constitucionalmente — é constitucional, desde que exercida nos limites angustos e taxativos das hipóteses do CPC 485 e do prazo exíguo de dois anos previsto pelo CPC 495. Trata-se, aqui, de interpretação do CPC 485 *conforme* a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*), técnica pela qual não se deve declarar a lei ou ato normativo inconstitucional, se puder dar-se à norma interpretação que se coadune com o sistema constitucional. A CF é o contexto necessário de todas as normas²⁹ (v. LADIn 28). Para tanto, é necessário que haja *prévia e expressa* disposição normativa no sistema autorizando a aplicação desses institutos de exceção. Permitir que o magistrado, no caso *futuro*, profira decisão sobre o que fez e o que não fez coisa julgada, a pretexto de que estaria aplicando o princípio da proporcionalidade, não é profligar tese de vanguarda, como à primeira vista poderia parecer, mas, ao contrário, é admitir a incidência do *totalitarismo nazista* no processo civil brasileiro. Como já dissemos, nem os nazistas ousaram desconsiderar a coisa julgada: criaram uma nova e absurda hipótese — totalitária, é verdade — de impugnação da sentença pela ação rescisória, mas sujeita ao prazo decadencial normal para o exercício da pretensão rescisória.

29. ZIPPELIUS, Reinhold. *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. In: STARCK, Christian (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen, 1976, v. II (*Verfassungsauslegung*), 1976, p. 109-110.

18. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC 485, V)

A sentença de mérito transitada em julgado que tiver sido prolatada *contra* texto da CF e da lei pode ser desconstituída pela ação rescisória.³⁰ A sentença de mérito transitada em julgado que seja *injusta* faz, inexoravelmente, coisa julgada material, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória, por mais grave que possa ter sido a injustiça. Isto porque, sendo a ação rescisória meio excepcional de impugnação das decisões judiciais de mérito transitadas em julgado, e levando-se em consideração o preceito hermenêutico de que as hipóteses de exceção, isto é, de cabimento da rescisória previstas pela lei devem ser interpretadas de maneira estrita, doutrina e jurisprudência têm entendido, corretamente, não ser possível rescindir-se essa sentença sob fundamento de sua *injustiça*. Somente a sentença *inconstitucional* ou *ilegal*, tendo sido acobertada pela coisa julgada material, pode ser desconstituída pela via da ação rescisória.³¹

19. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E AÇÃO RESCISÓRIA. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Tem sido corrente a afirmação de que se deve relativizar (*rectius*: desconsiderar) a coisa julgada inconstitucional. Não haveria prazo previamente estabelecido nem outros critérios, de sorte que a qualquer momento se poderia deixar de aplicar decisão de mérito transitada em julgado que fosse apontada de inconstitucional.³² Fala-se, também, em *controle da constitucionalidade* das decisões judiciais, porque ninguém, nem o Poder Judiciário, é imune ao referido controle.

Não existe fundamento no ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento dessa tese temerária. São três os momentos em que se podem impugnar atos jurisdicionais proferidos contra a CF: a) a sentença pode ser impugnada por apelação (CPC 513); b) o acórdão pode ser impugnado por recurso extraordinário (CF 102 III *a*); c) a sentença ou acórdão de mérito, transitados em julgado, que tiverem sido proferidos contra a CF, são impugnáveis por ação rescisória, com fundamento no CPC 485, V.

Essas são as três formas de controle *jurisdicional* da constitucionalidade dos pronunciamentos judiciais, pelo próprio Poder Judiciário. Não é verdade a afirmação de

30. No mesmo sentido: WAMBIER; MEDINA. *Coisa julgada*. op. cit., n. 2.3, p. 39; RTJ 55/744.

31. Ver NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. op. cit., coments. CPC 485, V.

32. Ivo Dantas sustenta a tese de que a coisa julgada inconstitucional pode ser impugnada por ação rescisória, com fundamento no CPC 485, V, mas sem prazo para exercício, porquanto seria inaplicável a essa situação o prazo decadencial de dois anos, previsto no CPC 495 (DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. v. I. Curitiba, 2003, p. 195-245).

que não existe controle da constitucionalidade de atos judiciais. Existe, mas deve ser exercido dentro do devido processo legal. Criar impugnabilidade perpétua de sentença ou acórdão apontados de inconstitucionais, como se isto fosse uma espécie de *querela nullitatis insanabilis*, figura vetusta e banida dos ordenamentos jurídicos dos povos cultos, é arbítrio e ofensivo ao Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e à garantia constitucional do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV).³³

20. VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A ação rescisória pode ser ajuizada com fundamento em violação a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda houver ofendido a CF.³⁴ É a forma mais grave de violação da lei federal, razão por que não pode ser oposta nenhuma outra resistência ao exercício da pretensão rescisória com fundamento na ofensa à CF, que não sejam os requisitos expressamente previstos em lei para se ajuizar validamente a pretensão rescisória (v.g. CPC 488, 495 etc.).

Para efeitos de admissibilidade da ação rescisória, a violação da CF pode ter ocorrido por desatendimento a texto constitucional expresso, a princípio constitucional não positivado ou, ainda, por ofensa ao *espírito* ou ao *sistema* da CF. Decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da ação rescisória.

Entretanto, passado o prazo legal de dois anos para o exercício da pretensão rescisória (CPC 495), não poderá mais ser questionada a decisão transitada em julgado, ainda que proferida ao arpejo da CF ou da lei federal, porque incide o princípio do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), sendo a coisa julgada um de seus elementos formadores. Diferentemente da lei inconstitucional, que normalmente tem os atributos de *norma geral*, há, aqui, na sentença transitada em julgado não mais suscetível de impugnação por ação rescisória, *norma para o caso concreto*.

21. EMBARGOS DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO DE SENTENÇA (CPC 741)

Algumas das hipóteses descritas no CPC 741, como matérias que podem ser alegadas nos embargos do devedor quando a execução é fundada em título judicial, envolvem a *validade* ou a *eficácia* da sentença de mérito transitada em julgado. Nesse caso os embargos têm verdadeira função *rescisória*, funcionando, portanto, como se fossem uma ação rescisória ajuizada no curso do processo de execução. É uma forma especial de ação rescisória, prevista expressamente pelo sistema, de modo que a razão de sua adoção é a mesma da utilizada pelo sistema para justificar a ação

33. V. NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed. op. cit., coments. CPC 467.

34. RTJ 55/744.

rescisória do CPC 485: vícios graves da sentença que aparelha a execução, que podem ser atacados pela via dos embargos. A primeira figura do CPC 741, I, (*falta* de citação) caracteriza *inexistência* do processo e, por consequência, *inexistência* da sentença ou da coisa julgada. A rigor, nem precisaria haver oposição de embargos, pois nada há a ser desconstituído: os embargos, no caso, têm natureza *meramente declaratória*.

22. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E COISA JULGADA. REVISÃO CRIMINAL. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL EXPRESSA E PRÉVIA

O sistema permite expressamente a *revisão criminal* a qualquer tempo (CPP 622) (a sentença penal condenatória transitada em julgado é passível *sempre* de rescisão pela revisão criminal), bem como o *habeas corpus* contra a coisa julgada, porque com essas ações se objetiva a discussão sobre a dignidade da pessoa humana (pessoa e seu *status* político — liberdade), em oposição à intangibilidade da coisa julgada. Ao revés, se a coisa julgada penal tiver sido produzida em favor da liberdade do réu, deve prevalecer, ainda que a sentença tenha sido proferida inconstitucional ou ilegalmente. Assim como ocorre no caso de ação rescisória e no dos embargos do devedor do CPC 741, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade contra a coisa julgada só existe se prevista *expressa e previamente na lei*.

23. COISA JULGADA E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE JULGADA IMPROCEDENTE

A sentença de improcedência do pedido de investigação de paternidade, uma vez transitada em julgado, não permite a repositura da mesma pretensão material em juízo, por conta da existência da *auctoritas rei iudicatae* (coisa julgada material), que proíbe a rediscussão da lide (que não existe mais), tanto no processo do qual se originou a sentença trãnsita em julgado quanto em processo futuro. O argumento de que novas provas poderiam modificar o resultado da demanda não pode ser aceito porque o sistema não permite que se viole o Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), formado, entre outros elementos de existência, pela coisa julgada. O argumento dos *desconsideracionistas* para admitir a repositura de ação de investigação de paternidade por causa de novas técnicas de perícia genética (DNA) é de que estaria autorizada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do pretense filho, investigante (CF 1º, III). Mas não admitem, contra a coisa julgada anterior, a negatória de paternidade por aquele que fora declarado pai sem exame genético cabal da paternidade. A dignidade da pessoa humana não é só do filho, mas do pai também. Assim, para serem coerentes, os *desconsideracionistas* teriam de admitir que se deveria abrir oportunidade para a repositura de milhares de ações no Brasil, tanto de filhos quanto de pais que quiserem rediscutir sua eventual relação

de parentesco. Atendido esse alvitre, instalar-se-ia o *caos* e a total insegurança jurídica. A solução de eventual impasse deve ser buscada no *sistema*, vale dizer, por procedimento de *afirmação positiva do sistema*, e não pela *negação do sistema*, como pretendem os *desconsideracionistas*. Há quem entenda que as duas ações (a improcedente transitada em julgado e a nova) seriam distintas, pela diversidade de *causae petendi*.³⁵ Essa solução não é a ideal, mas é melhor do que a que *relativiza* a coisa julgada porque, pelo menos, submete-se ao Estado Democrático de Direito e não pretende impor comportamento nazista ao Poder Judiciário e aos cidadãos brasileiros e residentes no País.

24. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, PROVA E EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

Não é raro o fato de, na ação de investigação de paternidade, a parte não querer submeter-se à perícia, invocando a garantia constitucional do direito à intimidade. Nesse caso a ação é julgada levando-se em conta outros meios de prova, inclusive o da presunção que milita em desfavor daquele que se negou a submeter-se à perícia. Haja vista as regras constantes do CPC 339 e CC 232. Quando o juiz julgar a investigação de paternidade nessas circunstâncias, poderá acolher ou rejeitar o pedido, conforme indicar o conjunto probatório. Assim, todas as alegações deduzidas pelas partes, e também aquelas que poderiam ter sido deduzidas mas não foram, serão acobertadas pelo manto da coisa julgada material, não podendo mais ser invocadas neste ou em processo futuro, circunstância denominada *eficácia preclusiva da coisa julgada*, cujo regramento se encontra no CPC 474. Isto se constitui em outra dificuldade para que se possa dar guarida à tese da relativização da coisa julgada quanto à sentença que julgou a ação de investigação de paternidade. Isso quer significar que ao juiz poderá ser dado examinar se alguma defesa, além daquela que tiver sido expressamente examinada na sentença de mérito anterior, transitada em julgado, foi ou não alcançada pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Em outras palavras, o juiz poderá *aumentar* o âmbito de alcance da coisa julgada. Mas a recíproca não é verdadeira: não poderá *diminuir* o alcance da autoridade da coisa julgada, isto é, do que constar expressamente da sentença de mérito transitada em julgado.³⁶

25. A COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*

A tese que afirma haver ou não coisa julgada material sobre determinada sentença, conforme o resultado da prova (*secundum eventum probationis*), sem que haja previsão legal expressa para tanto, além de fragilizar o instituto constitucional da

35. RSTJ 137/419; JSTJ 136/74.

36. Ver NERY; NERY. *CPC Comentado*. 7. ed., coments. CPC 474, p. 810-812.

coisa julgada, coloca em risco o fundamento do Estado Democrático de Direito. Ao argumento que se pretende utilizar para afastar a intangibilidade da coisa julgada, de que esta somente se teria operado segundo o resultado do processo (*secundum eventum litis*), gênero do qual é espécie a coisa julgada segundo o resultado da prova (*secundum eventum probationis*), não se pode dar acolhida porque essa técnica é regra de exceção ao sistema e, portanto, só se admite nos casos expressos taxativamente na lei. A lei brasileira só admite a coisa julgada *secundum eventum probationis* nos seguintes casos: LAP 18, LACP 16, CDC 103 I a III. Fora desses casos é inadmissível a alegação de que a coisa julgada se teria operado *secundum eventum probationis*, para justificar, por exemplo, a repositura de ação de investigação de paternidade fundada em prova de DNA, contra coisa julgada anterior de improcedência da investigatória por deficiência ou falta de provas, em razão do estágio da ciência na época da anterior sentença. Para modificar essa situação, somente com a edição de lei autorizando que a coisa julgada, em ação de investigação de paternidade, ocorresse *secundum eventum probationis*, para ambos os litigantes (investigante e investigado — pai e filho). Essa sugestão, como é curial, é *de lege ferenda*.

26. COISA JULGADA E DESAPROPRIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA

Para a solução do problema da coisa julgada formada em processo de desapropriação é necessário distinguirem-se duas situações: **a)** a avaliação foi correta e o expropriante, porque deixou de pagar a indenização imediatamente, entende que o valor da dívida, hoje, calculado no processo de execução da sentença, é muito superior ao atual valor de mercado do imóvel. Nada há a fazer, pois o expropriante, desde a coisa julgada, é devedor de quantia em dinheiro, atualizável monetariamente, e não do imóvel. Tivesse o expropriante pago, imediatamente, o valor da indenização, quando do trânsito em julgado da sentença, seria o de mercado para o imóvel expropriado; **b)** houve efetiva supervalorização e o procurador estatal, bem como seu assistente técnico, o juiz e, por fim, os tribunais (remessa necessária — CPC 475) não se deram conta da situação, possível de ocorrer, mas improvável. Nessa segunda hipótese, poderia até ter havido conluio entre sujeitos do processo e intervenientes e/ou auxiliares da justiça, caso em que haveria caracterização, em tese, de crime. A sentença ou acórdão proferido sob uma dessas circunstâncias pode ser rescindido, desde que o pedido se funde numa das causas do CPC 485. Fora dessas hipóteses, prevalece a intangibilidade da coisa julgada (valor e índices de atualização fixados na parte dispositiva da sentença, acobertada pela autoridade da coisa julgada, isto é, limites objetivos da coisa julgada — CPC 468). Caso o expropriante, sem ter o intento de subtrair-se ao comando emergente da coisa julgada, queira discutir os *motivos* que ensejaram a sentença transitada em julgado (conluio, prova pericial acolhida na sentença, supervalorização do imóvel etc.), que não estão acobertados pela coisa julgada (CPC 469), poderá fazê-lo em ação

própria, autônoma, mas não na ação de execução da sentença transitada em julgado. Ainda assim, para essa última providência deve primeiro pagar e depois discutir em ação futura. Incide aqui a cláusula *solve et repete*.

27. DESAPROPRIAÇÃO. CONDENAÇÃO EM DINHEIRO

O objetivo da ação de desapropriação é consolidar juridicamente a propriedade do imóvel expropriado no patrimônio do expropriante e, em contrapartida, condenar o expropriante a pagar o equivalente em dinheiro, no valor de mercado da época da sentença. Na sentença o expropriante é condenado não a uma obrigação de entrega de coisa certa (imóvel), mas a pagar o equivalente, naquele momento, em dinheiro. A obrigação fixada na sentença é de dar (entregar quantia em dinheiro). O objeto da prestação, portanto, não é o *imóvel* expropriado (obrigação de fazer: entrega de coisa certa), mas a *quantia em dinheiro* (obrigação de dar: pagar quantia certa) fixada na sentença. Eventual atualização de valores depois do trânsito em julgado da sentença, durante o processo de execução, terá como objeto o *dinheiro* a que foi condenado o expropriante. Os procedimentos que têm sido empreendidos por alguns órgãos do Poder Judiciário, secundados por opiniões de parte da doutrina, de mandar atualizar o valor do *imóvel*, ofendem de maneira cabal e irremediável a garantia constitucional da coisa julgada (CF 1º *caput* e 5º, XXXVI), merecendo reprovação.

28. COISA JULGADA E DESAPROPRIAÇÃO. JUSTIÇA DA SENTENÇA

Fora das hipóteses de ação rescisória, a sentença de mérito transitada em julgado, proferida em desapropriação, não pode ser modificada por decisão judicial posterior, sob fundamento de sua *injustiça* e com a argumentação sofista de que a CF prevê que a indenização, no caso de desapropriação, deva ser *justa*. O juízo de valor da justiça da sentença, feito *posteriormente*, para que se a tenha como acobertada ou não pela coisa julgada material, por ser instrumento e mecanismo do totalitarismo, violenta frontalmente o Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e, portanto, não tem substrato de sustentação no sistema constitucional brasileiro. O magistrado da segunda ação, posterior (que pode até ser um juiz substituto, recém-ingressado na carreira), seria o juiz da justiça ou da injustiça da sentença anterior, que pode até ter sido prolatada pelo STF! Maior arbítrio do que esse? Impossível.

A esse argumento político da intangibilidade da coisa julgada some-se o da insustentabilidade técnica desse procedimento diante do sistema do direito material, já que a condenação do expropriante foi à obrigação de prestar pagamento de quantia em dinheiro (obrigação de dar), o que implica atualização do dinheiro e não do valor do imóvel que, com a sentença, deixou de ser parâmetro para o cálculo do valor do efetivo pagamento da indenização.

29. COISA JULGADA E PROCESSO FRAUDULENTO

Em artigo bastante citado pela corrente *desconsideracionista*, Couture menciona caso de ação de investigação de paternidade que culminou com a improcedência por falta de provas, por dolo do pretense pai, sentença que transitou em julgado.³⁷ Menciona que o investigador moveu nova ação assim que atingiu a maioria. Como houve acordo, o caso perdeu o interesse técnico. O princípio dos processualistas ibero-americanos não dá nenhuma solução contrária ao sistema constitucional da coisa julgada. Ao contrário, lança a instigante pergunta: “Se combate a fraude abolindo a coisa julgada?”³⁸ Continuando, Couture afirma que o sistema da lei pode prever e determinar soluções de combate à fraude processual com a *tierce opposition* ou *opposizione di terzo*, dos direitos francês e italiano, ou com as ações gerais autônomas de impugnação, como é o caso de nossa ação rescisória (CPC 485). Mas, frise-se, jamais insinuou devesse ser desconsiderada a coisa julgada.

30. DESAPROPRIAÇÃO E CONLUIO

Nos casos de comprovado conluio entre participantes do processo e autoridades do poder público expropriante, o sistema oferece os mecanismos de punição civil, penal e administrativa para os faltosos, inclusive com recursos e ação rescisória no processo civil. O que não se pode permitir é aniquilar-se o sistema como um todo, porque houve caso localizado de corrupção aqui ou alhures. Punam-se os culpados, mas mantenha-se hígido o Estado Democrático de Direito, com a intangibilidade da coisa julgada. Esse é o sistema, *data maxima venia*.

31. INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA. PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO (CPC 267, V)

Não se pode rejuizar ação anteriormente julgada por sentença de mérito (CPC 269) transitada em julgado (CPC 467). A coisa julgada, aqui, é *pressuposto processual negativo* (CPC 267, V), porquanto a parte deve se submeter à autoridade da coisa julgada exteriorizada em processo do qual foi parte, vedada a repositura da ação ou rediscussão da matéria alcançada pela coisa julgada material (CPC 468) e pela eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC 474). Como os pressupostos processuais são questões de ordem pública, o juiz tem o dever de examiná-los *ex officio* e a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC 267, § 3º). Assim, diante da repositura de ação sobre lide já decidida e acobertada pela coisa julgada material, a regra geral

37. COUTURE, Eduardo J. Revocación de los actos procesales fraudulentos. In: *Estudios de derecho procesal civil*. v. III, 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 385-416.

38. COUTURE. *Revocación...* op. cit., p. 391.

ordinária sobre o assunto é o dever de ofício do juiz de indeferir liminarmente a petição inicial, com base no CPC 267, V, porque, na verdade, o autor não teria interesse processual (CPC 267, VI) em ver reapreciada lide já acobertada pela coisa julgada.

32. RESPONSABILIDADE DA DOCTRINA

O jurista tem a grave tarefa de promover a melhor aplicação do direito, aumentando, com sua atividade, o grau de certeza da ciência do direito. A tarefa do jurista é a luta contra o arbítrio. Tudo o que ele escreve e exterioriza serve de norte para ações futuras, motivo pelo qual não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos, porque isto seria ato de sabotagem, de ação revolucionária, mas não método de busca científica. O jurista não pode semear discórdia, incerteza, insegurança, desigualdade e desequilíbrio social. Por isso a democracia e a ética obrigam o jurista a, constantemente, fazer um exame de consciência a respeito de sua atividade. O juiz não tem essa obrigação, pois a ele compete resolver o caso concreto, de acordo com o seu livre convencimento motivado (CPC 131).

33. CONCLUSÃO: A) ESTADO DO PROBLEMA DE *LEGE LATA* E B) SUGESTÃO DE *LEGE FERENDA*

A) Tendo havido prolação de sentença de mérito da qual não caiba mais recurso, forma-se inexoravelmente a *coisa julgada material* (*auctoritas rei iudicatae*), tornando-se imutável e indiscutível o comando emergente da parte dispositiva da sentença e repelidas todas as alegações deduzidas pelas partes e as que poderiam ter sido deduzidas, mas não o foram (CPC 474). As hipóteses de abrandamento do rigor da coisa julgada são as previstas expressa e taxativamente na lei (ação rescisória, embargos do devedor do CPC 741, revisão criminal, coisa julgada *secundum eventum litis* [ação civil pública, ação popular]). O sistema jurídico brasileiro não admite a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada fora dos casos autorizados em *numerus clausus*, pois caso isso ocorra terá havido negação do fundamento da república do *Estado Democrático de Direito* (CF 1º caput), que é formado, entre outros elementos, pela autoridade da coisa julgada.

B) Existindo casos específicos identificados pela doutrina, que mereçam tratamento diferenciado no que pertine à coisa julgada — por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis* —, somente com a modificação da lei, nela incluindo a hipótese de exceção, é que poderão ser abrandados os rigores da coisa julgada. Sem expressa disposição de lei regulamentando a situação, não se poderá *desconsiderar* a coisa julgada.



CAPÍTULO XII

COISA JULGADA RELATIVA?¹

*Ovídio A. Baptista da Silva**

1. Vivemos um tempo singular, que alguém qualificou de a “era da incerteza”. Além do “fim das certezas”, como disse Ilya Prigogine, um dos mais respeitados físicos contemporâneos, nossa era notabiliza-se por uma compulsiva e cada vez mais ampla destruição do que fora, na véspera, acolhido com entusiasmo. Como já dissera Karl Marx, numa frase que se tornou célebre, a modernidade faz com que “*tudo o que seja sólido desmanche no ar*”. As coisas que pareciam perenes, mesmo as coisas sagradas, ou aquelas tidas como naturais, como a família, acabam desfazendo-se, ante a voracidade das transformações culturais. É de supor que estejamos vivendo a fase terminal do ciclo histórico que, suplantando a Idade Média, deu nascimento à modernidade.

Certamente ainda somos “modernos”, mas participamos do que Bauman, um dos mais instigantes sociólogos contemporâneos, denomina “modernidade líquida”,² contrapondo-a à “primeira modernidade”. Enquanto a que fora objeto da observação de Marx destruía todos os sólidos, porém para recompô-los, criando novas verdades, com igual pretensão à perenidade, a “modernidade líquida” compraz-se em tudo desfazer, “desmanchar” o que fora a novidade da véspera, sem que nada permanente seja construído. Tudo o que nossa “modernidade líquida” é capaz de construir nasce com o selo da provisoriedade, para ser logo demolido.

2. Neste quadro cultural, não deve surpreender que a instituição da coisa julgada, tida como sagrada na “primeira modernidade”, entre em declínio. O fenômeno obedece à lei que tem presidido o mundo moderno. Não deixa, porém, de ser curioso que o ataque à coisa julgada provenha da própria modernidade, levando em conta que a instituição fora concebida para atender à exigência primordial de segurança jurídica, condição básica para o desenvolvimento econômico, aspiração também moderna. A coisa julgada, exageradamente abrangente, foi a âncora jurídica que possibilitou a construção do “mundo industrial”. Afinal, cabe perguntar, estaremos ainda vivendo

* Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor titular (aposentado) de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Estudo destinado a compor o livro-homenagem ao Prof. Giuseppe Tarzia, catedrático da Universidade de Milão, nos quarenta anos de sua docência.

2. BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Tradução da edição inglesa de 2000. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

a fase terminal da modernidade; ou, tendo-a ultrapassado, estaremos no pico de uma crise **paradigmática**, sem saber para onde vamos.

A questão que se põe, portanto, é a seguinte: se a primeira modernidade caracterizou-se pelo empenho na “destruição criadora” (Schumpeter), o que nos restou ainda merece o nome de modernidade? Bauman tem bons argumentos para dar resposta afirmativa a esta indagação. Na verdade, — é uma observação amplamente aceita —, o mundo moderno constituiu-se a partir da crença na “eterna mudança”,³ praticada sob o império do racionalismo.

Creio, todavia, que tenha interesse para a compreensão do enigma que se oculta sob a nova proposta de “relativização” da coisa julgada — uma das mais recentes novidades na doutrina brasileira — insistir na busca de explicação para a contradição entre a exigência de segurança jurídica e sua respectiva eliminação pela redução do alcance da coisa julgada.

Parece apropriado iniciar a resposta, formulando uma nova indagação, qual seja: o espírito moderno pode conservar-se “moderno” mesmo sendo autofágico? A exposição subsequente tentará justificar esta indagação.

3. A primeira voz, ao menos a primeira voz potente e autorizada, a defender a revisão da “carga imperativa da coisa julgada”, foi a de José Augusto Delgado, um ilustre magistrado de nosso Superior Tribunal de Justiça. Segundo ele afirma, “a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças”.⁴

Falta-me espaço para dedicar ao sugestivo ensaio do eminente magistrado a atenção que ele merece. Entretanto, mesmo correndo o risco inerente a uma análise apresada, é necessário deter-me em alguns pontos que me parecem relevantes. O título dado ao estudo denuncia que sua proposta de reduzir a “carga imperativa da coisa julgada”, antes de ser uma elucubração teórica, teve origem em casos judiciais concretos, nascidos da experiência forense. As linhas básicas de seu pensamento assentam-se na idéia de que a força da coisa julgada deve pressupor a verdade, a certeza e a justiça (p. 13).

Entretanto, se não cometo engano ao interpretar seu pensamento, a palavra **justiça** entra nessa proposição para significar aquela justiça formal inerente a todas as

2. WALLERSTEIN, Immanuel. *The end of world as we know it*. Tradução da edição inglesa de 2001. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 155. É verdade, como ele diz, que essas mudanças são projetadas para que nada, realmente, se transforme, de modo a assegurar a eternidade da estrutura social e mental da modernidade. As mudanças são circulares, feitas para que o espírito moderno seja mantido.

3. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *Revista de Processo (RePro)*, n. 103, São Paulo, 2001, p. 31.

4. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. *Revista de Processo (RePro)*, n.º 103, São Paulo, 2001, p. 31.

sentenças, não a expressão de uma justiça material, enquanto aspiração a ser buscada pelo julgador; mesmo porque, costuma-se dizer, a coisa julgada é uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça.

Das premissas que resumidamente indiquei, extrai o magistrado esta conclusão: *“O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos”* (p. 11). Sustentado nesses pressupostos, entende o Ministro Delgado que os *“efeitos da sentença”* que transitou em julgado *“devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, de proporcionalidade e do justo”* (p. 17).

A idéia vem melhor explicitada nesta proposição: *“as teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar os princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito”* (p. 18).

4. A solução preconizada pelo magistrado teve rápida ressonância na doutrina brasileira, cabendo registrar, pelo menos, duas vezes que a secundaram, a de Humberto Theodoro Júnior e Cândido Dinamarco. Na verdade, não se pode dizer que estes dois conhecidos processualistas tenham apenas secundado a proposta do Ministro Delgado, porquanto eles — se não ambos, ao menos Dinamarco — vinham sugerindo essa mesma solução há algum tempo. Este último jurista torna explícito um pressuposto, que já estava presente no projeto do Ministro Delgado, ao reproduzir a doutrina de Liebman sobre coisa julgada. Diz Dinamarco: *“a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença”*.⁵ Para Liebman, a coisa julgada, além de tornar imutável o “conteúdo” da sentença, asseguraria a imutabilidade de seus efeitos.

Dinamarco radicalizou mais a doutrina de Liebman, ao dizer que *“não havendo efeitos substanciais suscetíveis de serem impostos, não incide a coisa julgada”* (p. 31). Pouco importa que, sobre o “conteúdo” declaratório, se forme coisa julgada, se não houver algum efeito capaz de ser “imunizado”. É claro que alguém poderia objetar contra esta conclusão argüindo que a **declaração** “contida” na sentença é um autêntico “efeito” do ato de declarar. Todavia, esta não é a doutrina dominante e não parece corresponder ao pensamento de Liebman, para quem os “efeitos” haveriam de ser alguma coisa “externa” ao ato jurisdicional, sugestão que também nos trans-

5. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Direito Processual (RePro)*, n. 109. São Paulo: RT, 2003. p. 9.

mite a proposição de Dinamarco, ao dizer que a coisa julgada não tem “dimensões próprias”, tudo se resumindo em seu poder “imunizador” dos efeitos da sentença. A proposição está a indicar que os efeitos devem ser “externos” ao ato jurisdicional, enquanto inconfundíveis com o que o jurista entende ser o “conteúdo” da sentença

Segundo Dinamarco, a coisa julgada não tem como finalidade “imunizar” a sentença como ato do processo, mas tornar imunizados “os *efeitos que ela projeta para fora processo*” (p. 12). Embora servindo-se de argumentos diferentes, chega o jurista a conclusões análogas às indicadas pelo Ministro Delgado, quais sejam, em síntese: a) o princípio da **razoabilidade** e da **proporcionalidade** deve condicionar a “imunização” dos efeitos da coisa julgada material; b) a ofensa à **moralidade administrativa** deve afastar a autoridade da coisa julgada, “quando absurdamente lesiva ao Estado”; c) sempre que as entidades públicas sejam chamadas a pagar, nas indenizações por expropriações imobiliárias, mais do que o **justo valor**, a coisa julgada não terá seus efeitos “imunizados”; d) igualmente a ofensa à “*cidadania e direitos do homem*” deve impedir a perenização de decisões “inaceitáveis em detrimento dos particulares” e) a garantia constitucional do meio ambiente “ecologicamente equilibrado” não pode ser desconsiderada, “*mesmo em presença de sentença passada em julgado*” (p. 22-23).

5. Humberto Theodoro Júnior, centrando seu interesse na eventualidade de uma sentença inconstitucional, sustenta que a idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória tem como fundamento o princípio de que a segurança e a certeza almejadas pelo Direito não pode conviver com uma decisão que contenha uma “séria injustiça”.

Daí dizer ele, inspirado em Paulo Otero, jurista português⁶: “*a segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o DIREITO JUSTO*”.⁷ A partir de pressupostos análogos aos indicados pelo Ministro Delgado, chega Humberto Theodoro Júnior à formulação do seguinte princípio: “*A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício de inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais*” (p. 154). Diz o conhecido processualista, “*a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória*” (p. 155).

6. A menção a “Direito justo”, como um valor absoluto, está na nota prévia redigida pelo autor, na edição de 1993, Lisboa: Lex Edições Jurídicas. p. 10.

7. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*, obra coletiva. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 139.

6. Limitei-me a reproduzir, certamente com as deficiências próprias a uma exposição desta natureza, as passagens que, a meu juízo, qualificam o pensamento desses ilustres juristas. Farei, a partir de agora, algumas observações críticas, começando pela análise da solução preconizada pelo Ministro Delgado.

Examinando um acórdão do Superior Tribunal de Justiça — suprema corte brasileira de direito comum, o Tribunal a que pertence o Ministro Delgado —, que preferira manter a sentença, contra a pretensão do litigante de reabrir a controvérsia, para rediscutir a paternidade com base no exame de DNA, inexistente ao tempo da formação da coisa julgada, disse ele: “*a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma*”, por isso que “*a segurança imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça*” (p. 20).

A objeção que levanto contra essa proposição começa por questionar a perigosa indeterminação do pressuposto indicado pelo magistrado, qual seja o conceito de “grave injustiça”, análogo àquele proposto por Theodoro Júnior como sendo uma “séria injustiça”.

Por duas razões, parece-me impróprio condicionar a força da coisa julgada, primeiro, a que ela não produza injustiça; segundo, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja “grave” ou “séria”. A gravidade da injustiça como condição para “confrontar”, como ele diz, a coisa julgada acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da *res iudicata*. Veremos mais adiante por quê. Mas é possível antecipar a conclusão, valendo-me da seguinte asserção do Ministro Delgado: “*a segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos pelo ordenamento jurídico são violados pela sentença*”, porquanto, na estabilidade jurídica obtida pela coisa julgada é “*necessário prevalecer o sentimento do justo*” (p. 21).

Suponho que basta essa afirmação para que o edifício da coisa julgada desmorone. Mas o resultado parece reforçado, ainda mais, por esta asserção: “*a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiça*” (p. 31). Não creio necessário registrar as inúmeras hipóteses, imaginadas pelo magistrado, de “sentenças injustas” — ofensivas aos “princípios da legalidade e da moralidade” — que não devem, por isso, prevalecer, mesmo quando cobertas pela coisa julgada (p. 24-25).

Pretender que a coisa julgada seja desconsiderada quando a sentença seja “injusta”, não é, seguramente, um ideal da modernidade. Teremos de descobrir-lhe a origem remota no direito romano. Cabe, portanto, a indagação que propus inicialmente: a modernidade que se sustenta na idéia de constante mudança, conserva-se “moderna” mesmo quando, negando-se a si mesma, procure retornar ao passado pré-moderno? Pois não creio que exagere ao referir tantos e tão variados ataques aos ideais da

modernidade, ocorridos no Direito contemporâneo, como agora o empenho de “relativização” da coisa julgada.

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

8. Humberto Theodoro Júnior entende que a própria “segurança” almejada pelo sistema jurídico deve ser relativa, porquanto apenas o “Direito justo” seria absoluto. Estamos dispostos a concordar com o jurista. Todavia, não nos parece que a doutrina comungue do mesmo ponto de vista. Porventura, “Direito justo”, para nosso sistema, não seria o mesmo que “Direito legal”? Seria possível a nossos magistrados — valendo-se de uma margem de **discricionariedade**, que o sistema lhes recusa — descobrirem o Direito “justo”, além ou contra o texto legal? E se o fizerem, como o litígio judicial poderá chegar ao Superior Tribunal de Justiça, quando a missão desta Corte está firmemente limitada, pelo texto constitucional, apenas ao exame das alegadas violações da “lei”?

Para resumir: entendo que a asserção feita pelo Ministro Delgado de que os efeitos da coisa julgada “*devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo*” (op. cit., p. 17) exerce, inevitavelmente, um efeito exterminador da coisa julgada! Além disso, o que seria uma “grave” injustiça, capaz de autorizar que a coisa julgada não fosse observada? Embora o ilustre magistrado, ao que me é dado compreender, preconize a eliminação da coisa julgada em casos excepcionais, a verdade é que, aceitando suas premissas, parece-me que nada mais restará do instituto. Afinal, que sentença não poderia ser acusada de “injusta”; e qual a injustiça que não poderia ser tida como “grave” ou “séria”? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de “absurdamente lesiva” ao Estado, como sugere Dinamarco?

A coisa julgada resistiria às sentenças “lesivas”, mas não às que fossem “absurdamente” lesivas? Como medir a lesividade, digamos “normal”, provocada pela sentença, para diferenciá-la, da “absurdamente” lesiva”?

Que tribunal teria o poder de reconhecer essa injustiça, com força para impedir que outro tribunal, em julgamento subsequente — liberto da contingência da coisa julgada —, viesse a dizer, ao contrário do que dissera o segundo julgamento, que não houvera qualquer injustiça no primeiro julgamento; e muito menos uma “grave” injustiça?

Exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se “confrontar” com algum princípio constitucional, ou com princípios normativos de grau inferior — testando sua validade a partir de sua “legalidade” —, é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada. Por sua própria natureza, os **princípios** são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de “otimização”, estranha à incidência das **regras** legais. O princípio, mesmo que seja afastado, em atenção ao caso concreto, nem por isso se terá, necessariamente, como violado pelo julgador.⁸ E depois, como se haveria de tratar, em sede de recurso extraordinário, a alegação de que a coisa julgada ofendera a moralidade administrativa ou a justiça? Seria esta uma “questão de direito”, capaz de dar ensejo aos recursos desta espécie? Observe-se que não estaríamos a “qualificar” fatos, mas a definir de critérios éticos.

9. Cândido Dinamarco, por sua vez, aceita a sugestão preconizada por Theodoro Júnior de que se afaste o óbice da coisa julgada, sempre que o julgador depare-se com uma sentença “abusiva”, já que para o último, a “*sentença abusiva não é sentença*” (Dinamarco, p. 28). Quando se deve, no entanto, considerar uma sentença como “abusiva”? “Abusiva” de que situação concreta? Tenho que este conceito é imprestável, pelo grau de sua indeterminação; ou por ausência de uma relação que o vincule a uma situação concreta, a respeito da qual houvera o “abuso”. Tal como ele está posto, não se tem como referi-lo a um conceito ou a uma determinada situação fática, a respeito dos quais a sentença teria sido “abusiva”.

10. Depois dessa rápida incursão sobre os fundamentos que seriam capazes de permitir a “relativização” da coisa julgada, podemos prestar atenção a dois problemas técnicos realmente significativos, do ponto de vista estritamente processual. O primeiro, decorrente da doutrina de Liebman, aceita por eles, reside no pressuposto de que os efeitos da sentença se tornem imutáveis em virtude da coisa julgada; o segundo, está em que, exercendo o instituto a função de uma “objeção”, posta pelo sistema para impedir que o julgador reaprecie a lide protegida pela *res iudicata*, sua averiguação haverá de consistir, logicamente, num julgamento “preliminar”, a ser feito antes de o julgador saber se a coisa julgada teria ofendido a “moralidade”, a “justiça” ou a “proporcionalidade”, ou se tenha mostrado “abusiva”, qualificações que o autor da segunda ação alega, para afastar a coisa julgada.

Veremos mais adiante que, no raciocínio dos três juristas, ocultam-se dois equívocos que exigem revelação: a) existe uma inversão lógica do fundamento, vício comum nos juristas do direito material, quando tratam de questões processuais, segundo o qual o estado de incerteza, inerente à litispendência, é visualizado pelo observador a partir de uma perspectiva privilegiada, que lhe permite saber — antecipadamente —, seja como hipótese pensada antes da propositura da demanda; seja

8. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Tradução da edição alemã de 1986. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 86 e ss.

considerada durante seu curso, que a sentença será de procedência. Pontes de Miranda costumava advertir para esse equívoco, responsável pela ilusão de que possamos ver, no curso de uma relação processual litigiosa, as coisas que haverão de ocorrer “depois da sentença de procedência”; b) o outro equívoco consiste na ilusão de que a sentença, ao destruir a coisa julgada “abusivamente” formada; ou a sentença que seja, aos olhos do litigante inconformado com seu resultado, “ilegal”; ou enfim, que contenha “injustiça”, possam tornar-se — em virtude de uma milagrosa intangibilidade renascida — protegida pela coisa julgada que a segunda sentença acabara de destruir, de modo que elas próprias se tornassem inimpugnável a novos ataques.

A coisa julgada cederia à injustiça contida na primeira sentença, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos. A injustiça destruiria a “primeira coisa julgada”, mas a sentença que o reconhecesse seria, *ipso iure*, justa e não abusiva! Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta “segunda coisa julgada”? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Porventura, a coisa julgada...?

Esta forma de atacar a coisa julgada deve-se, muitas vezes, à prévia aversão de quem a impugna contra determinada sentença tida por ele, enquanto sucumbente na respectiva demanda, como “injusta” ou “ilegal”. As vezes se diz, como acontece com a reprodução de ações de investigação de paternidade, que a coisa julgada não deve impedir a certeza da paternidade biológica, contra uma falsa paternidade, determinada pela inexistência de recursos científicos que a pudesse estabelecer ao tempo do julgado; enfim, o afastamento da coisa julgada asseguraria o direito constitucional a conhecer a identidade pessoal e a filiação de quem, por uma deficiência probatória, passara e ser filhos de outrem.

O argumento, sem dúvida, impressiona. Todavia, sob o aparente desinteresse econômico que essa intenção possa transmitir, os olhos do filho natural estará invariavelmente voltado para a herança paterna. Em minha longa experiência forense nunca encontrei uma ação desta espécie proposta por um filho abastado contra um pai miserável.

E quanto à ilegalidade: — como a “vontade da lei”, cuja busca fora recomendada por Chiovenda, é uma entidade inescrutável, protegida por um misterioso segredo, a produzir sempre sentenças de sentidos diametralmente opostos, sobre uma mesma lide, gerando os mais diversos, constantes e inelimináveis dissídios jurisprudenciais —, teríamos de escolher, dentre os dois grupos de sentenças antagônicas, aquele que fosse “ilegal”, pois este estilo de compreensão não aceita que ambos os grupos, de sentidos opostos, sejam igualmente legais. Se um grupo de julgados manteve-se fiel à lei, o grupo divergente será, necessariamente, ilegal. Neste caso, como escolheríamos, dentre os dois grupos, aquele a ser sacrificado, como “ilegal”? A mesma contingência poderia dar lugar a dois grupos de sentenças, dos quais um seria tido por “justo”, outro por “injusto”. Que parâmetro mediria a “injustiça” do grupo de sen-

tenças destinado a perder a proteção da coisa julgada? E que juiz haveria de dar a palavra final declarando a “justiça” do grupo sobrevivente que, como “DIREITO JUSTO”, seria absoluto? Certamente não seria o Corte Superior em que tem assento o eminente Min. Delgado, uma vez que, apesar de ser um superior tribunal de “justiça”, não lhe cabe “fazer justiça”, missão reservada às Cortes ordinárias.

11. Começemos examinando o conceito de coisa julgada, no limite de tempo de que dispomos, transcrevendo a conhecida lição de Liebman a respeito da “imutabilidade” dos efeitos da sentença: “*In ciò consiste dunque l'autorità della cosa giudicata, che si può appunto definire come l'immutabilità del comando nascente da una sentenza. Essa non si identifica semplicemente con la definitività e intangibilità dell'atto che pronuncia il comando; è invece una qualità speciale, più intensa e più profonda, che investe l'atto anche nel suo contenuto e rende così immutabili, oltre l'atto nella sua existência formale, **gli effetti quali che siano** (original sem destaques) dell'atto medesimo*”.⁹ A sugestão de Liebman, propondo que a coisa julgada torne “imutável” tanto o “conteúdo” quanto os “efeitos” da sentença, constitui nova fonte de enganos. Como o demonstrou, com argumentos irresponsáveis J. C. Barbosa Moreira, “*se alguma coisa escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença*”.¹⁰

Tenho tratado dessa questão em oportunidades diversas, para sustentar o mesmo ponto de vista que, no fundo, aproxima-se da concepção clássica sobre o conceito de coisa julgada.¹¹ A pretensa imutabilidade dos “efeitos” da sentença outra coisa não é senão o que a doutrina clássica denomina “eficácia preclusiva” da coisa julgada, formada sobre a declaração contida na sentença.¹² Certamente os “efeitos” serão sempre intocáveis porque o segundo juiz que os modificar, haverá de fundamentar a sentença numa **nova declaração inversa** àquela coberta pela coisa julgada. É o chamado “efeito preclusivo”, conceito semelhante, quando não idêntico, ao que a doutrina muitas vezes indica como “julgamento implícito”, outras vezes como “imutabilidade da motivação” da sentença, a que Savigny denominou “motivos objetivos” da sentença que, para ele, integrariam a coisa julgada.¹³

É indispensável, porém, ter presente que o pensamento dominante na doutrina europeia considera que a coisa julgada é o efeito — ou, como quer Liebman, “a qualidade” — que se agrega à “declaração contida na sentença”, libertando os de-

9. *Efficacia ed autorità della sentenza*, edição de 1962. Giuffrè. p. 40.

10. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil — Ensaios e Pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 139.

11. V. na obra *Sentença e coisa julgada* os ensaios intitulados “Conteúdo da sentença e coisa julgada” e “Conteúdo da sentença e mérito da causa”, agora em 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003; e no *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

12. Sobre isto, consultar nosso *Curso de Processo Civil*. 6. ed. v. I, p. 512-515.

13. *Sistema de Direito Romano atual*. v. V, § 291.

mais efeitos da “imutabilidade” que ele pretendia atribuir-lhes, o que nos permite, por exemplo, aceitar que a decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença — para preservar o valor da condenação — não ofenderá a coisa julgada.

12. A distinção entre coisa julgada e “efeitos” da sentença está feita de modo didático no Código Civil italiano, ao conceituar a coisa julgada como “*L'accertamento contenuto nella sentenza*” (art. 2.909), depois de referir-se, no artigo precedente, a seus “efeitos”. Esse “*accertamento*”, diz o Código italiano, “*fa stato*”, entre as partes, para todos os efeitos.

De resto, poderíamos ir mais longe, para advertir que as hipóteses que mais diretamente causaram revolta àqueles ilustres juristas — não por acaso magistrados ou ex-magistrados — foram as avaliações judiciais produtoras de valores “absurdos”. Cuidava-se, porém, de sentenças homologatórias rigorosamente incongruentes, caracterizadas por manifesta oposição à respectiva sentença que condenara ao pagamento do “justo valor”.

O cálculo produzido na respectiva execução da sentença subvertia inteiramente o julgado, fazendo com que o “justo valor” — que o processo de liquidação da sentença deveria determinar — se transformasse em fonte de enriquecimento ilícito.

Por outro lado — este é um argumento adicional decisivo —, a sentença que homologa o cálculo decide sobre “fato”, não sobre direito, no sentido de que a decisão possa adquirir a força de coisa julgada. Como disse, com toda razão, o Ministro Delgado (p. 18), as sentenças nunca poderão “*transformar fatos não verdadeiros em reais*”. Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo “absurdo”, terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (homo+logos), não produz coisa julgada, capaz de impedir que se corrija o cálculo, a não ser que aceitemos a imutabilidade dos efeitos da sentença.

Esta foi a oportuna observação feita pelo Ministro Célio Borja, no acórdão proferido no Rec. Extr. nº 111.787, em que o Supremo Tribunal Federal apreciou, justamente, a questão do cálculo da correção monetária, em ação de desapropriação, oferecido em liquidação de sentença. Disse o magistrado: “*Portanto, em matéria de índices entenderia que não há como submetê-los ao fenômeno da coisa julgada*”.¹⁴ Este entendimento pressupõe que se aceite a doutrina que define a coisa julgada como a “indiscutibilidade” por ela atribuída à declaração “contida” na sentença, para que os seus efeitos — enquanto por ela protegidos — se tornem “imutáveis”.

14. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 136, p. 1.306.

13. Observemos esta incisiva afirmação feita pelo Ministro Delgado e aceita por H. Theodoro Júnior, que a transcreve: “(...) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a **moralidade**, contra a legalidade, **contra os princípios maiores da Constituição Federal** e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a **sentença viole a Constituição Federal**, seja veículo de injustiça, **desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas**, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa”.¹⁵ Sim, aceitemos a tese, sem dúvida inspirada nos mais legítimos e superiores princípios éticos, que devem iluminar sempre o Direito. Todos nutrirão, sem dúvida, simpatia, quando não adesão entusiástica, a esse generoso ponto de vista que, renunciando à absolutização do valor “segurança”, exigido pelo Iluminismo, prioriza a “justiça”, como o supremo valor.

Todavia, estamos a operar — como nossa formação o impõe — no reino da pura abstração. Nem mesmo contamos com uma “concreta controvérsia judicial” em que esses “absurdos”, essas ofensas “graves” a ordem jurídica, tenham ocorrido; ou algum caso concreto em que, como diz Dinamarco, imponham-se “*remédios contra os males de decisões flagrante-mente inconstitucionais*”¹⁶; ou “*decisão aberrante de valores, princípios ou normas superiores*” que imponham a “*fragilização da coisa julgada como reação contra a injustiça*”.¹⁷ Este é um discurso apropriado para uma sala de aula, produzida ao estilo de nossas Universidades; ou para um livro de doutrina. Todos, porém, haverão de concordar em que será necessário testar o projeto de “relativização” da coisa julgada em sua dimensão, digamos, funcional e pragmática, indagando como as coisas se darão quando, a tranqüila segurança do discurso teórico, perdendo a dimensão estática e formal com que o raciocínio abstrato lhe protege, tenha de descer das alturas, para enfrentar as inimagináveis diversidades dos casos concretos — de que Savigny recomendava que nos afastássemos para refugiarmo-nos na segurança das figuras geométricas¹⁸ — descobrindo, caso a caso, quais dentre eles realmente reproduzem aquilo que, teórica e previamente, condenamos. Como saber se a coisa julgada abriga uma simples inconstitucionalidade, para distingui-la daquela que, contendo uma “flagrante inconstitucionalidade”, deva ser eliminada?

14. Para esta nova operação, será indispensável mergulhar na extrema complexidade da vida real, submetendo-nos às exigências do direito transformado em simples “expectativa”, de que nos advertiu J. Goldschmidt — em mensagem que ainda não

15. THEODORO JR., Humberto. op. cit., p. 148.

16. Op. cit., p. 35.

17. Op. cit. p. 31.

18. Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza. In: Savigny — *Antologia di scritti giuridici a cura di Franco De Marini*. Il Mulino, 1980. p 55.

foi suficientemente absorvida —, ou seja, seremos forçados a renunciar à segurança das proposições do direito material, do Direito em sua dimensão **estática**, submetendo-nos às exigências impostas pelo seu momento **dinâmico**, abandonando o tranqüilo mundo do ser, para navegar no “*mare revolto*” do provável, do direito apenas “afirmado”, do direito que o autor simplesmente alega possuir.

Antes de pressupor que se possa tratar do processo como se ele cuidasse do “direito do autor” — portanto das ações invariavelmente procedentes —, teremos de testar o projeto de “relativização” da coisa julgada, colocando-nos na perspectiva de um juiz que acabe de receber a causa em que o autor pretenda desfazer a coisa julgada por considerar “ilegal” ou “injusta” a sentença; ou afirme que a sentença tenha “ultrapassado os limites da moralidade” ou o “círculo da legalidade” (Delgado, p. 18).

Como haverá de comportar-se o magistrado, em tais circunstâncias? É de supor que o demandado suscite, em contestação, a preliminar de coisa julgada, postulando a extinção do processo “*sem julgamento de mérito*” (art. 267, V, do CPC). O juiz terá de apreciar, desde logo, a preliminar, antes de saber, realmente, se a sentença impugnada fora “injusta”. A “objeção” de coisa julgada não admite que o julgador proteja a decisão para a fase final do procedimento. Enquanto o processo se fosse desenvolvendo, o juiz estaria reapreciando a lide coberta pela coisa julgada.

15. As considerações precedentes, cujo objetivo centra-se no interesse em ampliar o debate, autorizam-me a extrair duas conclusões: a) é indispensável revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determinada pela crise **paradigmática**. O fim da “primeira modernidade” determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada; b) será necessário, porém, conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica.

Esses instrumentos devem ficar limitados àqueles propostos por Dinamarco, a partir da lição de Pontes de Miranda, quais sejam, a) a ação rescisória; b) uma sistematização adequada da *querela nullitatis*. Nunca, porém, c) para permitir o afastamento da coisa julgada suscitado sob a forma de uma questão incidente, no corpo de outra ação, seja formulado pelo autor, como uma questão prejudicial; seja como uma objeção levantada em contestação pelo demandado; nunca igualmente d), tornando a coisa julgada “relativa” a partir de pressupostos valorativos, como “injustiça” da sentença, sentença “abusiva”, “moralidade” administrativa, ou outras proposições análogas, mesmo porque — no que respeita à moralidade — nem só na administração pública ocorrem imoralidades. Como poderíamos justificar que a coisa julgada não valha quando a sentença consagre uma imoralidade administrativa, mas tenha, ao contrário, pleno vigor quando a imoralidade seja cometida contra os particulares? Eliminaríamos a coisa julgada quando a imoralidade fosse cometida contra a administração pública, mas a conservaríamos válida quando praticada contra sujeitos de direito privado.

A hipótese *sub c* seria, *de lege ferenda*, admissível. Teríamos, porém, criado uma espécie de demanda rescindente atípica, genérica, ou “inominada”. A coisa julgada poderia, sempre, ser questionada por meio de uma “questão prejudicial”, assim como poderíamos, ignorá-la tendo-a como nula e, conseqüentemente, ineficaz, na ação em que postulássemos a reapreciação da mesma lide.

16. Fenômeno singular, nossa “modernidade líquida” teria regressado ao direito medieval, ou mesmo ao direito romano, perante o qual a sentença nula era de fato nenhuma (*nullum*), não carecendo, como o nulo moderno, ser **desconstituído**. Além disso, a sugestão dos ilustres juristas, de que deveríamos ignorar, **de plano**, a coisa julgada “injusta”, faz homenagem a outro princípio pré-moderno.

A origem romana da solução preconizada por nossos juristas é testemunhada pelo Dig. 2, 15, 11, segundo o qual o condenado poderia desconhecer o julgado inexistente (*si negetur iudicatum*); Mas, diz Orestano: “*Qualora la sentenza inesistente fosse stata invece di assoluzione, alla constatazione di tale inesistenza si arrivava per altra via: l’attore che avesse visto andar assolto il convenuto con una sentenza inesistente poteva forte di questa circostanza, riproporre la stessa azione (cfr. es. ALESS. SEV. a. 222 in Cod. 7.56.1). Se il convenuto opponeva l’exceptio rei iudicate, egli ribatteva, eccependo a sua volta (replicatio) l’inesistenza del giudicato precedente*”.¹⁹ Como se vê, o fenômeno aponta na mesma direção: — a eterna mudança, imanente ao espírito moderno, permite que a modernidade negue a si mesma, restaurando princípios e valores pré-modernos, sem destruir-se? Ou isto significa a superação da modernidade? Eis a questão.

19. ORESTANO, Riccardo. *L’appello civile in Diritto Romano*. reimp. da 2ª edição de 1953. Turim: Giappichelli, 1966. p. 104.





CAPÍTULO XIII

COISA JULGADA, EFEITOS DA SENTENÇA, “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL” E EMBARGOS À EXECUÇÃO DO ART. 741, PAR. ÚN.¹

*Paulo Henrique dos Santos Lucon**

SUMÁRIO: 1. Coisa julgada e seus aspectos relevantes — 2. Conteúdo e estrutura da sentença — 3. Momento próprio de produção da sentença — 4. Mérito — 5. Conteúdo, efeito e eficácia — 6. Conteúdo declaratório — 7. Conteúdo condenatório — 8. Conteúdo declaratório e execução — 9. Conteúdo constitutivo — 10. Sentença executiva *lato sensu*? — 11. Conteúdo mandamental — 12. Imutabilidade do conteúdo da sentença — 13. “Coisa julgada inconstitucional” — 14. Embargos fundados em sentença inconstitucional (“coisa julgada inconstitucional”) (art. 741, par. ún.) — 15. Conclusão sobre a sentença inconstitucional — 16. Bibliografia.

1. COISA JULGADA E SEUS ASPECTOS RELEVANTES

Existem três aspectos relevantes no estudo da coisa julgada, que são o ponto de partida para a perfeita compreensão do tema: conteúdo da sentença; efeitos da sentença; imutabilidade da sentença.²

2. CONTEÚDO E ESTRUTURA DA SENTENÇA

Toda a sentença é dotada de um conteúdo que compreende um juízo de valor e lógico. É, acima de tudo, um ato de inteligência ou de conhecimento.

Do ponto de vista estrutural, a sentença divide-se em relatório, motivação e dispositivo.

O relatório nada mais é que o resumo histórico do processo, ou seja, é no relatório em que se verifica os fatos mais relevantes ocorridos no processo a partir de um

* Advogado. Mestre e Doutor em direito processual na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual — IBDP. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual — IIDP e da *International Association of Procedural Law*. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

1. Estudo elaborado em homenagem ao Professor José Ignácio Botelho de Mesquita.

2. Nesse sentido, MESQUITA, Botelho de. *A coisa julgada*. p. 2. O autor cita como terceiro aspecto para compreensão da coisa julgada os *efeitos do trânsito em julgado*, referindo-se à indiscutibilidade e imutabilidade da conclusão da sentença. No entanto, não se trata propriamente de um *efeito* do trânsito em julgado, mas de *atributos* do fato jurídico denominado trânsito em julgado. Por essa razão, optou-se pela imutabilidade da sentença.

encadeamento lógico e cronológico que espelha todo o *arco procedimental* percorrido. Nele constata-se os eventos mais importantes do processo.

Na estrutura do procedimento comum ordinário, deverão estar presentes no relatório os pontos mais relevantes da *fase postulatória*, em que as partes encartam aos autos as suas razões (petição inicial, exceções rituais, contestação, reconvenção e sua resposta, impugnação ao valor da causa, ação declaratória incidental e sua resposta, intervenções de terceiros), da *fase ordinatória*, em que o julgador verifica e decide acerca da presença ou não dos pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito, se o processo está ou não apto a ser sentenciado neste momento, bem como se pronuncia sobre o deferimento ou o indeferimento de provas. Em seguida, se deferidas as provas, passa-se à *fase instrutória*, com a produção das provas propriamente ditas.

Já na motivação estão os fundamentos pelos quais o julgador decidirá desta ou daquela forma os pedidos deduzidos na petição inicial. Para o fenômeno da coisa julgada, não interessam as decisões que constituem as premissas da conclusão acerca dos pedidos. A motivação espelha o convencimento do juiz sobre o caso concreto. Existem, portanto, decisões na motivação, mas são atos que espelham diversos juízos lógicos sobre os pontos de fato ou de direito suscitados no caso concreto. A motivação abrange (i) a interpretação das normas aplicadas; (ii) o reconhecimento dos fatos; (iii) a qualificação jurídica da *fattispecie* e (iv) a declaração das conseqüências jurídicas derivantes da decisão.³

Apenas frases prontas na motivação merecem repúdio, porque nada elucidam e dão a nítida e frustrante impressão de que o julgador nada examinou nos autos. Algumas decisões são, infelizmente, compostas por frases que poderiam estar em toda e qualquer ato decisório e nada trazem de novo. Daí a necessidade da inteireza da motivação (*completezza*) com o exame das peculiaridades de cada caso. Por óbvio, “o parâmetro com base no qual deve ser avaliada a inteireza da motivação é constituído pelas exigências de justificação surgidas em relação à decisão, sendo pois um parâmetro cujo significado varia sensivelmente em cada caso concreto, o que conseqüentemente torna pouco pertinentes eventuais critérios formulados de modo genérico e abstrato”.⁴

A motivação é exigência fundamental do estado democrático de direito e uma garantia contra o arbítrio, pois se os casos submetidos aos órgãos jurisdicionais devem ser julgados com base em fatos provados e com a correta e imparcial aplicação do direito vigente, só podem assim ser por meio da exposição clara do caminho lógico que se percorreu para chegar à decisão.⁵

3. Cf. TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. n. 5, e, esp. p. 450.

4. V. TARUFFO, *op. cit.*, *loc. cit.*

5. V. , nesse sentido, LIEBMAN. *Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença*. p. 80.

Para a coisa julgada, é relevante a conclusão da sentença que dispõe sobre os pedidos deduzidos, se obviamente presentes os pressupostos autorizadores para o seu julgamento. A autoridade da coisa julgada está restrita ao dispositivo da sentença, não abrangendo os motivos que serviram de suporte à decisão (CPC, art. 469).⁶ No entanto, a fundamentação permite a aferição do *raio de alcance da parte dispositiva da sentença*. O capítulo (ou capítulos) de sentença atinente ao dispositivo restará protegido independentemente do que foi alegado ou poderia ter sido alegado no processo de conhecimento (deduzido ou deduzível).⁷

3. MOMENTO PRÓPRIO DE PRODUÇÃO DA SENTENÇA

Mas em que momento do processo vem a sentença? Evidente que essa resposta depende do procedimento adotado.

No procedimento comum ordinário, o juiz pode indeferir a petição com ou sem julgamento do mérito. Indeferirá com julgamento do mérito se reconhecer a decadência e a prescrição. Pelo Código Civil de 2002, antes mesmo da manifestação da parte contrária, pode indeferir a petição inicial, reconhecendo a prescrição se essa beneficiar incapaz (art. 194: “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”). Caso contrário, neste momento, a sentença será necessariamente terminativa.

Após a fase postulatória, o juiz também pode extinguir o processo. Nesse momento, o juiz verifica se o processo está em ordem (daí a fase se chamar *ordinatória*) e certamente tomará uma das seguintes atitudes: i) se ausentes as condições da ação e os pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo e o processo não tiver condições de seguir adiante, será o caso de extingui-lo por sentença terminativa (*ex vi* art. 267 do CPC); ii) se o processo estiver em ordem, com a presença desses requisitos de admissibilidade, e as provas constantes dos autos forem suficientes ou a matéria a ser julgada for exclusivamente jurídica, extingue-se o processo com julgamento do mérito (*ex vi* art. 330 do CPC); iii) se houver necessidade de dilação probatória, o juiz profere decisão deferindo as provas na audiência preliminar do art. 331 (o que é raro) ou por meio do tradicional despacho saneador. É praxe muito comum o juiz determinar que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a sua pertinência, seguindo assim a antiga tradição do Código de Processo Civil de 1939. Após a manifestação das partes, se o caso comportar a

6. O sistema brasileiro adotou a tese restritiva da coisa julgada, que atinge apenas o dispositivo da sentença. Nessa linha, entre outros, v. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*; CRUZ E TUCCI, *A motivação da sentença no processo civil*, n. 12, p. 133; SILVA, Ovídio Baptista da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*, p. 70; e *Sentença e coisa julgada*, p. 169.

7. V. PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 65; VERDE, *Profili del processo civile*. v. II, p. 333-336.

audiência preliminar, o julgador tenta conciliar as partes e se isso não ocorrer, deixa para proferir o deferimento ou indeferimento das provas em outro momento processual, fora da referida audiência.

Por fim, encerrada a fase instrutória, pode o juiz extinguir o processo com ou sem julgamento do mérito. Mas é claro que se o julgador chegou até aqui, é um grande desperdício de energia extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Esses são, enfim, os possíveis momentos para a produção da sentença, que deve espelhar o sentimento do juiz acerca do caso concreto.

A cognição ampla e exauriente é uma característica intrínseca do procedimento comum ordinário e por isso, tem a condição ideal de oferecer uma sentença de mérito passível de fazer coisa julgada material. A cognição, portanto, é que confere uma efetiva segurança jurídica para as partes e também para a sociedade ao produto judiciário por excelência, que nada mais é que a sentença de mérito. Entretanto, verifica-se, cada vez mais, uma tendência ao gradativo caráter residual do processo de conhecimento com a correlata sumarização dos processos.⁸ A exigência da celeridade acima de tudo, com o sacrifício de valores fundamentais, faz com que a coisa julgada, enquanto qualidade da sentença transitada em julgado, tenda a ser afastada. Percebe-se também que a garantia da coisa julgada articula-se com harmonia com a do devido processo legal.⁹

4. MÉRITO

O mérito nada mais é que o julgamento do pedido, com a verificação da total ou parcial existência do direito do autor ou mesmo da sua completa inexistência. No primeiro caso, a demanda é procedente; no segundo, é parcialmente procedente (ou parcialmente improcedente); no terceiro, é integralmente improcedente. O julgamento do pedido nada mais é que a apreciação da pretensão processual veiculada na demanda. Sobre o ela o órgão jurisdicional se manifesta se obviamente presentes os pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito.

A coisa julgada tem natureza eminentemente prática: seu escopo é de conferir estabilidade à tutela jurisdicional concedida na sentença de mérito.¹⁰ Se de um lado, constitui grave erro de perspectiva definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença ou mesmo identificá-la com a eficácia declaratória — sempre presente, em contraposição com outros possíveis efeitos (constitutivos, condenatórios ou mandamentais);¹¹ de outro, certo é que a coisa julgada atinge o conteúdo da sentença

8. Nessa linha, PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, esp. n. 1, p. 2-3.

9. Essa sintonia foi referida por BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*, n. 5, p. 51.

10. V. BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*, n. 3., p. 83.

11. Nessa linha, v. LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*, n. 7, p. 29.

na parte em que se concedeu a tutela jurisdicional.¹² Ampliado o objeto do processo ou o *thema decidendum* por força da formulação de novos pedidos, por via de reconvenção, oposição ou ação declaratória incidental (para citar apenas alguns exemplos), ampliado está o feixe de incidência da autoridade da coisa julgada.

Quando, na sentença de mérito, o órgão jurisdicional formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação litigiosa trazida ao seu exame,¹³ está julgando a pretensão processual, deduzida na petição inicial. Daí porque, apesar de ser a coisa julgada um atributo da sentença, interessa também saber os seus possíveis conteúdos.

Portanto, não é apenas o *elemento* declaratório da sentença definitiva que tem aptidão para alcançar a *auctoritas rei iudicatae*, mas todos os demais que se referiram à pretensão processual deduzida em juízo, sejam eles meramente declaratórios, constitutivos ou condenatórios.

5. CONTEÚDO, EFEITO E EFICÁCIA

Toda sentença tem um conteúdo distinto, que a torna particular e a distingue de todas as sentenças e de todos os demais atos jurídicos. Sem conteúdo, comprometida está a própria existência do ato. O conteúdo de uma sentença não se confunde com seus efeitos, que são as alterações por ela provocadas sobre as relações jurídicas existentes no mundo exterior, fora do processo. “Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra”.¹⁴

12. Ao contrário do sustentado por LIEBMAN (*Eficácia e autoridade da sentença*, p. 109), a coisa julgada não é a imutabilidade dos efeitos da decisão. Corretamente, Barbosa Moreira afirma que os efeitos podem ser livremente modificados — assim, a imutabilidade está restrita ao conteúdo da sentença e não aos efeitos: “o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial. Faltou a Liebman dar o passo decisivo no sentido de se libertar da problemática relativa à eficácia da sentença a teoria da coisa julgada” (*Coisa julgada e declaração*, p. 89, e mais recentemente, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*, p. 42 e ss.). Distoando desses dois posicionamentos e acompanhando Hellwig, Celso Neves entende que a coisa julgada é um efeito da sentença (*Coisa julgada civil*, n. 7, p. 502). Já Botelho de Mesquita preconiza a ruptura entre *elemento* e *efeito declaratório*, aproximando-se por isso das conclusões de Barbosa Moreira (*A coisa julgada*, n. 7, p. 19). Negam também a correlação entre a coisa julgada e os efeitos da sentença, ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. p. 124 e ss.; ARAGÃO, Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. p. 239; NERY JR., Nelson. *CPC comentado e legislação extravagante*. p. 145, nota 6; SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa*. p. 14; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. p. 54; TESHEINER, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. p. 72 e ss. Na doutrina italiana mais recente não prevalece a tese da correlação entre coisa julgada e efeitos da sentença. V., a propósito, COMOGLIO; FERRI; TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. p. 7642; CONSOLO. *Spiegazioni di diritto processuale civile*. p. 147; PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 61-63.

13. Cf. BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*, n. 1, p. 97.

14. BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. p. 175.

Por outro lado, os efeitos não são, como se percebe, um atributo das sentenças, mas são as modificações provocadas no mundo dos fatos. Em princípio, esses efeitos se produzem imediatamente e independem do trânsito em julgado, fato jurídico consistente de não estar mais a sentença sujeita a recurso.¹⁵

A eficácia é a aptidão, “virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito”¹⁶ — por isso, constitui a qualidade do ato gerador de efeitos.¹⁷ Já o efeito representa algo atual, demonstrando *in concreto* o comando emergente do ato jurisdicional.

Em relação aos possíveis conteúdos da sentença, as sentenças no processo de conhecimento podem ser desmembradas em sentenças meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias. Essa classificação parte da chamada *classificação trinária* das ações de conhecimento. Há também quem sustente a chamada *classificação quinária*, que põe ao lado dessas três já mencionadas, as ações executivas *lato sensu* e mandamentais. Tal classificação considera não somente a eficácia preponderante ou a natureza da tutela jurisdicional desejada (conteúdo), como também leva em conta o modo pelo qual o processo se desenvolve.

Não obstante essa subclassificação, como já destacado, é certo que toda sentença civil tem natureza declaratória, pois sempre seu objetivo é definir qual a vontade concreta da lei a atuar entre os sujeitos da relação jurídica que vem submetida à decisão do juiz. Por sua vez, o juiz não é chamado, como usualmente se diz, a aplicar a lei ou a especificar a norma, mas simplesmente a declarar se e como a lei é por virtude propriamente aplicada, a declarar se e como a norma, tendo contato com determinada *fattispecie* concreta, é destinada a definir uma situação substancial, antes mesmo da existência do processo. Compete ao juiz fixar na decisão de mérito o objeto último de sua investigação, ou seja, a vontade da lei já previamente concreta, já especializada àquela situação substancial.¹⁸ Portanto, o processo não tem por escopo criar direitos novos, mas limita-se à declaração de direitos preexistentes. O único caso em que o processo constitui fonte autônoma de direitos refere-se à condenação em honorários advocatícios e despesas processuais, pois a sentença “produz um direito a uma prestação”:¹⁹ o simples desencadeamento do processo gera para uma das partes, qualquer que seja o seu resultado, o direito à sucumbência.

As funções de declarar, condenar ou constituir são coordenadas para a tutela de direitos lesados, insatisfeitos. Caberá ao demandante deduzir pedido que repute mais idôneo à tutela que objetiva, e essa parece ser a maior dificuldade presente nos casos concretos: a formulação correta da demanda de modo a tutelar o titular de um direito. A demanda

15. V. BOTELHO DE MESQUITA, *A coisa julgada*, n. 3-4, p. 10-11.

16. HOUAISS, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. p. 1102.

17. V. ainda, BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. p. 175.

18. Cf. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, n. 11, v. VII, p. 35.

19. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, p. 240.

deve ser apta a propiciar um provimento capaz de definir corretamente a situação substancial existente entre as partes, projetando efeitos externos ao processo. Daí a eficácia das decisões ter um papel fundamental na efetividade do processo.

6. CONTEÚDO DECLARATÓRIO

É certo que ordinariamente somente as sentenças de procedência produzem alterações nas relações existentes fora do processo.²⁰

Entretanto, como adiante se verá (v. *infra* n° 8), as sentenças declaratórias positivas ou negativas (e a sentença de improcedência é uma delas!) que descrevam a existência da obrigação, o que é devido (*an debeat*) e o quanto é devido (*quantum debeat*) tem aptidão para atuar nas relações jurídicas existentes fora do processo.

As ações meramente declaratórias devem ser utilizadas quando o demandante almeja a solução de uma crise de certeza e sua propositura está condicionada ao interesse processual na declaração imperativa da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade de um documento (parágrafo único do art. 4° do Código de Processo Civil).²¹ A eliminação do estado de incerteza afasta a insegurança jurídica e todas as sentenças de mérito no processo de conhecimento têm um conteúdo declaratório, pois o reconhecimento do direito é a elas intrínseco. O interesse processual decorre da dúvida objetiva emergente de uma relação jurídica concreta, com fatos bem delineados, precisos e determinados. Estão fora da tutela jurisdicional meramente declaratória meras conjecturas e suposições, típicas de uma dúvida subjetiva.

No que se refere ao momento da eficácia, em geral a sentença meramente declaratória é *ex tunc*: seus efeitos não são apenas produzidos após o trânsito em julgado da decisão, mas também em relação ao passado. Pense-se, por exemplo, numa sentença declaratória de existência de obrigação: seria um absurdo supor que a sua existência somente “surgiu” com a formação da coisa julgada e não desde o momento em que os convenientes a formularam.²²

7. CONTEÚDO CONDENATÓRIO

A ação condenatória destina-se a obter um provimento que obrigue o réu a cumprir determinado ato comissivo ou omissivo. Com essa ação, o demandante

20. Segundo Botelho de Mesquita, as sentenças de improcedência nunca produzem alterações no mundo exterior e não produzem o efeito de uma sentença declaratória a favor do réu, entendimento esse que aqui, respeitosamente, se discorda (*A coisa julgada*, n. 1.2, p. 3; *A coisa julgada no Código do Consumidor*, n. 2.4, p. 25-26; *Coisa julgada — efeito preclusivo*, n. 3, pp. 81-85).

21. LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 154. Botelho de Mesquita entende que que na ação declaratória há um direito à segurança jurídica (*Da ação civil*, n. 47, p. 110).

22. V. a propósito, LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, n. 46, p. 153.

pede a condenação do réu ao cumprimento de uma prestação. Com a procedência da demanda, o juiz ordena alguém a dar, fazer ou não fazer (pagar uma soma de dinheiro, entregar certo bem móvel, desocupar determinado bem imóvel *etc.*). A ação condenatória tem por objetivo uma sentença condenatória que, como título (CPC, art. 584, I) é fundamento para a realização de atos práticos e materiais. Por óbvio, ela somente vai ter lugar se o réu não se conformar com a sentença, deixando de cumpri-la voluntariamente.

A sentença condenatória contém também declaração acerca da relação jurídica controvertida, embora a eficácia ou *carga prevalente* seja prevalentemente condenatória, pois impõe a sanção executiva, estabelecida pela lei diante do ato contrário ao direito praticado pela outra parte: “a condenação traduz-se na sujeição do devedor às medidas executivas previstas pela lei para a obrigação que ele não cumpriu”.²³ E sujeição nada tem de especial, pois consiste na situação em que se encontra um dos sujeitos parciais do processo, forçado a suportar os efeitos de um provimento jurisdicional.²⁴ Em resumo, a sentença condenatória declara a existência de um direito e sua insatisfação, condenando a parte devedora ao adimplemento; a condenação pode ser genérica ou ordinária.²⁵

Indica a sentença condenatória ordinária todos os elementos a respeito da obrigação, pois declara a existência da obrigação, a natureza dos bens que constituem seu objeto (*an debeat*) e a quantidade desses bens (*quantum debeat*). Além disso, aplica a já mencionada sanção executiva. Por isso se diz que o provimento condenatório contém dois momentos lógicos: enquanto o primeiro diz respeito à eficácia meramente declaratória, o segundo refere-se à sanção executiva.

Já a sentença condenatória genérica é incompleta, pois, embora declare a existência do direito (*an debeat*), não contém o *acertamento* referente ao valor da obrigação, ainda controvertido entre os sujeitos parciais do processo. O *quantum debeat* deverá ser objeto de outra relação jurídica processual. Será, portanto, na liquidação que serão quantificados os bens devidos, tornando com isso possível a instauração da execução.²⁶ Na ação coletiva para a defesa de interesses individuais

23. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, n. 84, p. 183.

24. Cf. ainda, LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, n. 59, p. 123.

25. V. ROGNONI, *La condanna in futuro*, n. 11, p. 117.

26. No sistema jurídico italiano, a sentença condenatória genérica vem expressamente prevista no art. 278, I: “quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione”. Tal sentença é fruto da criação jurisprudencial e tem a manifesta vantagem de fixar em um menor espaço de tempo a existência do *an debeat*. Sobre o tema, v. CALAMANDREI, *La condanna “generica” ai danni*. p. 503 e ss.; GUALANDI, *Domanda di condanna generica*. p. 1.141 e ss.; MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*. p. 44 e ss.; ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*. p. 7 e ss.; SATTA, *Condanna generica*. p. 720 e ss.; DINAMARCO, *Execução civil*, n. 347, p. 517.

homogêneos, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), a sentença condenatória genérica tem um grau de completude menor comparativamente ao sistema do Código de Processo Civil, pois lá parte do *an debeatur* é objeto de acerto em ulterior processo de liquidação. O processo condenatório desenvolve-se coletivamente, tendo por escopo a obtenção de uma sentença de mérito que *declare* a responsabilidade civil do réu, bem como a obrigação de indenizar pelos danos causados, e *aplique* a sanção executiva; já o processo de liquidação desenvolve-se individualmente, tendo por escopo a obtenção de uma sentença de mérito que *declare* a condição de lesado do titular do direito (destinatário da sentença condenatória genérica), bem como a extensão da reparação. Somente a partir daí, poder-se-á desenvolver a execução do *decisum*. Se não houver, entretanto, habilitados em número suficiente no interregno de um ano, os legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, poderão ingressar com a liquidação coletiva.²⁷

Como facilmente se percebe, o escopo da tutela condenatória é solucionar a crise de inadimplemento e essa solução é a que exige maior interregno temporal. Isso ocorre em razão de uma circunstância extremamente simples: as crises de inadimplemento não são dirimidas pela sentença condenatória, que simplesmente declara a existência do direito e a sua violação e cria condições para se executar (sanção executiva). O *bem da vida* não foi, de forma objetiva, outorgado ao jurisdicionado, permanecendo o estado de insatisfação. Eis o porquê se exige do poder estatal uma providência jurisdicional concreta, por meio de atos práticos e materiais de execução forçada. Apenas com a tutela executiva pode o juiz determinar a substituição do comportamento que se esperava de uma pessoa para atingir a satisfação de certa pretensão de outra, mediante atos de agressão legítima ao patrimônio. Nesses casos, o resultado útil somente se atinge com a conjugação das atividades de conhecimento e execução. O estreitamento dessas duas atividades, com a proteção das garantias constitucionais, tem sido um dos grandes desafios do processo.

8. CONTEÚDO DECLARATÓRIO E EXECUÇÃO

A concessão da *sanção executiva* como atributo essencial para se executar merece ser revisto. Outros provimentos de natureza jurisdicional possuem força executiva que lhes é atribuída por disposição normativa explícita ou pela interpretação lógico sistemática do ordenamento jurídico. E devem ser equiparados às sentenças civis condenatórias.

27. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, art. 95, p. 687-688. V. ainda, MESQUITA, Botelho de. *A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor*. p. 21-42, esp. p. 38-39, especialmente a crítica relacionada com o excesso de dispositivos legais inúteis no Código de Defesa do Consumidor, diante da disciplina da coisa julgada no Código de Processo Civil (esp. n. 4.5, p. 38-39).

A grande realidade é que todas as sentenças proferidas no processo civil que definam de modo completo uma norma jurídica, contendo prestação exigível, são títulos que, até por decorrência constitucional, ensejam ao credor o pedido de tutela satisfativa de direito.

Se a sentença meramente declaratória contiver todos os elementos identificadores da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez e exigibilidade), não há como se negar sua eficácia executiva. Impor uma nova cognição para que sentença futura imponha apenas a sanção executiva atenta contra o bom senso e a economia processual. O processo tornar-se-ia atividade burocrática e despicienda.²⁸

Existem situações muito claras em que isso é possível de *lege lata*.

Na ação de consignação em pagamento, quando o juiz declara a insuficiência do depósito feito pelo autor, forma-se um título em favor do réu para execução por quantia certa da diferença (CPC, art. 899, § 2º).

Na ação de prestação de contas, havendo a declaração na sentença de um saldo, forma-se um título executivo em favor do autor ou do réu (CPC, art. 918).

Na denúncia da lide, a sentença que “declarar” o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos é título executivo (se líquida a obrigação) ou apto à liquidação (CPC, art. 76). Ou seja, declarada a existência do direito do evicto, forma-se um título executivo em que figura como executado o denunciado.

Na ação de desapropriação do Decreto-lei nº 3.365/41, o juiz declara o valor da indenização (art. 24), que obviamente constitui um título executivo em favor do réu se o valor inicialmente arbitrado e depositado houver sido inferior.

Outros exemplos podem ainda ser traçados: ações cognitivas autônomas, relativas ao débito (p. ex., declaratórias de inexistência de relação jurídica, anulatórias de título etc.), que descrevam por completo a existência da obrigação, são instrumentos hábeis a aparelhar futura execução forçada.

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência vem para corroborar essa linha de raciocínio: em rescisão contratual, a sentença representa título para a execução para a entrega de coisa, ainda que não tenha sido formulado pedido específico, uma vez que a obrigação de entregar o bem é efeito natural da resolução do compromisso.²⁹

Tudo isso vem ao encontro da premissa fundamental de que é preciso tomar-se consciência de que o processo não vale tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente

28. Nessa linha, ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. p. 101-102.

29. Exemplo de Teori Zavaski, *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*, p. 55.

pelos resultados que produz. Mesmo porque a preocupação com a técnica é justificável, apenas e tão somente, enquanto meio para atingir fins.

A tutela jurisdicional deve ser concebida como algo além de uma mera garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas principalmente como garantia efetiva de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva e aderente aos interesses em jogo no processo.

O título executivo é o ato ou fato documental que torna adequada a tutela jurisdicional executiva. É documento, mas não prova a real existência do direito material; prova os predicados essenciais de um direito passível de ser executado: certeza (*an debeatur*, consistente na precisa indicação do direito), liquidez (*quantum debeatur* — valor do direito) e exigibilidade (esse elemento é, na realidade, externo à obrigação). Assim, se a sentença apresenta todos os elementos descritivos da obrigação, não há como se negar a sua possibilidade de dar ensejo à execução de imediato.³⁰

9. CONTEÚDO CONSTITUTIVO

A sentença constitutiva possui dois momentos lógicos: o primeiro é declaratório, pois o juiz declara a existência do poder substancial da parte de produzir a modificação por meio de um pronunciamento jurisdicional; o segundo é o constitutivo, resultante da própria declaração, pois diz respeito ao poder-dever do juiz de operar a modificação pedida pela parte.³¹ Por meio da tutela constitutiva, o juiz constitui uma situação jurídica de conteúdo novo. Calamandrei a ela referia-se como uma atividade mista de jurisdição e administração, já que o seu cumprimen-

30. Entretanto, a visão tradicional é outra: “é sabido que só a sentença condenatória atribui à parte vencedora o poder de promover ação executória contra o sucumbente. Nenhuma outra sentença é apta a produzir tal efeito. Não o produz decerto, ainda quando reconheça ao autor a titularidade de um crédito em face do réu, a sentença meramente declaratória: tornando-se exigível o crédito declarado, e não se dispondo a satisfazê-lo o devedor, cumpre ao credor voltar a juízo com ação condenatória, e a penas a nova sentença que lhe julgue procedente o pedido constituirá em seu favor título hábil para a execução forçada (CPC, art. 290 e parágrafo único)” (BARBOSA MOREIRA, *Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil*, n. 1, p. 72). Na mesma linha, Bedaque: “o parágrafo único do dispositivo ora examinado (art. 4º) contém regra senão inútil, ao menos de reduzida relevância. Possibilita seja postulada tutela declaratória para situações em que já configurada a crise de inadimplemento. Pode o suposto titular de um crédito, portanto, alegar o inadimplemento da obrigação e simplesmente pedir a declaração de sua existência. Para tanto, deverá deduzir a crise de certeza, ou seja, afirmar que o não-cumprimento se deve ao fato de o devedor negar a relação jurídica ou o dever dela decorrente. Não se pode prescindir, pois, da dúvida objetiva. Se o inadimplemento alegado não decorre de negativa quanto à inexistência da obrigação, incabível a tutela declaratória. Isto é, a dívida vencida só pode ser objeto de ação declaratória se houver crise de certeza quanto à existência de direito. Essa tutela, todavia, não terá o condão de eliminar completamente a crise de direito material. Embora declarado existente o direito, o inadimplemento não poderá ser afastador pela tutela executiva, pois a sentença declaratória não é título. Terá o credor de postular nova tutela cognitiva, de conteúdo condenatório, para obter acesso à via executiva” (*Código de Processo Civil interpretado*, n. 3, p. 49). V. defendendo o sentido do texto e diametralmente oposto àquele constante dessas passagens, Teori Albino Zavascki, *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*, p. 56.

31. V., a propósito, FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*. p. 212-213.

to as mais das vezes exige um ato junto a órgãos com funções eminentemente administrativas (p. ex.: registro civil nas causas relativas a estado, registro no cartório de imóveis nos casos de sentença substituindo declaração faltante na venda e compra de imóveis relativamente à transferência da propriedade, registro da anulação de decisão assemblear junto ao órgão de comércio competente).³² No entanto, em alguns casos a função administrativa simplesmente não é necessária e por isso, inexistente — v. g., a rescisão de um ato jurídico. Tradicionalmente, as sentenças constitutivas são classificadas como positivas e negativas. Outra classificação propõe que as sentenças de natureza constitutiva podem ser: a) constitutivas em sentido estrito; b) constitutivas extintivas; c) constitutivas modificativas.³³ Um exemplo bem elucidativo de sentença com eficácia *constitutiva negativa* é aquele da sentença que rescinde promessa de venda e compra de imóvel. Obviamente, nos casos em que o contrato dispõe de cláusula resolutiva expressa, a sentença tem eficácia meramente declaratória, já que há mero *acertamento* dos efeitos da resolução operada no passado. Caso contrário, a sentença terá eficácia constitutiva. Esse também seria um exemplo de *sentença constitutiva extintiva*, já que o provimento jurisdicional extingue a situação existente entre as partes no processo. Outros exemplos são: a dissolução de sociedade (total e não parcial, que é fruto da procedência de demanda condenatória de apuração de haveres); a anulação de casamento. Exemplo claro de eficácia *constitutiva positiva* é o provimento que concede a declaração de vontade faltante, pois o juiz por meio desse ato jurisdicional proporcionará os efeitos desejados pelo demandante com a modificação do estado jurídico. Por isso, “apesar da localização no texto do Código, o assunto de que tratam os arts. 639/641 nada tem que ver com o processo de execução, que, por supérfluo, nem sequer chega a formar-se. Aqueles dispositivos regulam questões pertinentes à atividade cognitiva do órgão judicial. O lugar apropriado seria o capítulo referente aos efeitos da sentença”.³⁴ Na obrigação de emitir a declaração de vontade, a sentença constitutiva não produz o resultado *equivalente*, mas a própria tutela desejada. Daí, não haver necessidade de “medidas de apoio” ou mesmo de aplicação da multa (CPC, art. 461, §§ 2º, 4º e 5º), porque não há atuação sobre a esfera jurídica do obrigado.³⁵ De acordo com a segunda classificação, referido provimento jurisdicional seria uma *sentença constitutiva em sentido estrito*. Nessa mesma categoria se inclui também a constituição de servidão por decisão judicial. Ainda dentro da segunda classificação, são exemplos de *sentenças constitutivas modificativas* aquelas que impõem a separação dos cônjuges ou a que decreta a interdição. Pela classificação tradicional, no primeiro dos exemplos a sen-

32. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, n. 9, p. 78-82.

33. Cf. VALVERDE, Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. p. 249 e ss.

34. BARBOSA MOREIRA, *Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade*, n. 6, p. 215.

35. Cf. YARSHHELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, esp. n. 2.6, p. 44-55.

tença seria constitutiva negativa, pois extingue a situação substancial existente entre as partes; em contrapartida, no segundo exemplo seria constitutiva positiva, por criar uma nova situação jurídico-substancial.

As duas classificações são formas distintas de enxergar um fenômeno essencialmente único, pois em todos os casos analisados, a partir de uma visão ampla, o provimento jurisdicional *faz nascer* uma situação jurídica nova. Portanto, a sentença constitutiva tem a eficácia preponderante de *criar* essa nova situação mediante a criação, modificação e extinção de uma determinada relação jurídica. Além dessa eficácia, tal modalidade de sentença declara a subsistência do direito a uma modificação destinada a *criar* uma nova situação jurídica substancial por obra do juiz.

As constitutivas podem ser necessárias, ou seja, para se conseguir determinado efeito o processo torna-se indispensável. Tais casos referem-se a direitos considerados indisponíveis pelo legislador e ocorrem toda vez que uma controvérsia tenha por objeto uma relação jurídica que por lei não pode ser definida livremente pelas partes, senão com uma sentença judicial. Assim ocorre com a anulação do casamento, com a separação judicial. Nos casos de separação judicial consensual, a necessidade fica muito clara na medida em que a vontade das partes não é suficiente para a desconstituição de determinada relação jurídica; a presença do magistrado torna-se indispensável.

A atuação das sentenças constitutivas é estabelecida a partir de atos independentes da participação do obrigado. Com o trânsito em julgado da sentença de natureza constitutiva, não há a instauração de um processo de execução. Seu grau de efetividade é de tal ordem elevado que apenas a sentença é apta a proporcionar o resultado prático desejado. Quando muito, pode-se afirmar que há a necessidade de uma “execução imprópria”.³⁶ O *bem da vida* desejado, consistente na modificação da situação jurídica substancial, é proporcionado pelo próprio provimento jurisdicional. Em alguns casos, para a integral satisfação do direito, torna-se necessária a prática de singelos atos materiais, realizados pelo próprio titular da posição jurídica de vantagem. Todavia, tais atos estão muito longe de impor a instauração de um processo executivo.

No que se refere à eficácia, normalmente a sentença constitutiva é *ex nunc*: seus efeitos só são produzidos após o trânsito em julgado da decisão, não havendo projeção de efeitos no passado. Excepcionalmente, porém, a eficácia pode retroagir a situações jurídicas pretéritas à formação da coisa julgada. Isso ocorre com a sentença de interdição, que mesmo com a interposição de recurso de apelação (CPC, art. 1.184) produz efeitos desde logo.

36. Segundo LIEBMAN, “execução imprópria” é “... a atividade desenvolvida por órgãos públicos não pertencentes ao poder judiciário e consistente na transcrição ou inscrição de um ato em registro público (registro civil, imobiliário), mesmo se ordenado pelo juiz. Escopo destas atividades é conferir publicidade aos atos respectivos, e tem por isso caráter executivo ou não, conforme o ato seja (ex.: penhora) ou não de execução” (*Processo de execução*, n. 3, p. 6).

10. SENTENÇA EXECUTIVA *LATO SENSU*?

No Brasil, deve ser atribuída a Pontes de Miranda³⁷ a formulação dessa categoria de sentença, que não exige uma execução *ex intervallo* dependente da propositura de uma nova demanda (executiva), ou seja, o cumprimento do comando emergente da decisão realiza-se na própria relação jurídica processual em que foi proferido o ato decisório, sem a necessidade da instauração de um processo de execução.

Como se percebe, essa classificação diz respeito aos efeitos decorrentes da sentença e não ao seu conteúdo. A sentença executiva *lato sensu* é um provimento jurisdicional portador de eficácia condenatória com uma força a mais: com ela não há necessidade de um novo processo, agora executivo, ou seja, o juiz simplesmente determina a realização prática do comando emergente da sentença de natureza condenatória, dispensando-se a iniciativa da parte para o início da execução. Isso significa que a sentença é apta a conduzir à efetiva satisfação do titular da situação jurídica de vantagem. O juiz na própria sentença de procedência emite um comando, ordenando a realização de atos práticos e materiais, sem a necessidade de o demandante-exequente propor demanda executiva com a citação pessoal do executado (art. 222, *d*). Além disso, não poderão ser opostos embargos à execução, já que todas as defesas devem ser necessariamente apresentadas no processo cognitivo. Exemplos de provimentos jurisdicionais com essa eficácia são as sentenças proferidas nas ações possessórias e de despejo.

A diferenciação dessa categoria de sentença traz aqui enormes repercussões práticas, sendo as mais significativas aqui sistematizadas: i) inadmissibilidade de embargos à execução, em razão de inexistir demanda executiva; ii) imposição de ser deduzida toda a defesa na fase de conhecimento, inclusive aquela relativa ao direito de retenção por benfeitorias, e não por meio de embargos na fase executiva; iii) execução realizada mediante a simples expedição de mandado, após a intimação do réu para a desocupação no prazo fixado, sem a necessidade de propositura de demanda executiva e a conseqüente instauração de uma nova relação jurídica processual.

11. CONTEÚDO MANDAMENTAL

A eficácia mandamental surgiu a partir da concepção de uma outra categoria ou espécie de sentença. Diferenciava-se tal categoria das demais em razão de conter um mandamento dirigido a outro órgão estatal. A origem da referida categoria está na idéia de que o Estado não sofreria atos executivos propriamente ditos, com efetiva agressão patrimonial e atos de sub-rogação. Em função de as prestações devidas pelos agentes

37. V. *Tratado das ações*. v. I, p. 212, e v. VII, p. 3-21; *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X, p. 140 e 143-144. Sobre o tema, v. ainda SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de imissão de posse*, esp. p. 72-93; *Curso de processo civil*. v. II, p. 21-22, e *Eficácias da sentença e coisa julgada*. p. 101-102; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, n. 1.5.2, p. 77-78.

estatais serem cumpridas por meio de simples comando, a *sentença mandamental* cumpriria esse desiderato sem a necessidade da instauração de um processo executivo.³⁸

A moderna e atual idéia acerca das sentenças mandamentais é muito mais ampla e não apenas dirigida aos órgãos ou agentes estatais, mas também ao particular. Seguindo esse enfoque, tal modalidade de sentença, como a anterior, proporciona uma tutela independentemente da instauração do processo de execução. Para a efetivação do *comando* (ou *ordem* ou *mandamento*) integrante da sentença não há necessidade de ação executiva, ulterior e autônoma, que dê ensejo a um processo executivo. Essa concepção destaca também a inegável diferença entre *condenar* e *ordenar*: com a *condenação*, há apenas um título executivo judicial, que permite nova demanda, denominada *executiva* ou *de execução*; com a *ordem*, há a determinação efetiva de cumprimento específico do comando do juiz.³⁹

Ao comando emergente constante da sentença mandamental normalmente vem imposta uma medida coercitiva a ser aplicada no caso de renitência do demandado no descumprimento da ordem. Algumas medidas coercitivas vêm especificadas no próprio ordenamento jurídico; outras são parte integrante dos poderes do juiz. De qualquer modo, o escopo de todas elas é único: fazer com que as decisões dos órgãos jurisdicionais sejam cumpridas. As modalidades de medidas coercitivas mais conhecidas e aplicadas são a multa ou *astreintes* e, com menor freqüência, a prisão civil. Em casos extremos (e só nesses casos), o descumprimento da ordem judicial pode configurar crime de desobediência ou, dependendo da autoridade pública destinatária do comando, crime de responsabilidade. Todos os meios lícitos de pressão psicológica devem ser admitidos. Assim, sanções penais, políticas e administrativas podem ser impostas a partir da provocação do próprio interessado ou do juiz, recaindo sobre o obrigado ou a autoridade recalcitrante.

Como facilmente se percebe, as *medidas coercitivas* têm por finalidade impor o cumprimento da obrigação na sua forma específica, exercendo sobre o ânimo do obrigado verdadeira e legítima pressão psicológica. No entanto, não obstante a possibilidade de sua aplicação, não devem ser descartadas *medidas sub-rogatórias* destinadas a conduzir ao resultado prático equivalente ao adimplemento. O relevante, ao se admitir a cumulação de tais medidas, é possibilitar o *acesso ao bem da vida desejado* no menor espaço de tempo possível. Com essa preocupação, dispõe o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994: “para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção de resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medi-

38. A sentença mandamental foi concebida por Kuttner, no ano de 1914, e mais tarde retomada por Goldschmidt (v. *Derecho procesal civil*, p. 113-115). No Brasil foi Pontes de Miranda o grande defensor da sentença mandamental e da executiva *lato sensu* (v. *Tratado das ações*. v. I. p. 133-135 e 211, v. VI. p. 4-12).

39. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. II. p. 348-351.

das necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. O rol dessas medidas é meramente exemplificativo, podendo o juiz adotar quaisquer outras, observados sempre os *limites da adequação e da necessidade* (utilidade). Por isso, essas medidas sub-rogatórias dão ensejo a verdadeira execução indireta e podem ser consideradas exceções à regra segundo a qual é vedado inovar após a sentença, pois são *medidas de apoio* destinadas a permitir a efetiva realização da situação jurídica desejada. Se de um lado podem ser consideradas um *meio* (e esse é um atributo seu que sempre está presente), de outro essas medidas podem ser em alguns casos consideradas um *fim* no sentido prático, já que vão propiciar em alguns casos a própria situação substancial pretendida pela parte.

O *provimento mandamental* do art. 461, concedido na sentença ou mesmo mediante tutela antecipada (§ 3º), não exige um processo separado de execução e deve, por si só, ser apto a proporcionar a tutela específica pretendida pelo demandante por meio da colaboração do obrigado. A imposição de medida coercitiva deve ser uma *alternativa indireta* e a configuração de crime de desobediência (ou de responsabilidade), uma *alternativa excepcional*, na hipótese de eventual descumprimento do comando judicial.⁴⁰

Outros exemplos ilustrados pela doutrina são as sentenças proferidas em mandado de segurança e na ação de nunciação de obra nova.⁴¹

Para parte da doutrina, nas sentenças executivas *lato sensu* estão englobadas as mandamentais, já analisadas. Assim ocorre com a sentença proferida com fundamento no aludido art. 461 do Código de Processo Civil. No sentido de considerá-la um exemplo de executiva *lato sensu*: “quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas em seu § 5º (*a sentença*), é de natureza condenatória, mas atípica, pois os

40. V. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, n. 33, p. 45; Idem, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, art. 84, p. 652-660; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, n. 6, p. 261-264. Os antecedentes legislativos do novo art. 461 do Código de Processo Civil são o art. 11, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), e o art. 84 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Na Itália, Tarzia, assim como a maior parte da doutrina daquele país, opõe-se à criminalização do inadimplemento da medida cautelar, sustentando que a sanção correta é aquela da *astreinte*, da *multa*, tal como se verifica da nova redação do art. 461 do Código brasileiro. Por isso, parece certo o entendimento segundo o qual a configuração de crime de desobediência (ou de responsabilidade) deva ser uma hipótese excepcional (“Medidas cautelares atípicas: uma análise comparativa”). Além disso, há quem sustente a necessidade de expressa previsão legal. No entanto, diante do reiterado descumprimento das obrigações, toma corpo a orientação de se aceitar a criminalização do processo civil, com a imposição das sanções decorrentes do crime de desobediência.

41. Sobre o tema da eficácia mandamental, cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. v. I. p. 133-135 e 211, v. VI. p. 4-12; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. p. 83-84. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)*. p. 21-29, esp. p. 24-27; e Ovidio A. Baptista da Silva, que foi, sem dúvida, quem mais se dedicou ao tema: *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. p. 164-192, esp. p. 164, nota 11; *Curso de processo civil*. v. II. p. 333-431; *Sentenças mandamentais*. p. 78-79; *Eficácias da sentença e coisa julgada*. p. 102-104.

atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas, ou, em outras palavras, de *sentenças executivas lato sensu*.⁴² No sentido de também considerar o mencionado provimento como mandamental: “mas hoje as coisas mudaram: a prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer deve ser a expedição de ordem judicial, a fim de que a tutela se efetue em sua forma específica. Bem o demonstra o teor do § 4º do art. 461, que permite ao juiz impor ao obrigado multa diária (desde que suficiente ou compatível com a obrigação), independentemente de pedido do autor: o pedido deste, portanto, terá sido de expedição de uma ordem para que, por meios sub-rogatórios, se chegue ao resultado prático equivalente ao adimplemento. Por outro lado, o destinatário da sentença não é mais exclusivamente a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público (segundo o art. 5º, LXIX, da Constituição vigente), como ocorre no mandado de segurança, mas sim qualquer demandado, titular de obrigação de fazer ou não fazer. O art. 84 do CDC e, agora, o art. 461 CPC demandam uma profunda revisão da crítica à existência da *sentença mandamental*, hoje realidade incorporada ao processo civil comum”.⁴³

Para outra parte da doutrina moderna, que também afasta como destinatária única da sentença mandamental a autoridade pública ou o agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público, o caráter distintivo existente entre a sentença mandamental e a sentença executiva *lato sensu* está no *plus* existente na primeira, que, além de condenar, *ordena, manda*; eventual descumprimento de um *comando mandamental* do juiz configura crime (de desobediência ou de responsabilidade). Isso sem prejuízo de medidas que o juiz deverá determinar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, a fim de assegurar o resultado prático equivalente, como os meios sub-rogatórios mais adequados para o específico cumprimento do comando judicial. Procura-se, antes de tudo, a tutela específica e não aquela meramente ressarcitória. Portanto, como se depreende, a eficácia mandamental pode vir conjugada à eficácia executiva *lato sensu* ou à eficácia condenatória, sendo certo que nos arts. 273 e 461 pode ser verificada a conjugação de muitas das eficácias já mencionadas.⁴⁴

42. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*, n. 6, p. 261.

43. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*: p. 263-264. Com esse mesmo entendimento, ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*: p. 117-118. Deve ser também mencionado o art. 52, V, da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995), que tem como novidade a referência expressa às obrigações de entrega de coisa: “nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado”.

44. Nesse sentido, WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. n. 7-10, p. 24-29; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. n. 1.5.2, p. 78.

Na verdade, as sentenças mandamentais e as sentenças executivas *lato sensu* parecem ser assimiláveis nas espécies contidas na classificação tradicional se levarmos em conta o conteúdo e os efeitos. Representam um modo diverso de verificação da eficácia externa das decisões no processo e têm a inegável função de melhor elucidar o *fenômeno da atuação do direito*. Além disso, aproximam a *atividade de conhecimento da concreta realização dos direitos* e contribuem para diminuir ainda mais a dicotomia entre *conhecer* e *executar*, ultrapassando a *hendíadis* condenação-execução. Essa, sem dúvida, parece constituir a maior vantagem da distinção.

O importante na classificação da eficácia das decisões é esclarecer, da melhor maneira possível (e como parece óbvio), o efeito do ato jurisdicional no plano do direito substancial, i. e., o objetivo precípua é o de *integrar* cada vez mais o processo com o direito material ameaçado ou violado.⁴⁵

12. IMUTABILIDADE DO CONTEÚDO DA SENTENÇA

A autoridade da coisa julgada ou imutabilidade da sentença nada mais é que um atributo a ela conferido.⁴⁶ No momento em que aquilo que foi decidido na parte dispositiva da sentença se torna indiscutível, independentemente de seu conteúdo, há o fenômeno da coisa julgada.

Assim é que a coisa julgada é essa qualidade (ou atributo) consistente na imutabilidade que a lei atribui ao conteúdo constante da parte dispositiva (conclusão) da sentença em decorrência do trânsito em julgado. Toda sentença, seja ela terminativa ou de mérito, faz coisa julgada. Ao contrário do que possa parecer aos menos avisados, a coisa julgada formal não é um fenômeno exclusivo das sentenças terminativas, mas de todas as sentenças não mais sujeitas a recurso. Por isso, a coisa julgada formal é um atributo consistente na imutabilidade da relação processual que se encerra em um dado processo. Quando a sentença tem um conteúdo exclusivamente processual, permite-se que a discussão sobre a matéria se reabra, já que a coisa julgada formal é um fenômeno interno das sentenças não mais susceptíveis de impugnação pela via recursal. Já a sentença de mérito sujeita-se à coisa julgada formal e material, com uma imunização completa. Assim, há sempre coisa julgada formal, mas nem sempre coisa julgada material. Se há coisa julgada material, há coisa julgada formal. No entanto, se há coisa julgada formal, não há necessariamente coisa julgada material. Ao conteúdo da sentença de mérito passada em julgado formalmente é atribuída autoridade de coisa julgada material em todos os futuros juízos estabelecidos entre as mesmas partes.

45. V. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, n. 2, p. 216-219. Esse é um dos motivos pelo qual se sustenta a *tutela inibitória* como uma outra categoria, distinta das demais tradicionalmente conhecidas.

46. LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da coisa julgada*, p. 6.

A coisa julgada atinge o conteúdo decisório da sentença que se relaciona com os pedidos deduzidos, seja ele declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental.

Já o trânsito em julgado nada mais é que um fato jurídico que gera a coisa julgada.⁴⁷ Isso tudo em decorrência de terem sido utilizados todos os recursos cabíveis na legislação processual em vigor (*esgotamento dos recursos*) ou de não terem sido os recursos utilizados ou ainda, por terem sido utilizados sem a observância de seus requisitos de admissibilidade (não conhecimento do recurso).

O Código de Processo Civil definiu a coisa julgada da pior forma possível: vale-se da negativa, dizendo o que não faz coisa julgada. É claro que com a exclusão dos elementos constantes dos incisos do art. 469 do Código de Processo Civil, chega-se à conclusão de que se tornarão imutáveis e não mais sujeitos à discussão as decisões constantes da parte dispositiva da sentença e que devem naturalmente refletir o que o acolhimento ou a rejeição dos pedidos deduzidos pelo demandante e que integram a pretensão processual.

13. “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

É crescente e inevitável a constitucionalização do processo. Isso se sente até mesmo em relação à coisa julgada, principalmente em relação ao polêmico tema relacionado com a sua “inconstitucionalidade” ou também chamada “relativização”.⁴⁸

47. Do ponto de vista funcional ou dos efeitos, os fatos jurídicos são os acontecimentos em razão dos quais as relações de direito nascem, modificam-se e extinguem-se (Savigny referia-se apenas ao nascimento e à extinção das relações de direito, sendo, por isso, criticado — cf. *Sistema del derecho romano actual*. v. II. p. 142). Ou ainda, segundo Clóvis os “elementos propulsivos do direito” (*Theoria geral do Direito Civil*. p. 77). Todavia, a eficácia não elemento essencial do fato jurídico e sendo a eficácia resultado do fato jurídico, “não é conveniente definir a causa pela consequência, porque quando tivermos de definir a consequência teremos de nos reportar à causa e, assim, estará estabelecido um ciclo vicioso” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. p. 106). Na verdade, o fato jurídico “é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no supor fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. *Fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. I. p. 77).

48. V. sobre o tema, entre outros, ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, esp. p. 25-26; SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa?*, esp. p. 11; MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. p. 43-61; DELGADO. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. p. 77-122; DINAMARCO. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 33-76; THEODORO JR., Humberto. *A Reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional*. p. 65-100; THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p. 123-161; MARINONI. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. esp. p. 147-155; NASCIMENTO. *Coisa julgada inconstitucional*. p. 1-32; TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*. p. 376-485; WAMBIER; MEDINA. *O dogma da coisa julgada*. esp. p. 26-85.

As expressões “coisa julgada inconstitucional” e “relativização da coisa julgada” merecem ser criticadas pelos motivos a seguir expostos: i) a coisa julgada é uma qualidade da sentença, não podendo, por isso, ser constitucional ou inconstitucional; ii) a inconstitucionalidade pode estar na sentença ou em qualquer ato de poder, nunca na coisa julgada; iii) a sentença incompatível com a Constituição Federal assim já é, antes mesmo do trânsito em julgado; iv) não se “relativiza” a coisa julgada, quando muito há “a *ampliação* do terreno ‘relativizado’” ou “o *alargamento* dos limites da ‘relativização’”⁴⁹; v) aliás, “não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo”⁵⁰, uma vez que a lei não confere nem nunca conferiu valor absoluto à coisa julgada material; vi) pelo contrário, a coisa julgada só prevalece dentro dos limites dispostos expressamente pelo ordenamento jurídico.

A partir do momento em que está configurada a coisa julgada material, não é possível — salvo se houver expressa previsão legal — indagar-se acerca de uma situação anterior que já fora ou poderia ter sido aduzida (voltamos ao deduzido ou deduzível referido por Proto Pisani e Giovanni Verde).⁵¹

Fora dos limites do ordenamento jurídico, não é possível se questionar a justiça do julgamento ainda que o juiz tenha se distanciado do direito material, indeferido provas relevantes ou mesmo apreciado mal aquelas encartadas aos autos. Não se pode, por isso, admitir a “relativização” ainda que tenha havido grave injustiça. Isso porque existe no sistema jurídico brasileiro “o direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada”.⁵² Não é à-toa que o próprio Código de Processo Civil determina que o juiz reconheça de ofício a preliminar de coisa julgada (art. 301, inc. VI, § 4º) ou extinga o processo sem o exame do mérito ao verificar a ocorrência de coisa julgada (art. 267, inc. V).

É importante lembrar ainda que as decisões proferidas em ação direta de declaração de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de inconstitucionalidade não estão sujeitas à ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 26, parte final). Assim é que está claro ser impensável admitir-se uma ação fundada em “coisa julgada inconstitucional” nesses casos. O contrário é exatamente o que se extrai da norma: tamanho deve ser o respeito à coisa julgada e às decisões do Supremo Tribunal Federal, que nem mesmo rescisória será admitida.⁵³

O respeito à coisa julgada é elemento característico do Estado democrático de direito e impede que o juiz julgue novamente, seja qual for o teor da decisão. Admi-

49. MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. p. 44.

50. MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. p. 44.

51. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 65; *Profili del processo civile*. v. II. p. 333-336, respectivamente.

52. MARQUES, Frederico. *Manual de direito processual civil*. p. 227.

53. Nesse sentido, MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*, n. 10, p. 59.

tir, sem limites normativos, a impugnação à sentença inconstitucional significa eternizar conflitos, já que ao sabor de cada momento histórico ou mesmo governante, a coisa julgada poderia ser afastada. Inadmissível, portanto, ingerências arbitrárias não contempladas no ordenamento jurídico. O respeito à garantia constitucional da coisa julgada e à lei é, sem dúvida, o melhor e mais razoável preço que o sistema como um todo paga como contrapartida da preservação de outros valores.⁵⁴

14. EMBARGOS FUNDADOS EM SENTENÇA INCONSTITUCIONAL (“COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”) (ART. 741, PAR. ÚN.)

Como sustentado, a assim chamada “coisa julgada inconstitucional” necessita de uma correta e detalhada disciplina infra-constitucional, sob pena de as primeiras boas intenções de abertura a respeito do tema cumprirem o real intento do autoritarismo e do arbítrio.

Nesse sentido, por meio da medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001, foi acrescentado um parágrafo ao art. 741. Segundo esse dispositivo, “para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

A exigibilidade, tal como exposta no inciso II do art. 741, está ligada a uma das condições da ação executiva. Por esse prisma exclusivo, pode o executado apresentar a defesa com o fundamento nela constante em sede de embargos à execução ou diretamente no processo executivo.

Certamente, no entanto, o legislador não empregou linguagem técnica na redação do dispositivo em comento. A desconstituição do título judicial em razão da inconstitucionalidade da norma em que está amparado é matéria estritamente vinculada à existência do direito material, estranha, por sua vez, às condições da ação executiva. Dessa forma, a matéria em questão pode ser alegada por meio de exceção apresentada diretamente na execução e provada por meio de prova pré-constituída, como também por embargos à execução ou ação cognitiva autônoma. Essas duas últimas parecem ser a via jurisdicional mais adequada para a alegação de matérias relativas ao mérito.

A norma em questão contém a *causa petendi* ou os fundamentos para a propositura de uma demanda, já que os embargos são uma ação ou via processual em que o executado apresenta a sua defesa.⁵⁵ O fundamento constante do art. 741, par. ún.,

54. Nessa linha, MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*, n. 4 e 5, p. 49-51.

55. Sobre a natureza jurídica dos embargos à execução, v., mais amplamente, LUCON, *Embargos à execução*, n. 38, p. 84.

constitui causa de pedir autônoma e suficiente para dar ensejo à propositura de *ação cognitiva autônoma* imprescritível. A inconstitucionalidade de uma lei, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, constitui invalidade insanável e por isso, não pode estar restrita ao campo exclusivo dos embargos. Por essa razão, essa *causa petendi* pode viabilizar ação cognitiva autônoma com o escopo de desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo, seja o ato de poder meramente declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental.⁵⁶

Além disso, numa primeira apreciação, parece que o aludido parágrafo diz respeito exclusivamente ao controle de concentrado de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Ao fazer menção à hipótese de desconstituição do título executivo judicial quando esse tenha fundamento em norma que incorra “em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” o dispositivo parece também autorizar a conclusão de ser possível a desconstituição mesmo nos casos de controle incidental de constitucionalidade.

O sistema pátrio de controle de constitucionalidade, mediante o qual os efeitos da apreciação *incidenter tantum* da constitucionalidade produzem consequências exclusivamente para o caso concreto, pode conduzir à conclusão diversa. O excerto final do dispositivo diria respeito a situações como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, quando ocorram no seio do controle concentrado de constitucionalidade, tendo inclusi-

56. Talamini entende que não se aplica a regra em comento aos pronunciamentos declaratórios e constitutivos, com fundamento no fato de que a sentença condenatória é uma “tutela incompleta” e que seria grave desconstituir uma sentença de mérito declaratória, constitutiva, mandamental e executiva (*Coisa julgada e sua revisão*. p. 482-485). Pelas razões expostas no texto, o argumento do autor não pode prevalecer. Aliás, se aprovado o Projeto de Cumprimento de Sentença, todas as sentenças serão, utilizando a sua linguagem, “executivas” ou mandamentais e portanto, não estariam, a prevalecer esse entendimento, sujeitos à regra do art. 741. Em outra passagem, Talamini aduz que “não é possível descartar por completo a desconstituição da coisa julgada em casos limites envolvendo os pronunciamentos que independem de posterior realização prática (declaratórios e constitutivos)” e sugere “a aplicação analógica do art. 741, par. único (*Coisa julgada e sua revisão*. p. 484). Mais adiante sustenta a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada fora das hipóteses do par. único do art. 741, mencionando “casos não-padronizados por vezes únicos no que tange à violação constitucional neles contida” (p. 484). Afirma ainda que pode haver situações em que a segurança jurídica seria gravemente afrontada com a desconstituição pelo art. 741, par. único, “mesmo não tendo havido a integral realização da tutela” (*Coisa julgada e sua revisão*. p. 485). As soluções apresentadas — com todo o respeito ao autor — são, no mínimo, inusitadas e demonstram a total falta de compromisso com o ordenamento jurídico. Ampliar as hipóteses de se afastar a sentença inconstitucional, fora dos casos previstos no sistema, com o argumento de se garantir a “segurança jurídica” ou o “interesse público” é um pouco assustador. Estaria aberto o campo para o arbítrio e o totalitarismo. Da mesma forma, admitir a tese da “coisa julgada inconstitucional” ou da “relativização da coisa julgada” toda a vez que houver a violação da Constituição Federal significa criar um processo que nem mesmo Kafka conseguiria conceber, já que teríamos a possibilidade de sempre haver um julgador disposto a considerar a última decisão inconstitucional. O processo não é um fenômeno de trato continuativo e desenvolvimento cíclico (VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. v. I. p. 331-332).

ve eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, par. ún., da lei nº 9.868, de 10.11.1999). Todavia, deve prevalecer a tese segundo a qual o dispositivo em análise se estenderia também para os casos em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle incidental, os embargos e eventual ação cognitiva autônoma terão um âmbito de aplicação mais amplo. Assim é que, em conclusão, a regra do art. 741, par. ún., diz respeito à possibilidade de se alegar uma nulidade absoluta reconhecida por força de pronunciamento do Pretório Excelso em caráter *principaliter* ou *incidenter tantum*. Não se trata, pela via dos embargos à execução ou por meio de ação cognitiva autônoma, de se reconhecer a ausência de uma condição da ação (impossibilidade jurídica).⁵⁷ Não se trata, igualmente, de se proclamar a inexistência, já que a sentença inconstitucional existe e é eficaz, pois tem clara aptidão de produzir efeitos.⁵⁸

Como a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pode ser realizada com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, ou ainda em momento ulterior a ser fixado pelo Pretório Excelso (v. art. 27 da lei nº 9.868, de 10.11.99), por uma questão de lógica apenas é possível a desconstituição do título caso no momento da oposição dos embargos à execução a declaração já seja eficaz. Nesses casos, o título executivo judicial será desconstituído por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa decisão seja superveniente à formação do título, o que aparentemente colidiria com a garantia constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). No entanto, tal garantia não constitui um bem ou valor intocável, já que a legislação infraconstitucional pode regular as situações em que ela poderá ser afastada (cf., p. ex., os incisos do art. 485 do Código de Processo Civil). Conforme os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, no entanto, nem toda declaração de inconstitucionalidade autorizará a desconstituição do título. Enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é fator de extrema relevância no alcance de escopo fundamental do processo, a *pacificação social com justiça*. A desconstituição do título apenas será possível caso, na ponderação entre o princípio da segurança jurídica e aquele albergado quando da declaração da inconstitucionalidade, esse último prevaleça no caso concreto.

Para que a declaração de inconstitucionalidade da norma determine a desconstituição do título executivo, é fundamental que a decisão judicial tenha alicerce exclu-

57. Teresa Wambier e José Medina falam de ação declaratória de inexistência por ausência de uma das condições da ação, mais precisamente da impossibilidade jurídica do pedido (*O dogma da coisa julgada*. p. 39 e ss).

58. Dinamarco parece negar nesses casos a existência da coisa julgada material (*Relativizar a coisa julgada material*. p. 61). No entanto, o que não existe no processo não pode ser inconstitucional e se inexistência houvesse (!) não haveria nem ao menos a possibilidade de ação rescisória contra a sentença portadora de uma inconstitucionalidade (v., a propósito, MOREIRA, Barbosa. *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 45, texto e notas 4 e 5).

sivo nessa norma. Se houver outro fundamento suficiente para lastrar a decisão, ela não pode ser desconstituída. Ademais, se a decisão tiver mais de um capítulo e esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a desconstituição do outro capítulo.

Os embargos à execução fundados no aludido parágrafo atingem diretamente as razões que serviram de alicerce ao título executivo judicial, abrindo nova possibilidade de discussão acerca de matéria já decidida, só que agora com um fundamento adicional consistente na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O aludido parágrafo não retira simplesmente a eficácia executiva do título. O julgador não estaria se cingindo a aplicar uma sanção de ineficácia ao título com a declaração de que tal ato estaria em contraste com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Retirar a eficácia executiva significa apenas inviabilizar essa modalidade de tutela; o parágrafo único além de permitir e viabilizar uma nova modalidade de desconstituição do título judicial, permite a declaração de que esse ato jurídico não está conforme a Constituição Federal. Esse dispositivo autoriza a declaração de inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo, pela via jurisdicional dos embargos do executado ou por meio de ação cognitiva autônoma, antes ou depois de decorrido o prazo de embargos.

Ocorrida a desconstituição do título executivo por força da sentença proferida nos embargos à execução, para não ficar sem solução o processo que deu origem ao título, poderá ser cumulado nos próprios embargos opostos o pedido de novo julgamento da causa, ocorrendo assim a substituição da decisão proferida no processo originário pela sentença dos embargos. Uma outra solução seria tornar novamente pendente o processo originário para que outra decisão seja proferida, tal como ocorre na hipótese do art. 741, inc. I. O importante, no entanto, é não ficar sem solução a demanda postulada no processo no qual foi constituído o título.

O aludido parágrafo, por ter um atributo rescisório, constitui um meio que o legislador encontrou para ampliar o prazo para a desconstituição da sentença transitada em julgado, que na ação rescisória, a teor do disposto no art. 495 do Código de Processo Civil é de dois anos.

No que se refere ao direito intertemporal referente à norma em questão, necessário considerar que ela apenas é aplicável às sentenças transitadas em julgado após sua entrada em vigor. Entendimento contrário significaria uma substancial alteração nos contornos e alcance da coisa julgada após sua formação, importando violação ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.⁵⁹

59. Nesse sentido, LUCON. *Código de Processo Civil interpretado*, n. 9, p. 2167-2169; ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, n. 3.2, p. 26; TALAMINI. *Coisa julgada e sua revisão*. p. 481-482.

15. CONCLUSÃO SOBRE A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL

É certo que o direito positivo não conhece todas as situações aptas a desconsiderar a sentença trânsita em julgado, mas admitir a revisão do *decisum* já coberto pela autoridade da coisa julgada material em situações não previstas no ordenamento jurídico, pelas razões expostas, não pode ser aceita.

Por isso, de *lege ferenda*, é o caso de se ampliar casos para a ação rescisória. No caso de descoberta científica apta a demonstrar o erro na solução dada ao caso concreto quando era impossível valer-se de determinada prova seria o caso de admitir a ação rescisória a partir do momento em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda.⁶⁰

Sem excluir a possibilidade de ação rescisória,⁶¹ o art. 741, par. único, do Código de Processo Civil, viabiliza a oposição de embargos à execução e a propositura de ação cognitiva autônoma, vias obviamente não sujeitas ao prazo de dois anos da ação rescisória, contra sentença inconstitucional, desde que tenha havido o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei que serviu de fundamento para a sentença a ser atacada.

16. BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ASSIS, Araken. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 301, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: Antonio Carlos Marcato. (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: Red, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: *Opere giuridiche*. v. VI e VII. Nápoles: Morano, 1976.
- _____. La condanna “genérica” ai danni. In: *Opere giuridiche*, v. V, Nápoles: Morano, 1976.
- _____. Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile. In: *Opere giuridiche*, v. I, Nápoles: Morano, 1976.

60. O exemplo é de Barbosa Moreira (v. mais uma vez, *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*. p. 61).

61. É a ação de querela nullitatis e os embargos fundados no art. 741, inc. I, do Código de Processo Civil (v. LUCON. *Embargos à execução*, n. 68, p. 163-168; LUCON. *Código de Processo Civil interpretado*, n. 2, p. 2163-2164).

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Molino, 1995.

CONSOLO, Cláudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile, Le tutele*. 3. ed. Bologna: Cisalpino, 1998.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO JR., Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

FERRI, Corrado. *Profili dell'accertamento costitutivo*. Padova: Cedam, 1970.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. da segunda edição alemã por Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUALANDI, A. Domanda di condanna genérica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1959.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIEBMAN, Enrico Túllio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. Tradução de Teresa Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 29, 1983.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, notar de Joaquim Munhoz de Mello.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários aos arts. 603 a 645 e 732 a 795. In: Antonio Carlos Marcato. (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Embargos à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Revista Gênese*, Curitiba, v. 31, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A coisa julgada. In: *Coisa julgada*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

_____. A coisa julgada no Código do Consumidor. In: *Coisa julgada*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

_____. Coisa julgada — efeito preclusivo. In: *Coisa julgada*. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

_____. Da ação civil. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de direito processual — primeira série*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 377.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. (quarta série).

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. (primeira série).

_____. La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 117.

_____. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. (primeira série).

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Tese, 1967.

MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. Nápoles: Jovene, 1965.

NASCIMENTO. Coisa julgada inconstitucional. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JR., Nelson. *CPC comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bolshoi, 1972.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1996.

PISANI, Andréa Proto. Verso la residualità del processo a cognizione piena?. In: *JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, 6, Brasília, 2005.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Pádua: Cedam, 1987.

ROGNONI, Virginio. *La condanna in futuro*. Milão: Giuffrè, 1957.

_____. *Condanna genérica e provvisionale ai danni*. Milão: Giuffrè, 1961.

SATTA, Salvatore. Condanna genérica. In: *Enciclopédia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1961.

SAVIGNY, M. F. C. Von. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Trad. de Jacinto Messia e Manoel Poley Centro. Madri: Góngora, [s.d.].

SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa julgada relativa?. In: *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 316, 2004.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14-15, 1979.

_____. *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Ação de imissão de posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979.

_____. Sentenças mandamentais. In: *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1979.

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

TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARZIA, Giuseppe. Medidas cautelares atípicas: uma análise comparativa. Trad. de Paulo Henrique dos Santos Lucon. *Revista de Processo*, São Paulo.

TESHEINER. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., Humberto. A Reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *RBEP*, Belo Horizonte, v. 89.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALVERDE, Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva (la constitución jurídica procesal)*. Madri, 1962.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. Nápoles: Jovene, 1996.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

YARSHELL, Flávio. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 109.





CAPÍTULO XIV

CRÍTICA À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

*Sérgio Nojiri**

*“A fuerza de hablar de justicia se ha aniquilado el jus,
el Derecho, porque no se ha respetado su esencia, que es la
inexorabilidad y la invariabilidad. El reformismo del Derecho,
al hacerlo inestable, mudadizo, lo ha estrangulado”.*
(José Ortega y Gasset).

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Conceito de coisa julgada — 3. A coisa julgada como instrumento de realização do valor segurança — 4. Coisa julgada inconstitucional: uma contradição nos próprios termos — 5. O “poder” dos juizes — 6. O problema do regresso ao infinito — 7. O problema da injustiça de uma decisão judicial — 8. Conflito entre princípios constitucionais — 9. A coisa julgada como dogma — 10. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Há, atualmente, uma tendência no direito brasileiro, que considero perigosa, de se admitir a “relativização” da coisa julgada. Trata-se de uma tese que, aos poucos, vem ganhando cada mais vez mais adeptos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.¹

O principal argumento utilizado a favor dessa tese reside na suposta “injustiça” ou “inconstitucionalidade” de algumas decisões judiciais, que não deveriam merecer a proteção dos efeitos da coisa julgada. Segundo essa linha de raciocínio, decisões injustas ou inconstitucionais, ainda que transitadas em julgado, podem, mesmo após vencido o prazo de interposição de ação rescisória, ser modificadas. Ainda segundo os prosélitos desse raciocínio, a intangibilidade da coisa julgada é um “mito” que deve ser combatido, para que, ao cabo e ao fim, prevaleça o valor maior da justiça ou da garantia da Constituição. Nesse sentido, José Augusto Delgado afirma que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania”.²

* Mestre e Doutor em Direito do Estado – PUC/SP e Juiz Federal.

1. Nessa linha, a obra conjunta de Carlos Valder do Nascimento, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e Juliana Cordeiro de Faria, *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

2. Cf. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. p. 95.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar argumentos que demonstrem que a tese da relativização da coisa julgada, da forma como vem sendo exposta, põe em perigo a razão de existir do próprio sistema jurídico, uma vez que ataca sua missão última, que é a de resolver conflitos de forma definitiva.

2. CONCEITO DE COISA JULGADA

É importante ressaltar o fato de que o instituto da coisa julgada, antes de tudo, goza de *status* de norma constitucional, já que está expressamente previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal.³ Portanto, qualquer tentativa de definição de seu conceito deve passar, necessariamente, pela consideração de sua hierarquia normativa superior.

Diz a atual Constituição, no inc. XXXVI, do mencionado artigo: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”. Se levarmos em conta que, segundo o princípio da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF) e que a lei não pode prejudicar a coisa julgada, a conclusão a que se chega é a de que a coisa julgada está protegida de todos e quaisquer atos normativos, sejam eles legais, administrativos ou judiciais. Isso significa que estão legisladores, administradores e juízes expressamente proibidos, pela Constituição Federal, de diminuir (prejudicar) o alcance da coisa julgada. O resultado desse raciocínio decorre do simples fato de que a proteção da coisa julgada encontra-se naquele rol de garantias denominadas de *cláusulas pétreas* que, como é cediço, estão à margem de modificações ou alterações legislativas.⁴

3. É da tradição de nosso direito a previsão da tríplice garantia da irretroatividade dos atos normativos (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada). Essa fórmula teve origem no art. 5º do anteprojeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, publicado em 1893, e foi recepcionada pela Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071 de 1 de janeiro de 1916, com as correções da Lei nº 5.725 de 15 de janeiro de 1919), tendo sido abandonada pelo Dec.-lei nº 4.657/42 e posteriormente retomada pela Lei nº 3.238 de 1 de agosto de 1957. No plano constitucional, a regra do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada iniciou-se com a Carta Política de 1934 e foi repetida nas Constituições de 1946, 1967, Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e na atual Constituição Federal, só não tendo sido incorporada no texto da Constituição do “Estado Novo”, de 1937.

4. Cândido Rangel Dinamarco, que defende a tese da relativização, chegou a afirmar que: “Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa com meios de voltar a veicular em juízo matéria já decidida.” Mais a frente, o ilustre processualista conclui: “Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman, ou ao *direito processual material*, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico. Resolve-se em uma situação de estabilidade, definida pela lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas.” *Relativizar a coisa julgada material*, *op. cit.*, p. 54-55.

Ultrapassada essa premissa (básica), que identifica o patamar normativo hierárquico em que se encontra a coisa julgada, torna-se possível a configuração dos elementos que a caracterizam.

Liebman, em lição já antiga, ensinava que a autoridade da coisa julgada não é, como se dizia antes dele, efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.⁵

Para a finalidade deste trabalho, no entanto, não interessa saber se a autoridade da coisa julgada é efeito da sentença ou uma qualidade dela. O importante é deixar consignada a imutabilidade da decisão judicial, seja de seus efeitos ou de seu conteúdo, alcançada mediante o seu trânsito em julgado. Segundo o magistério de José Carlos Barbosa Moreira: “Desde o trânsito em julgado, fica a sentença definitiva revestida da autoridade da coisa julgada *em sentido material*. Quer isso dizer que a solução dada ao litígio pelo juiz se torna imune a contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele, vinculando as partes e quaisquer juizes de eventuais processos subseqüentes.”⁶

Mas o mais relevante na definição dos contornos jurídicos da coisa julgada encontra-se, creio, em seus efeitos práticos, em sua função de estabilizar, em definitivo, as controvérsias sociais que são postas à apreciação do Poder Judiciário. Assim, me socorro novamente do ensinamento de Barbosa Moreira:

“A coisa julgada — nunca será demais repeti-lo — é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o *resultado final* do processo.”⁷

Essa função prática, que estabiliza as decisões judiciais, como se pode muito facilmente perceber, repercute fora do autos judiciais, atingindo as próprias relações interpessoais daqueles que foram partes nos autos judiciais, causando, pois, efeitos externos ao processo. A respeito disso, a seguinte transcrição da obra de Cândido Dinamarco:

“A coisa julgada material é a imutabilidade *dos efeitos substanciais* da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, consti-

5. Cf. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

6. Cf. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: *Temas de direito processual*. (primeira série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97. No art. 467 do Código de Processo Civil consta a seguinte definição legislativa: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em uma formulação bem mais sucinta, a coisa julgada é assim definida pela Lei de Introdução ao Código Civil: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

7. Cf. *Coisa julgada e declaração*, *op. cit.*, p. 83.

tutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum instituí-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 (ainda Liebman). 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 — e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 e ss.)”.⁸

Como se pode perceber, o instituto da coisa julgada atua, nessas situações, como instrumento pacificador de interesses em conflito ou, em outras palavras, como fator de inserção de *segurança jurídica* no sistema. Esse princípio, que no mais das vezes confunde-se com a própria necessidade de existência de um sistema de normas jurídicas em sociedade, será, a seguir, examinado com maior detença.

O princípio da segurança jurídica como pressuposto, fundamento e função de uma ordem normativa.

Antes de prosseguirmos com a construção de idéias a respeito do princípio da segurança jurídica, há que se delimitar o seu significado, uma vez que essa expressão tem alcances conceituais dos mais diversos, que podem ser descritivos, prescritivos, sociológicos, psicológicos, econômicos e outros mais, a depender da ótica adotada. Do ponto de vista da teoria geral do direito, pode-se, licitamente, da forma como o faz Antonio-Henrique Perez Luño, analisar a segurança jurídica *strictu sensu*, como uma exigência “objetiva” de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico através de suas normas e instituições e, também, de outro lado, em sua faceta “subjativa”, como *certeza do Direito*, como sua projeção em situações pessoais de segurança objetiva.⁹

Segundo a perspectiva aqui adotada, a definição desse conceito revela que é da própria natureza do Direito, bem como de sua finalidade, buscar e promover estabilidade nas relações sociais, tanto em seus aspectos dinâmico (de funcionamento regular e previsível das suas instituições) quanto estático (definitividade na solução das controvérsias já julgadas).

8. *Op. cit.*, p. 36-37.

9. A certeza do direito possibilita aos sujeitos de um ordenamento jurídico saber com clareza e de antemão aquilo que lhe está sendo mandado, permitido ou proibido. Essa função, segundo Perez Luño, permite aos destinatários do Direito organizar sua conduta presente e programar expectativas para sua atuação jurídica futura sob pautas razoáveis de previsibilidade. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1991. p. 21-22.

Por conta dessa necessidade de segurança que o sistema jurídico deve promover é que um jurista do porte de Guido Fassò proclamou, acertadamente, que segurança é a “ragione d’essere stessa del diritto”¹⁰.

A segurança jurídica, agora no dizer de L. Legaz y Lacambra, constitui “un deseo arraigado en la vida anímica del hombre”, que sente terror “ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido”. A exigência de segurança de orientação é, por isso, uma das necessidades humanas básicas que o Direito trata de satisfazer através da dimensão jurídica da segurança.¹¹

Ninguém pode duvidar que entre Direito e segurança existe uma relação intrínseca que faz com que a existência de um dependa da do outro. Mesmo consciente de que a noção de segurança jurídica é histórica e pode variar no tempo, ainda assim é possível se afirmar que sem a aplicação de instrumentos de produção de segurança jurídica não se pode legitimamente falar em Direito como sistema normativo. A propósito, a opinião de Gustavo Sampaio Valverde:

“Nessa medida, a tarefa de se relacionar com a sociedade (‘função’) e com cada subsistema em situações particulares (‘prestação’), outorgando-lhes a certeza acerca da estabilidade de determinados fluxos comunicativos, é tarefa inalienável do direito. Somente a ele cabe reduzir a complexidade presente no fato social, determinando o que é lícito e o que é ilícito. Na ausência desse tipo particular de previsão, tudo permaneceria como mera possibilidade, sem que ninguém pudesse saber previamente o que *deve-ser*, de forma a poder adequar sua conduta nessa direção. E sem uma pauta cogente de previsibilidade, ou melhor, sem a segurança jurídica de que determinadas comunicações devem e que outras não devem ser produzidas, seria realmente muito improvável que o sistema político pudesse se organizar para tomar decisões vinculativas em grande escala, ou que o sistema econômico pudesse produzir riquezas de uma forma organizada.”¹²

Portanto, ainda que o conceito de Direito varie no tempo e no espaço, não é despropositado afirmar que só cabe a ele a realização de alguns fins, pelo simples fato de ser Direito.

Na abalizada lição de Luis Recaséns Siches, o que varia, na história e nas doutrinas filosóficas e políticas, são os fins particulares que cada Direito positivo se propõe, contudo, algumas funções que todo Direito realiza, pela mera circunstância de existir como *formalmente válido* e como *eficazmente vigente*, são magnitudes constantes. Ainda segundo Siches, essas funções dizem respeito a satisfação

10. *Apud*, Pérez Luño, *op.cit.*, p. 58.

11. Cf. Pérez Luño, *op.cit.*, p. 17.

12. Cf. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 117. Esse trabalho de Gustavo S. Valverde é imprescindível para aqueles que desejam conhecer argumentos consistentes, fundados na teoria de sistema de Niklas Luhmann, contra a tese da relativização da coisa julgada, particularmente em matéria tributária.

de alguns tipos constantes de necessidades humanas sociais. Tais funções ou fins funcionais do Direito são: *a)* certeza e segurança, ainda que com possibilidade de alterações; *b)* resolução de conflitos de interesses; e *c)* organização, legitimação e restrição do poder político.¹³

O que venho tentando afirmar é que o Direito, como sistema de normas válidas, tem como finalidade precípua a realização (nem sempre atingível, mas ainda assim uma finalidade) de um valor de caráter social da mais extrema relevância, que se traduz no conceito de *segurança jurídica*. O Direito, nessa linha de raciocínio, é um produto cultural (fabricado pelo homem) que atua sob o influxo de *certeza e segurança*, já que há, por trás disso tudo, uma premente necessidade de *ordem* na vida social. Nesse sentido, o Direito se caracteriza como um instrumento técnico de manutenção da ordem, com o intuito de viabilizar uma convivência cotidiana civilizada entre as pessoas.

Permito-me, a propósito, para finalizar este apartado, transcrever o seguinte trecho (ainda que longo) da já citada obra de Recaséns Siches:

“Se puede explicar esa función de certeza y seguridad, u orden, que en el Derecho encarna, por vía de comparación con la función social de seguridad que la técnica desempeña en otro campo de cosas. Sucede que el hombre se siente aterrado ante la Naturaleza; presencia un conjunto de hechos en tumultuosa sucesión, cuyo secreto ignora, muchos de los cuales se presentan como muy peligrosos (frío, inundaciones, terremotos, animales salvajes, hambre, etc.). Todo eso fuerza al hombre a estar extravasado, pendiente del contorno, en constante alerta, poseído de miedo pánico. Por tal razón, siente el hombre una necesidad de saber a qué atenerse respecto de la Naturaleza y de dominarla o controlarla. Al impuso de esa urgencia se elabora la *técnica*, para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad y de comodidad en el cosmos. Pero el hombre experimenta no sólo el dolor de la inseguridad frente a la Naturaleza, sino que se plantea análogos problemas también respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación a los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él, y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos. Y precisa no sólo saber a qué atenerse, sobre lo que deba suceder, sino también saber que esto sucederá *forzosamente*; es decir: precisa de *certeza* sobre las relaciones sociales, pero además de la *seguridad* de que la regla será cumplida, de que estará poderosamente garantizada.

El Derecho cumple una función de certeza y una función de seguridad. Pero, seguridad de qué? Seguridad de aquello que a la sociedad de una época y de un lugar le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Por eso, el contenido del Derecho varía según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia. Pero, en todo momento, sea cual sea su contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto e eficaz.”¹⁴

13. Cf. *Introducción al estudio del derecho*. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997. p. 112.

14. *Op.cit.*, p. 112-113.

3. A COISA JULGADA COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO VALOR SEGURANÇA

Até aqui, o trabalho objetivou trazer à tona um aspecto inseparável do Direito, que se traduz na função de produção de segurança nas relações sociais submetidas ao crivo do Poder Judiciário. Nesse diapasão, pode-se afirmar, sem qualquer receio, que o instituto da coisa julgada, segundo a atual sistemática jurídico-constitucional brasileira, configura-se em um dos mais eficazes instrumentos de realização do valor *segurança* que o ordenamento prevê.

A coisa julgada, como se viu, produz efeitos tais que são eliminadas quaisquer possibilidades de reabertura de discussão em processo que já foi definitivamente julgado. Nos termos da lei processual, a sentença se torna imutável e indiscutível (art. 467 do CPC) e terá força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC).

Não é muito difícil se extrair das considerações acima a conclusão de que o instituto da coisa julgada decorre da necessidade de se estabilizar as relações sociais mediante decisões judiciais. A *res judicata*, nesse sentido, é uma forma de manifestação do princípio da segurança jurídica. Miguel Teixeira de Sousa, ilustre jurista português, coloca bem essa questão:

“O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma ação seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. *Ela é por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanescentes a qualquer ordem jurídica.*”¹⁵

No Brasil, o nosso Supremo Tribunal Federal, ao conceituar a coisa julgada, se referiu “aquelas situações submetidas ao crivo do Estado-juiz e já cobertas pelo manto da preclusão maior, no que voltada à segurança da vida em sociedade”.¹⁶

4. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: UMA CONTRADIÇÃO NOS PRÓPRIOS TERMOS

A coisa julgada foi apresentada, até o presente momento, como um instituto que estende seus efeitos no tempo, garantindo a irreversibilidade de decisões judiciais não mais passíveis de modificação pela via recursal ordinária ou extraordinária. Viuse, ainda, que essa garantia, de índole constitucional, é da própria natureza do Direito, que se confunde com sua própria essência.

15. *Apud* THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa julgada inconstitucional*. p. 137.

16. RE 146.331-SP, *apud* Gustavo S. Valverde, *op. cit.*, p. 125.

Todavia, conforme afirmado no início do trabalho, existem autores que defendem a tese da relativização da coisa julgada. Um dos argumentos utilizados é no sentido de que o princípio da constitucionalidade determina: “que a *validade de quaisquer actos do poder público dependa da sua conformidade com a Constituição*. Por isso mesmo, *as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade*”.¹⁷

Afirma-se, portanto, que algumas decisões judiciais, por ofenderem o texto da Constituição, são ilegítimas, não devendo subsistir no sistema jurídico.

Mas não é só isso. Existem doutrinadores que vão além, afirmando que a atual Constituição Federal “não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si.”¹⁸ Para eles, “a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.”¹⁹

Mas então, o que dizer a respeito do inc. XXXVI, da CF, que faz expressa menção à coisa julgada?

Paulo Roberto de Oliveira Lima, citado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, responde da seguinte forma:

“Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de ‘sobre-direito na medida que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislador é interdito ao Poder legisferante ‘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”.²⁰

A manifestação acima colacionada merece, a meu ver, alguns reparos. O raciocínio ali utilizado baseia-se na idéia de que apenas uma “única regra” é que adqui-

17. Paulo Otero, *apud* THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, *op. cit.*, p. 144. Esses autores ainda afirmam o seguinte: “Enfim, no pensamento de Dinamarco, a coisa julgada não é embaraço ao reconhecimento da inconstitucionalidade de uma sentença, pela simples razão que o vício do decisório impede juridicamente a formação da coisa julgada material. Ou seja: a ‘irrecorribilidade (coisa julgada formal) de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia’. Logo, é de ter-se como *inconstitucional*, e por isso inaceitável, a leitura clássica consagrada da crença de ser absoluta a intangibilidade da coisa julgada ainda que ofensiva à Constituição” (p. 146).

18. Cf. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, *op. cit.*, p. 140.

19. *Idem*, *op. cit.*, p. 141. Carlos Valder do Nascimento, nesse mesmo sentido, afirma: “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.

20. *Idem*, *ibidem*.

riu foro constitucional, impedindo que o legislador ordinário pudesse prejudicar o alcance da coisa julgada. Se bem compreendi, quer se fazer crer que além dessa única regra, “tudo o mais” é possível, até mesmo relativizar, pela via ordinária, a coisa julgada.

Ao que parece, não foi muito bem compreendido o alcance dessa “única regra”. Como já afirmado no início deste estudo, se há proibição da lei retroagir seus efeitos para atingir a coisa julgada, por consequência, há também proibição de atos judiciais e de atos administrativos, além dos legislativos, de terem efeitos retroativos incidentes sobre a *res judicata*. Em outras palavras, a proibição é ampla e alcança todos os órgãos do poder. Nesse sentido, o esclarecimento de José Eduardo Martins Cardozo:

“No que tange ao princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada firmado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e reiterado no art. 6º, *caput* da Lei de Introdução ao Código Civil, é indubitado que tanto o legislador, como os magistrados, ou ainda as próprias autoridades administrativas como lembra Wilson de Souza Campos Batalha, estão a ele vinculados. Erigido em dogma constitucional, não podem quaisquer destes perpetrar ofensa a seus termos, sob pena de violação aberta às normas superiores do nosso sistema.”²¹

Afirmar que o instituto da coisa julgada não goza de *status* de regra constitucional, pelo simples fato dele ter disciplina prevista em lei ordinária, é tão ingênuo quanto afirmar, por exemplo, que o mandado de segurança não é um remédio constitucional por ter seu procedimento previsto em lei infra-constitucional. O mero fato de um instituto jurídico, de natureza constitucional, ser regulamentado por lei infra-constitucional, como se sabe, não lhe retira sua estatura normativa superior.

Concluo, dessa forma, que “coisa julgada inconstitucional” é uma contradição em seus próprios termos.²² Se um caso foi julgado por quem tem competência e legitimidade constitucional para tanto e, estando a decisão coberta pelo manto da coisa julgada, que é, por natureza, uma figura constitucional, não há como se pugnar pela sua inconstitucionalidade.

A idéia de coisa julgada “inconstitucional” poderia, nesse sentido, ser comparada com a afirmação de que podem também ser declarados inconstitucionais o direito à vida, o direito à liberdade, o direito de ação ou de qualquer outro direito ou garantia previstos no rol do art. 5º da CF.

Reafirmo: não faz o menor sentido se falar em inconstitucionalidade de um instituto de natureza constitucional. Uma decisão que transitou em julgado, só por esse

21. *Da retroatividade da lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 324.

22. Luiz Guilherme Marinoni, no texto “Sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, extraído do site *Jus Navigandi* (www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716), nos dá notícia de que nos Estados Unidos a expressão “lei inconstitucional” chegou a ser considerada uma contradição em termos, diante da expressiva afirmação de que *the unconstitutional statute is not law at all*.

fato, já se torna constitucional, uma vez que foi um órgão judicial, com competência outorgada pela Constituição Federal, que assim decidiu.

5. O “PODER” DOS JUÍZES

Outro ponto que merece destaque é aquele que trata da questão da inexistência de controle (externo) da constitucionalidade da coisa julgada. Como se sabe muito bem, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decidir um caso de forma definitiva. Os efeitos da coisa julgada se produzirão por força de uma decisão judicial, que não mais pode ser revista por outro órgão, judicial ou não. E, ao que tudo indica, é justamente nesse ponto que surgem algumas vozes descontentes.

Veja-se, por exemplo, a opinião de quem acredita que esse é “um problema central do actual momento do Estado de Direito”:

“A questão ganha relevância quando se verifica a cada vez mais a freqüente atribuição aos juizes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos. Assiste-se, hodiernamente e como bem frisa Canotilho, a ‘um trânsito silencioso de um ‘Estado-legislativo-parlamentar’ para um Estado jurisdicional executor da Constituição”.²³

Segundo afirma essa doutrina, se caminha para uma “verdadeira perversão do Estado de Direito em Estado Judicial”, havendo “uma hipervalorização do papel do juiz que o torna supremo em relação aos demais poderes do Estado, donde dever ser maior a preocupação com a constitucionalidade e legalidade de suas decisões, não se podendo mais deixá-las a margem de um controle efetivo”.²⁴

Mas o que seria esse tal “controle efetivo” a que se referem esses autores? Se o papel de controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos normativos não mais pertencer aos juizes, a quem pertencerá? Não teria mais, porventura, o Poder Judiciário a missão constitucional de aplicar a lei e a de controlar a constitucionalidade dos atos normativos?

A “atribuição aos juizes de poderes, erigindo-os em guardiões da constitucionalidade e da legalidade da atividade dos demais poderes públicos”, para quem desconhece, não diz respeito a nenhuma espécie de tendência, mas decorre de prescrições constitucionais que, em seu conjunto, desenham um arquétipo de atribuições e deveres aos órgãos judiciais que os tornam guardiões da constitucionalidade e da legalidade. Seria estranho se assim não fosse.

Conforme o atual modelo constitucional, cabe ao Judiciário dizer a última palavra a respeito das controvérsias que lhe são postas à apreciação. E esse poder é

23. Cf. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, *op. cit.*, p. 128.

24. *Idem*, *ibidem*.

absoluto e exclusivo. Por essa razão causa estranheza ler críticas no sentido de que “as decisões judiciais são ainda um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie de controle de sua conformidade com a Constituição”²⁵, já que é o próprio sistema constitucional que assim determina!

Portanto, não é demais repetir, não pode haver decisões judiciais inconstitucionais protegidas pela coisa julgada, pelo simples fato de que, se transitaram em julgado, foram decididas por juízes competentes (princípio do juiz natural, art. 5º, LIII, da CF). Disso, se extrai a seguinte conclusão: os juízes são os únicos no sistema jurídico com legitimidade para dizer o que é constitucional ou não, por serem, justamente, os guardiões da constitucionalidade.

6. O PROBLEMA DO REGRESSO AO INFINITO

Um dos (inúmeros) pontos fracos da tese da relativização da coisa julgada encontra-se na impossibilidade de se afirmar, com objetividade, quais os casos que podem ou devem ser julgados novamente, ainda que tenham sido apreciados no tempo devido pelo órgão competente.

Ainda que existisse essa possibilidade, como defendem certos autores, não há critério objetivo para se definir os contornos de uma nova decisão. Nesses casos, não há como se saber como o Judiciário deve agir.

Se a questão já foi exaustivamente apreciada pelas instâncias competentes, como decidir novamente a mesma questão? Os parâmetros anteriormente adotados serviriam? E no tocante às provas, não haveria preclusão? E a reabertura do caso se daria pela mera insatisfação da parte vencida? Nesse caso, qual o grau de insatisfação legitimaria a reabertura do caso? Quantas vezes se poderia anular uma decisão? Haveria algum limite?

Essas perguntas, que bem demonstram o quanto de instabilidade a tese da relativização pode trazer ao sistema, trazem à tona o problema da eternização dos conflitos.

Se é possível a anulação de uma sentença transitada em julgado, será, por dever de coerência, também ser aberta a possibilidade de se anular, a qualquer tempo, a decisão posterior que anulou a anterior. E assim sucessivamente. Essa situação (bizarra) não escapou da atenção de Gustavo Valverde:

“Uma primeira dificuldade que se coloca diante desse tipo de reflexão é a de que sempre será uma decisão judicial que decidirá que a coisa julgada viola a Constituição. E muitas vezes fica mesmo difícil evitar o regresso ao infinito, por meio de perquirições como esta: a decisão que decide pela in-

25. Idem, *ibidem*.

constitucionalidade da coisa julgada não será, também ela (ou somente ela), uma decisão inconstitucional, que redundará numa coisa julgada inconstitucional, e assim sucessivamente?”²⁶

Conforme já visto, é o Poder Judiciário quem detém, nos termos da Constituição Federal, legitimidade para decidir conflitos de interesses. E é também a Constituição que definiu, com fundamento no instituto da coisa julgada, que, em algum momento, as controvérsias devam ter um fim. É por essa razão que Moacyr Amaral Santos afirma que a procura da justiça não poder ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença tornasse imutável. E remata: “não houvesse esse limite, além do qual não se possa argüir a injustiça da sentença, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida”.²⁷

Ada Pellegrini Grinover, de seu turno, observa que “se um dos escopos da jurisdição — o social — consiste em *restabelecer a paz social pela eliminação das controvérsias*, parece correto afirmar que esse objetivo é também alcançado na medida em que são imutáveis os efeitos das decisões judiciais”.²⁸

Dessa forma, não merece crédito a tese, dos defensores da relativização, de que a decisão justa deva decorrer da aplicação dos princípios da “igualdade”, da “proporcionalidade”, da “razoabilidade”, etc. e que, em face da coisa julgada que viole a Constituição, deva ser reconhecido aos juízes um poder geral de cautela de controle incidental da constitucionalidade, que deve ser praticado até “de ofício”, para que se reconheça a inconstitucionalidade da decisão.

Gustavo S. Valverde, demonstra a fragilidade desse raciocínio, dizendo que “em hipóteses como essas, o juiz ou o tribunal nada mais estariam fazendo que substituir a ‘conveniência’, a ‘moralidade’, a ‘justiça’, a ‘proporcionalidade’ e a ‘razoabilidade’ da decisão transitada em julgado por uma outra ‘conveniência’, ‘moralidade’, ‘justiça’, ‘proporcionalidade’ ou ‘razoabilidade’, exatamente como ocorre com a devolução recursal. Ou seja, reabrir-se-ia a complexidade que houvera sido superada com a decisão, instaurando-se novamente uma discussão-*contra* com a (re)transferência do ônus da prova ao emissor da comunicação normativa, o que significaria aniquilar todo o benefício que a imposição da relação complementar autoridade/sujeito havia proporcionado em termos de redução de complexidade. E voltará sempre a mesma pergunta: qual a ‘conveniência política’, qual a ‘justiça’ e qual a ‘moral’ pressuposta na decisão que desconsidera a coisa julgada por violação à ‘conveniência’, à ‘justiça’, à ‘moral’, à ‘proporcionalidade’ e à ‘razoabilidade’?”²⁹

26. *Op. cit.*, p. 157.

27. *Apud*, VALVERDE, Gustavo S., *op. cit.*, p. 123.

28. *Idem*, p. 123-124.

29. *Op. cit.*, p. 196-197.

A tese da relativização da coisa julgada, ao que tudo indica, visa uma reabertura dos processos já decididos, objetivando uma *reinterpretação* desses casos à luz de um outro contexto. O problema é que não há garantia alguma de que essa nova interpretação, que é contrária a atual sistemática jurídico-constitucional, proporcione mais “justiça” para as partes. Abrir mão da segurança jurídica em troca de uma nova decisão judicial baseada em outros valores, diversos daqueles utilizados no primeiro julgamento, sob o argumento de que serão aplicados “princípios constitucionais” que, por natureza, são conceitos carregados de indeterminação, é, no mínimo, temeroso.

Para aqueles que já tiveram a experiência de acompanhar um processo judicial nos meandros dos fóruns deste país, desde seu pedido inicial até a decisão final e definitiva, perceberam que o trâmite normal das ações judiciais brasileiras é de pelo menos alguns anos (em alguns casos de mais de 10 anos). Figure-se, a partir disso, a hipótese de um processo que após anos de tramitação, mesmo após julgado, possa ser reaberto, a qualquer momento, sob a alegação de “injustiça” no julgado. A temeridade a que me referi acima constitui-se justamente nessa eternização de conflitos, que podem acontecer caso haja um abuso na violação a autoridade da coisa julgada.³⁰

7. O PROBLEMA DA INJUSTIÇA DE UMA DECISÃO JUDICIAL

Talvez o principal fundamento para se justificar a teoria da relativização da coisa julgada se encontre no problema da decisão judicial injusta que, por essa razão, não deve perpetuar seus efeitos, ou seja, a injustiça não merece estender-se no tempo. Para os que assim entendem, o Judiciário deve produzir decisões corretas, deve buscar o justo. As decisões que não se enquadram no correto, justo ou ético devem ser anuladas, ainda que transitadas em julgado. Abaixo, transcrevo as palavras de José Augusto Delgado, um dos defensores da tese da relativização, que bem representam esse pensamento que vem ganhando cada vez mais adeptos:

“Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento de justo e da confiabilidade nas instituições.”³¹

Esse modo de ver as coisas me lembra um certo modelo de jusnaturalismo, no qual se considera que a lei se funda em preceitos morais ou éticos, que lhe são ante-

30 Luiz Guilherme Marinoni, a esse respeito, conclui: “Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da ‘demora da justiça’, caminhando em sentido diretamente oposto àquele preconizado pela doutrina processual contemporânea”, *op.cit.*

31. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa julgada inconstitucional*. p. 97.

riores. Dessa forma, a moral serviria de base para o direito positivo, não podendo a norma jurídica desviar-se dessa moral, sob pena de não vir a ser considerada uma regra válida. Humberto Theodoro Júnior, legítimo representante dessa versão renovada do direito natural, afirma:

“A justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas”.³²

Como todo bom pensamento jusnaturalista, o acima exposto comporta algumas problematizações.³³

Não é novidade o fato de que os jusnaturalistas sempre encararam o ordenamento jurídico como algo que vai além da mera validade das leis. Para eles, as normas devem ser *valoradas* em conformidade com algum ideal de justiça. Dizendo o mesmo com outras palavras: *a norma só é válida se for justa*. Eis aí a tese que se esconde por detrás da argumentação tecida pelos adeptos da relativização da coisa julgada. Se a decisão é injusta, ela não pode transitar em julgado.

O problema está em se relacionar a validade de uma norma com algum padrão de justiça (qual padrão?).

Não se pode confundir juízo de validade com juízo de justiça. No primeiro, a norma é válida se produzida pelo órgão legitimado, pelo sistema, para tanto. No segundo, trata-se de um juízo de valor (com todas as dificuldades que isso possa criar) a respeito de uma dada situação prevista em lei. Alfredo Augusto Becker, em obra clássica, já advertia que “o jurista deve cuidar para não confundir o problema da *Justiça* da regra jurídica (sua conformidade com a moral ou o direito natural) com o problema da *validade* da regra jurídica, isto é, sua *juridicidade* e o conseqüente

32. Esse mesmo autor também disse que: “Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do devido processo legal e do processo justo. Dentro de tal ótica o que se reclama do processo é o resultado com toda sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem em seu favor a ordem jurídica. Não são suficientes, para esse mister, a ciência técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais do que o tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito do direito, pelo ato de julgar, corresponda, ao máximo, à garantia fundamental do processo eficaz e justo.” *Apud*, DELGADO, José Augusto. p. 104.

33. Norberto Bobbio, ao tratar do conceito de “natureza” adotado pelo jusnaturalismo de Spinoza, com humor, revela os problemas dessa teoria: “Como se sabe, Spinoza dá como exemplo o peixe grande que tem o direito de comer o peixe pequeno porque tem poder para tanto. O direito do peixe maior deriva do fato de que a natureza lhe dá esse poder é considerada boa em todas as suas manifestações. Todavia, o que pensam sobre a matéria os peixes menores? Muito provavelmente, pensariam que o poder natural não se confunde com o direito e que nem tudo o que é natural é bom pelo simples fato de ser natural.” *Locke e o direito natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 64-65.

poder de *incidir* infalivelmente sobre a hipótese de incidência, juridicizando-a, e a conseqüente irradiação dos efeitos jurídicos.”³⁴

A validade de uma norma, seja ela geral e abstrata ou individual e concreta, nesses termos, não passa por um juízo de valor próprio das questões éticas ou morais, vale dizer, uma sentença não pode ser anulada, máxime se transitada em julgado, pelo fato de alguém, não legitimado, considerá-la injusta. Conforme já dito, segundo o atual sistema normativo, é o juiz o órgão responsável pela proteção da Constituição. É ele que diz, de forma definitiva, se uma norma está de acordo com o texto constitucional. Fora disso, ingressa-se em um campo de subjetividades e incertezas acerca do justo, por não haver no mundo um único critério seguro para se identificar a decisão mais justa, moral ou ética.

Basta olharmos ao nosso redor para percebermos o alto grau de complexidade social que vivemos e percebermos que as opiniões a respeito do senso de justiça variam de grupos sociais para grupos sociais ou, em alguns casos, até mesmo de pessoa para pessoa. Não há uma uniformidade de pensamento a respeito de questões de justiça, de ética ou de moral.

Gustavo S. Valverde, atento a essa problemática nota, com o auxílio do magistério de Paulo de Barros Carvalho, que o princípio da justiça penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos o proclamam, fazendo dele até um lugar-comum, que se presta para justificar interesses antagônicos e até desconcertantes, sendo por isso que o autor sempre pede em nome da “justiça”, o réu sempre contesta em nome da “justiça”, o juiz sempre decide em nome da “justiça” e o tribunal sempre reforma em nome da “justiça”.³⁵

Decorre daí, que não se pode, a título de algo que pode vir a se tornar algo extremamente subjetivo, restringir o alcance de uma norma de hierarquia constitucional que traz segurança nas relações sociais regidas pelo ordenamento jurídico.

Nessa linha de argumentação, entendo que o conceito de justiça, se admitido, deve ser encarado apenas dentro do próprio contexto normativo em que se é discutido. Com isso quero defender aqui a tese de que a única justiça que se pode aferir com alguma dose de certeza e de confiança, válida para o sistema jurídico-normativo, é a de *justiça formal (ou instrumental)*, que é aquela que se extrai do complexo de regras do ordenamento e que resulta numa decisão final não mais passível de recurso, ordinário ou extraordinário. Para essa *justiça* o fundamental não é a busca por uma satisfação moral, ética ou política, difícil de ser encontrada em termos objetivos, mas uma resposta final para que os conflitos não se perpetuem no tempo e que sejam resolvidos de acordo com as regras instrumentais previstas na Constituição Federal e demais normas previstas no sistema.

34. *Teoria geral do direito tributário*, p. 79, apud VALVERDE, Gustavo S., *op.cit.*, p. 126.

35. *Op. cit.*, p. 160.

Nesse sentido, o instituto da coisa julgada não pode ser encarado como algo incompatível com a realização da justiça, pelo menos da *justiça formal* a que me referi acima. Como já foi observado, a coisa julgada coloca um ponto final nas discussões judiciais criadas pelas partes processuais, proporcionando um fim às relações interpessoais conflitivas que lhe são inerentes. Para o Direito, visto como sistema, é justamente esse sentimento de pacificação social que a decisão final proporciona é que importa. Esse pensamento também é compartilhado por Eurico de Santi e Paulo César Conrado quando advertem que: “a coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para a realização de outros negócios jurídicos. Faz, a seu modo, outra justiça: a formal, a única que importa para o direito. A segurança jurídica, realizadora da justiça formal, se sobrepõe a idéia de justiça material.”³⁶

8. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios, por definição, possuem um espectro semântico mais amplo que os das simples regras, justamente por não serem aplicáveis apenas para um único caso. Isso significa que a definição e os limites de aplicação de um princípio não são fáceis de se identificar. Pior, a própria definição do que é princípio não encontra unanimidade na doutrina.

Conforme explica Luis Prieto Sanchís, nem na linguagem do legislador, nem na dos juízes, nem na teoria do Direito existe um emprego minimamente uniforme da expressão *principios*. Ainda segundo Sanchís, recebem o nome de princípios as normas que se supõem axiologicamente fundamentais (como liberdade ou justiça), as mais genéricas ou que inspiram amplos setores do ordenamento (autonomia da vontade do Direito privado ou culpabilidade do Direito penal), as que indicam os fins da ação estatal (o bem-estar ou pleno emprego), as mais vagas ou que apresentam indeterminado o suposto fático de sua aplicação (a igualdade) etc.³⁷

Na questão da relativização da coisa julgada, entendo que há um equívoco conceptual por parte dos que defendem seu uso. Ao defenderem a prevalência do princípio da moralidade administrativa sobre o da segurança jurídica, por exemplo, não se está levando em consideração o fato de que não se tratam de valores que possam ser contrapostos ou iguados, uma vez que não são princípios da mesma

36. *Apud*, VALVERDE, Gustavo S., *op. cit.*, p. 124. Ainda segundo Valverde, a “justiça formal é o resultado prevalecente como decorrência do fechamento operativo do sistema jurídico. A formalização da justiça e da verdade decorrem da argumentação jurídica despendida no processo e dos instrumentos de legitimação (...), os quais permitem ao direito criar suas próprias verdades e, em conseqüência, sua própria idéia de justiça.”

37. SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Editorial Dyckinson, 1998. p. 48-49.

natureza. A segurança jurídica, como já se disse anteriormente, é pressuposto, fundamento e função do sistema normativo, enquanto que a moralidade administrativa decorre de outros princípios axiológicos que podem, ou não, ser aplicados ao caso concreto. Em outras palavras, a segurança exerce uma função instrumental de *funcionamento* do sistema, diferente da moralidade, que é uma *opção interpretativa* (de valoração) para casos individuais.³⁸

Correndo o risco de me tornar repetitivo, reafirmo que a *res judicata*, que é uma conseqüência do princípio da segurança jurídica, confunde-se com a própria atividade jurisdicional, impedindo que os litígios sejam permanentemente retomados. E isso nada tem a ver com a moralidade ou a ética de uma decisão judicial.

9. A COISA JULGADA COMO DOGMA

A coisa julgada vem sendo pejorativamente denominada de “dogma”. Fala-se até em exageros de “santificação” da *res judicata*.³⁹

No entanto, acredito que essa expressão se ajusta perfeitamente ao conceito de coisa julgada, ausente qualquer aspecto depreciativo. Se utilizarmos a distinção entre os enfoques dogmático e zetético muito bem descritos por Tércio Sampaio Ferraz Jr., pode-se concluir que não é absurdo falar em dogma da coisa julgada.

Para esse renomado professor, se em uma investigação acentuamos o aspecto pergunta, deixando os princípios abertos à dúvida, temos o enfoque zetético. Mas se, ao contrário, determinados elementos são subtraídos à dúvida, predominando o lado resposta, encontramos o enfoque dogmático. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas.⁴⁰

Para melhor elucidar essas diferenças, Tércio Sampaio Ferraz Jr. traz o seguinte exemplo: “para o sociólogo do direito a questão de se saber se funcionário público pode ou não fazer greve é uma questão aberta, na qual a legislação sobre o assunto é um dado entre outros, o qual pode ou não servir de base para a especula-

38. Luiz Guilherme Marinoni, sob ótica diversa, mas ainda assim percebendo que a segurança jurídica não pode ser tratada da mesma forma que o objeto da ação, afirma: “A coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão a qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas o seu objeto. Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão adequada, mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão”, *op. cit.*

39. Cf. Prefácio de Humberto Theodoro Júnior, p. 7, no livro que tem justamente o título de *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, de autoria de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina.

40. Cf. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 40-41.

ção. Sem compromisso com solução de conflitos gerados por uma greve de fato, ainda que legalmente proibida, o sociólogo se importará com outros pressupostos, podendo, inclusive, desprezar a lei vigente como ponto de partida para explicar o problema. Já o dogmático, por mais que se esmere em interpretações, está adstrito ao ordenamento vigente. Suas soluções têm de ser propostas nos quadros da ordem vigente, não a ignorando jamais. A ordem legal vigente, embora não *resolvendo* a questão da justiça ou injustiça de uma greve de funcionários públicos (a questão da justiça é permanente), põe um fim às disputas sobre o agir, optando por um parâmetro que servirá de base para as decisões (ainda que alguém continue a julgar injusto o parâmetro estabelecido — isto é, a dúvida permaneça no plano dos fatos e das avaliações sociais)⁴¹.

No presente trabalho, vimos reiterando a característica, própria do Direito, que se confunde com sua finalidade, que é a da resolução definitiva de conflitos. Nesse sentido, realço o aspecto dogmático do Direito, de possibilitar uma decisão e orientar a ação.

Entendo, assim, que para o pleno funcionamento do sistema, necessária a adoção de dogmas, no caso específico, da coisa julgada. E isso, considerando a função que cabe ao Direito, de regulamentar as conduta das pessoas, é absolutamente necessário.

10. CONCLUSÃO

Pretendi, neste modesto trabalho, apresentar alguns argumentos capazes de demonstrar que a coisa julgada não pode ser relativizada, da forma como alguns defendem, sob pena de colocar em risco a própria operacionalização do sistema.

Antes de finalizar, gostaria deixar claro que estou consciente de que alguns atos não merecem que seus efeitos se preservem no tempo, seja pelo fato de que foi produzido pelo órgão absolutamente incompetente, seja porque determinou a prática de ato impossível ou, ainda, em razão das ausências de pressupostos de existência do processo. Mas em todos esses casos não se trata de hipótese de coisa julgada, uma vez que, à evidência, de julgamento de ação não se tratou.⁴² Nesses casos, verificou-se apenas um simulacro de julgamento de processo. Nos demais casos, como nos de possível mau uso de dinheiro público ou de equívoco de paternidade, acredito que, mesmo em se tratando de casos evidentes, é preferível a manutenção dessas decisões, tidas como injustas, do que colocar em risco a integridade do sistema. Entre

41. *Idem*, p. 43.

42. Sobre essas decisões, que não têm aptidão para transitar em julgado, ver algumas dessas hipóteses na obra de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, já citada, principalmente o item 2.1 do segundo capítulo.




uma justiça material, que às vezes não se sabe muito bem qual é, e a justiça formal, que traz segurança nas relações jurídicas, opto pela última.

Por fim, a lição de Piero Calamandrei:

“Sócrates, na prisão, explicava com serenidade aos seus discípulos, num momento de eloquência jamais igualado por qualquer jurista, que a suprema razão social impõe que nos verguemos à sentença, até ao sacrifício da vida, mesmo se ela for injusta. Passando ao estado de coisa julgada, a sentença destaca-se dos motivos que a ditaram, tal como a borboleta que sai do casulo. A partir de então, já não pode ser mais classificada como justa ou injusta, destina-se a constituir o único e imutável termo de comparação, ao qual os homens se devem reportar para saber qual era, em tal ou tal caso, a expressão oficial da justiça.”⁴³

43. *Eles, os juizes, vistos por nós, advogados*, p. 28 e 29, apud VALVERDE, Gustavo S., p. 126.






CAPÍTULO XV

INEXIGIBILIDADE DE SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS


*Teori Albino Zavascki**

SUMÁRIO: 1. O tema — 2. As diversas posições doutrinárias a respeito — 3. Exegese do preceito normativo: constitucionalidade e alcance — 4. Especificidade das sentenças inconstitucionais sujeitas a rescisão por embargos — 5. Pressuposto indispensável: a existência de precedente do STF — 6. A questão do direito intertemporal: inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência — 7. Aplicação subsidiária às ações executivas *lato sensu* — 8. Suma conclusiva.

1. O TEMA



A teor do § 1º do art. 475-L, com a redação dada pela Lei 11.232/05, “*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*”. Redação idêntica foi atribuída ao parágrafo único do art. 741 do CPC, alterando, no particular, com pequenas modificações, a redação que lhe fora dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001. Os dispositivos, como se percebe, estabelecem uma causa de inexigibilidade (inibindo, portanto, a exequibilidade) dos títulos executivos judiciais, aqui referidos genericamente como sentenças. O presente estudo visa a investigar o sentido e o alcance desses dispositivos.



2. AS DIVERSAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO

Desde o seu surgimento em nosso direito positivo, na sua primitiva redação constante do parágrafo único do art. 741 do CPC, a matéria gerou polêmica na doutrina e na jurisprudência. Por um lado, há os que simplesmente consideraram o dispositivo inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada¹. É posicionamento que tem como pressuposto lógico — expresso ou implícito — a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constitui-

* Ministro do STJ – Professor de Direito na UNB

1. Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 1156; DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, n. 14, p. 21.

ção, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia do Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. Eis, sumariadas, as razões de Humberto Theodoro Jr., defensor dessa corrente:

“A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença dispondo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado”².

Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução (ou, se for o caso, à impugnação do devedor) uma eficácia rescisória muito maior que a prevista nos dispositivos ao início referidos, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio não nesses dispositivos infraconstitucionais, mas diretamente na Constituição. Ademais, a se admitir a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o princípio da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Comprometer-se-ia também um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, eis que se daria oportunidade à per-

2. THEODORO JR., Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 89, p. 94-95, jan./jun. 2004.

manente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgado, dando razão à precisa crítica de Barbosa Moreira:

“Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?”³

In medio virtus. Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade da norma, buscam dar-lhe o alcance compatível com o seu enunciado. Mesmo entre esses, todavia, há divergências. Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que (a) houver precedente do STF (b) em controle concentrado de constitucionalidade, (c) declarando (ainda que sem redução de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda⁴. E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também (a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (CF, art. 52, X); e também (b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado.⁵ Ambas as correntes — e nisso merecem crítica — embasam suas conclusões apenas na eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento da inexigibilidade das sentenças judiciais nos casos em que o precedente do STF em sentido contrário tenha eficácia *erga omnes*, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).

3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, n. 22, p. 108-109.

4. Nesse sentido, v.g: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, n. 4, p. 9-27.

5. Nesse sentido, v.g.: TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *RePro*, n. 106, p. 38-83.

3. EXEGESE DO PRECEITO NORMATIVO: CONSTITUCIONALIDADE E ALCANCE

A constitucionalidade da norma inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC e no § 1º do art. 475-L do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso.

Para estabelecer, mediante exegese específica, o conteúdo e o alcance desse novo instrumento, duas premissas essenciais devem ser consideradas: (a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; e (b) a de que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do STF.

4. ESPECIFICIDADE DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS SUJEITAS A RESCISÃO POR EMBARGOS

Realmente, os preceitos normativos comentados não têm a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica dispositivo da Constituição considerado não-auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

A solução oferecida pelo § 1º do art. 475-L e pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade neles não especificados. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns favoráveis à

“relativização”⁶ e outros negando-a peremptoriamente⁷. Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção, para tanto, dos mecanismos processuais estabelecidos nos dispositivos aqui comentados, mesmo que a hipótese extrapole dos limites neles estabelecidos. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado — por imposição do princípio da instrumentalidade — o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destinam os referidos mecanismos.

A inexigibilidade dos títulos judiciais, se refere, conforme expressa o texto normativo, a “(...) 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”. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.

Há um elemento comum às três hipóteses: o da *inconstitucionalidade da norma aplicada* pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.

A *redução de texto* é o efeito natural mais comum da afirmação de inconstitucionalidade dos preceitos normativos em sistemas como o nosso, em que tal vício importa nulidade: se o preceito inconstitucional é nulo, impõe-se seja extirpado do ordenamento jurídico, o que leva à conseqüente “redução” do direito positivo.

6. V. DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, op. cit., p. 83; DINAMARCO, Cândido. *A nova era do Processo Civil*. Malheiros, 2003. p. 220-266; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada — Hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

7. V. SILVA, Ovídio A. Batista da. Coisa julgada relativa? *RDDP*, n. 13, p. 102-112; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual — RDDP*, n. 22, p. 91-111; MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). *Gênesis — Revista de Direito Processual Civil*, n. 31, p. 142-162).

Há situações, todavia, em que a pura e simples redução de texto não se mostra adequada ao princípio da preservação da Constituição e da sua força normativa. A técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é utilizada justamente em situações dessa natureza, em que a norma é válida (= constitucional) quando aplicada a certas situações, mas inválida (= inconstitucional) quando aplicada a outras⁸. O reconhecimento dessa dupla face do enunciado normativo impõe que a declaração de sua inconstitucionalidade parcial (= aplicação a certas situações) se dê sem a eliminação (= redução) do enunciado positivo, a fim de que fique preservada a sua aplicação na parte (= às situações) tida por constitucional.

É assim também a técnica de interpretação conforme a Constituição, que consiste em “declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição”.⁹ Trata-se de instituto hermenêutico “visando à otimização dos textos jurídicos, mediante agregação de sentidos, portanto, produção de sentido”,¹⁰ especialmente para preservar a constitucionalidade da interpretação “quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou pluri-significativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição”.¹¹ Também nessa técnica ocorre, em maior ou menor medida, declaração de inconstitucionalidade: ao afirmar que a norma somente é constitucional quando interpretada em determinado sentido, o que se diz, implícita mas necessariamente, é que a norma é inconstitucional quando interpretada em sentido diverso. Não fosse para reconhecer a existência e desde logo repelir interpretações inconstitucionais, não haveria necessidade de utilização dessa técnica. Bastaria que se declarasse, simplesmente, a constitucionalidade da norma, julgando improcedente (e não, como o faz acertadamente o STF, procedente em parte) a ação direta de inconstitucionalidade¹².

Isso fica bem claro quando se tem em conta que a norma nada mais é, afinal, do que o produto da interpretação. “A interpretação”, escreveu Eros Grau, “é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. (...) Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de *interpretar*,

8. BITTENCOURT, Lúcio. *O controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 128.

9. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 317.

10. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 580.

11. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Almedina. p. 1099.

12. Sobre o tema, que não é pacífico na doutrina, ver: AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002. p. 101-103.

portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou *texto* (*preceito, disposição*)”.¹³ E observou, mais adiante: “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual pesquisamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser — a *interpretação* — uma atividade *que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas*. Observa Celso Antônio Bandeira de Mello (...) que ‘(...) é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admirável, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que resulta da interpretação. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma moldura. Deveras, quem outorga, afinal, o conteúdo específico é o intérprete, (...)’. As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é *um conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*. (...) As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando — através e mediante a interpretação — são transformados em *normas*). Por isso *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem — elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...)”¹⁴. À luz dessas considerações é que se tem como certo que a interpretação conforme a Constituição constitui também, em alguma medida, uma técnica de declaração de inconstitucionalidade: ao reconhecer a constitucionalidade de uma interpretação o que se faz é (a) afirmar a constitucionalidade de uma norma (= a que é produzida por interpretação segundo a Constituição) mas, ao mesmo tempo e como consequência, (b) declarar a inconstitucionalidade de outra, ou de outras normas (= a que é produzida pela interpretação repelida).

O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no art. 475-L, § 1º e no art. 741, parágrafo único do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para a situação em que foi aplicada, ou com o sentido adotado em sua aplicação.

5. PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL: A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO STF

Por outro lado, a segunda característica qualificadora da inconstitucionalidade que dá ensejo à aplicação dos citados preceitos normativos é a de que ela tenha sido

13. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78.

14. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, op. cit., p. 80.

reconhecida pelo STF. Já se disse que o novo mecanismo visa a solucionar, nos limites que estabelece, situações concretas de conflito entre o princípio da supremacia da Constituição e o da estabilidade das sentenças judiciais. E o fez mediante inserção, como elemento moderador do conflito, de um terceiro princípio: o da autoridade do Supremo Tribunal Federal. Assim, alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas a rescisão por via de impugnação ou de embargos, dispensada a ação rescisória própria. A existência de precedente do STF representa, portanto, o diferencial indispensável a essa peculiar forma de rescisão do julgado¹⁵.

Aliás, a inserção desse elemento diferenciador não é novidade em nosso sistema. Ela representa mais uma das várias hipóteses de valorização dos precedentes já consagradas no direito positivo, acompanhando uma tendência evolutiva nesse sentido percebida e anotada pela doutrina¹⁶. Também na ação rescisória em matéria constitucional o princípio da supremacia da Constituição, aliado ao da existência de precedente do STF, constituem um referencial significativo, conforme reconheceu o STJ em várias oportunidades, como, v.g., em precedente em que se destacou:

“Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que ‘violar literal disposição de lei’, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. (...) Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). (...) Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. (...) A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. (...) Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há

15. TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)*, op. cit., p. 57.

16. V. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 282.

violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF”¹⁷.

Pouco importa, para efeito de inexigibilidade da sentença exequênda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado. Tal distinção não foi estabelecida pelo legislador. A tese de que somente se poderia considerar os precedentes supervenientes à sentença exequênda não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade.

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se

17. Resp 479909, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.08.2004, ementa completa é a seguinte: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, ART. 485, V). MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO STF, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO AO DA SENTENÇA RESCINDENDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO. 1. Na interpretação do art. 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que “violou literal disposição de lei”, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. 2. Na esteira desse entendimento, editou-se a Súmula 343/STF, segundo a qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. 3. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). 4. Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. 5. Essa, portanto, a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC: em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente “violação a literal disposição de lei”, e, portanto, não se admite ação rescisória, quando “a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de “texto” constitucional. 6. A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira, a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional. 7. Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja “literal violação” a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional é contrária a pronunciamento do STF. 8. Recurso especial provido”.

manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária¹⁸. A recomendação da doutrina clássica — de que a eficácia *erga omnes* das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “efeito natural da sentença”¹⁹, está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. É assim na ação rescisória em matéria constitucional, conforme já se referiu, onde os precedentes do STF atuam com idêntica força, pouco importando a natureza do processo do qual emanam. É assim também para os fins do art. 481, parágrafo único do CPC, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.

Deve-se aplaudir essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países²⁰ e que, entre nós, está conduzindo, no plano do direito infraconstitucional, ao reconhecimento da idêntica força de autoridade às decisões do STF, em qualquer das circunstâncias processuais em que são proferidas. Não é por outra razão, aliás, que vozes importantes se levantam para sustentar o simples efeito de publicidade das resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988”²¹.

6. A QUESTÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL: INAPLICABILIDADE DA NORMA ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO EM DATA ANTERIOR À DA SUA VIGÊNCIA

O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 e o art. 475-N pela Lei 11.232/05. Sendo normas de na-

18. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001. p. 25.

19. BITTENCOURT, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, op. cit., p. 143; CASTRO NUNES, José. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 592.

20. SOTELO, José Luiz Vasquez. A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’. In: *Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de la bipolaridad ‘modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como critério analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa, *apud Parlamento y Constitución*. Universidad de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), n. 6, p. 1-53.

21. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 165.

tureza processual têm aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não podem ser aplicadas retroativamente. Como todas as normas infraconstitucionais, também elas estão sujeitas à cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada.²²

7. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA ÀS AÇÕES EXECUTIVAS *LATO SENSU*

Os embargos constituem instrumento processual típico de oposição à ação de execução. É o que estabelece o art. 736 do CPC: “*O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal*”. Portanto, não cabem embargos se não houver ação autônoma de execução, na forma disciplinada no Livro II do Código de Processo.

Ocorre que, no atual regime processual, em se tratando de obrigações de prestação pessoal (fazer ou não fazer) ou de entrega de coisa, as sentenças correspondentes são, segundo a linguagem da doutrina, “executivas *lato sensu*”, a significar que o seu cumprimento se operacionaliza como simples fase do próprio processo cognitivo original. Dispõe, com efeito, o art. 644 do CPC, na redação dada pela Lei 10.444/02, que “*a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo*”. E o art. 461, por sua vez, estabelece que “*na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que*

22. É nesse sentido a jurisprudência do STJ, como se pode ver, v.g., dos seguintes precedentes: Resp 667.362/SC, 1ª T., Min. José Delgado, julgamento em 15.02.2005; Resp 651.429/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ. 18.10.2004; Resp 718432, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.05.2005, com a seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. AÇÕES AJUIZADAS ANTES 24.08.2001. INAPLICABILIDADE. 1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC; 2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001). 3. Recurso especial a que se nega provimento”.

assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, providências essas que serão cumpridas desde logo, independentemente da propositura de ação de execução. Para tanto, pode o juiz “*impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito*” (§ 4º) e, ainda, “... *determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*” (§ 5º). Esse mesmo regime é aplicável às obrigações de entregar coisa, a teor do que prevê o art. 461A do Código.

Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender, nesses casos. Com efeito, não se pode descartar que, na prática de atividades executivas de sentença relativas a obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, haja excessos ou impropriedades ou outras das hipóteses elencadas no art. 475-L ou no art. 741 do CPC. Se não se assegurasse ao demandado o direito de se opor a tais medidas, estar-se-ia operando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Ao contrário de negar o direito de se defender, o atual sistema o facilita. É que, inexistindo ação autônoma de execução, a defesa do devedor pode ser promovida e operacionalizada como mero incidente do processo, dispensada a propositura da ação de embargos. Bastará, para tanto, simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva. Terá o devedor, ademais, a faculdade de utilizar as vias recursais ordinárias, notadamente a do agravo, quando for o caso.

Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para a impugnação e para os embargos à execução fundada em título judicial, de que tratam os já referidos artigos 475-L e 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexigibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que, nos termos do art. 644 do CPC, haja aplicação subsidiária desses dispositivos às ações executivas *lato sensu*.²³

8. SUMA CONCLUSIVA

Em suma, a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais, prevista no §1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 do CPC, está submetida aos seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do

23. Nesse sentido decidiu o STJ, no Resp 738.424, 1ª T, julgado em 19.05.2005, relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki.

dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independentemente de resolução do senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte). Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, quando o título executivo: a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Também estão fora do alcance daqueles preceitos normativos as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade neles referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. Os dispositivos, todavia, podem ser invocados para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, às quais têm aplicação subsidiária.





CAPÍTULO XVI

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

*Teresa Arruda Alvim Wambier**
*José Miguel Garcia Medina**

SUMÁRIO: 1. Observações gerais — 2. Sobre a relativização da coisa julgada — 3. *Querela nullitatis* e sentença fundada em norma declarada inconstitucional — 4. Ação rescisória por violação a princípios jurídicos — 5. Ação rescisória e sentença que julga ação de investigação de paternidade — 6. Sentenças juridicamente inexistentes — 7. *Querela nullitatis, actio nullitatis* e ação rescisória — 8. Referência bibliográfica.

1. OBSERVAÇÕES GERAIS

A expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa *bem julgado*. É fenômeno típico do processo de conhecimento o resultado final do processo de conhecimento normalmente atribui um *bem jurídico* a alguém. Define-se, assim, uma situação jurídica, estabelecendo-se a sua titularidade, passando esta definição, por causa da coisa julgada material, a ser imutável, razoavelmente estável ou marcadamente duradoura. Este bem jurídico é abrangido pela categoria dos direitos subjetivos.

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro.¹ Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas, cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada

* Mestre e Doutor(a) pela PUC/SP.

1. É interessante anotar-se que a função positiva da coisa julgada sempre foi ligada, no direito francês, à idéia de que a sentença, com o trânsito em julgado, se transforma num título que **faz prova**. Tradicionalmente, liga-se à função positiva da coisa julgada à presunção de verdade *juris et de jure*. Dá-nos conta Roger Perrot que é recente o reconhecimento, na doutrina francesa, da importância desta função positiva e esta vem sendo reconhecida quase que concomitantemente com a aceitação da idéia de Liebman no sentido de que eficácia e autoridade da sentença são coisas distintas (La cosa giudicata, recenti sviluppi nel diritto francese. *Riv. Dir. Processuale*, v. XXXVII, II serie, 1982, n. 1 a 14).

A idéia de que a coisa julgada se liga a uma *ficção de verdade* nasceu na época em que deixou de se conceber o direito unicamente como sistema de *actiones*, para que passasse a ser visto como um sistema de **direitos**, cujo gozo o **processo** teria a função de propiciar. Neste contexto é que se firmou o caráter meramente declaratório da sentença. A coisa julgada era vista como a imposição da declaração de verdade contida na sentença. A partir daí não foi difícil conceber-se a coisa julgada como ficção de verdade, como verdade formal ou presunção de verdade. Esta fórmula teve intensa difusão, tendo sido defendida por Savigny e Pothier, mas hoje estão definitivamente superadas (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 1984. p. 15-16).

material traduz-se, no que diz respeito à sua função negativa (proibição do *bis in eadem*), na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

Alegada a existência de coisa julgada, cabe ao Magistrado, exercendo seu dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo, proferindo sentença processual, sem exercer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença. É a função *negativa* da coisa julgada, de que há pouco se falou.

Vê-se, portanto, que a coisa julgada exerce função *positiva e negativa*, no Direito, que se explicam a partir do princípio da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, e desenvolve-se, consoante escreve José Joaquim Gomes Canotilho, em torno de dois conceitos basilares: o da *estabilidade* das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, através de procedimentos legalmente exigidos; o da *previsibilidade*, que “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.²

Como se disse, trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e realização do Direito.³ Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada — muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no art. 5º, inc. XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada — porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito “se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança.”⁴

Esta, pois, é a finalidade da coisa julgada, e seu respectivo embasamento jurídico.⁵

2. SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Tamanha é a relevância que se atribuía à coisa julgada, que habitualmente se dizia que se tratava de instituto capaz de transformar o preto no branco, e quadrado no redondo.

2. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 259-260.

3. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, op. cit., p. 252.

4. Cf. ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. v. 1. p. 19.

5. Disso não se extrai seja nossa opinião a de que, no caso, se estaria diante de uma garantia constitucional. Como se viu, o *princípio jurídico* em questão significa a inalterabilidade das decisões oriundas do órgão jurisdicional *salvo quando concorrerem circunstâncias relevantes*. Por isso cumpre ao Direito estabelecer (a) quais as decisões capazes de adquirir a aludida estabilidade e (b) os casos em que a decisão judicial, embora tendo sido atingida pela coisa julgada, possa, ainda assim, vir a ser desconstituída, estabelecendo os fundamentos relevantes que o justificam.

Hoje se tem consciência mais nítida da função instrumental do processo e não se deseja que haja um fosso, uma distancia exagerada, entre a realidade real e aquela criada pelo processo. Este deve, sempre que possível, caminhar rente àquela.

Nota-se na comunidade jurídica certa dose significativa de inconformismo, e uma disposição digna de nota em abrir mão do valor segurança, em certa medida, em função da perspectiva de obtenção de maior efetividade.

Sintomas, que nos parecem evidentes, desta disposição, são o instituto da antecipação de tutela, a tutela específica e também, talvez principalmente, a possibilidade de haver atos de alienação em execução provisória.

Nesse contexto é que nasceu, no seio da comunidade dos processualistas, a inquietação relativamente à situação de se eternizarem efeitos de sentenças que talvez nunca devessem ter sido proferidas. E se começou a pensar que o valor que tradicionalmente sempre se deu à coisa julgada deveria ser mitigado.

Pareceu-nos recomendável, então, que se propusessem parâmetros razoavelmente objetivos para que não fosse comprometido indesejavelmente o valor segurança, de modo desnecessário.

Assim é que pensamos em duas dimensões de trabalho hermenêutico : 1º) alargar-se a interpretação que vem sendo dada aos incisos do art. 485 do CPC, entendendo, *de lege lata*, pela via interpretativa, serem, alguns deles, mais abrangentes do que entende a doutrina tradicional.

2º) Reconhecer-se que há certos “defeitos”, de que podem padecer sentença e processo, que, pura e simplesmente, por serem demasiadamente graves, impedem a formação da coisa julgada. Trata-se das sentenças juridicamente inexistentes.

Trabalhando nestes dois planos diferentes, sempre *de lege lata*, pensamos ter conseguido abrir caminhos, baseados em parâmetros razoavelmente seguros, para que se possa pensar numa coisa julgada com feições um pouco diferentes, com o valor e a importância suavemente mitigados, sem comprometer fundamento o valor segurança, o que, em nosso entender, é indesejável.

3. QUERELA NULLITATIS E SENTENÇA FUNDADA EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL

Em princípio nos parece que, em linhas gerais, o regime jurídico a que se submete a sentença que ofende a Constituição Federal é o da rescindibilidade, idêntico àquele ao qual se submete a sentença que ofende a lei (art. 485, V, do CPC).

Pensamos também, conforme se explicará adiante, que as sentenças que são inconstitucionais *porque acolhem pedidos inconstitucionais*, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados

por meio de mero exercício de direito de petição (e não de direito de ação!) já que não havia possibilidade jurídica do pedido.

Há algumas outras peculiaridades, todavia, que devem ser levadas em conta no que tange aos casos de ofensa à Constituição Federal.

Na doutrina brasileira, sempre prevaleceu a tese de que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta tem *efeito retroativo*. Na verdade, ocorrendo essa declaração, tem-se que a lei rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior.

Em princípio, de acordo com o art. 27 da Lei 9868/99, esta é a regra, podendo ser afastada quando “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” levarem ao STF, por maioria de dois terços de seus membros, a RESTRINGIR os efeitos da declaração ou decidir que estes efeitos se produzam *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado). Vê-se, pois, que este dispositivo tem caráter excepcional e que a regra geral é a de que a decisão tem efeitos *ex tunc*.

Portanto, segundo o que nos parece, tendo sido atendido pedido formulado pela parte com base em lei inconstitucional, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente).⁶ Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da *necessidade*, mas da *utilidade* da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada.

O fundamento para a *ação declaratória de inexistência* seria a *ausência* de uma das *condições da ação*: a *possibilidade jurídica do pedido*. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação *não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC*.

Todavia, para aqueles que não admitem tal categoria, pode-se pensar em rescindibilidade por *falta de fundamento*, já que nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica as decisões judiciais devem necessariamente fundamentar-se em *lei*, ainda que à lei, como fundamento central das decisões do juiz, possam-se acrescentar doutrina, jurisprudência, princípios jurídicos etc. Neste caso, *a lei*, expurgada do

6. Semelhantemente, decidiu-se que “lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. *Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente*, inibida qualquer alegação de direito adquirido” (STJ, 5.ª T., EDROMS 10527-SC, rel. Min. Edson Vidigal, j. 03.02.2000, DJU 08.03.2000, p. 136; grifou-se).

sistema jurídico, *não existe*. A rescindibilidade se daria com fulcro nos arts. 485, inc. V, e 458, do CPC, combinados.

Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar *como se a lei nunca tivesse existido*. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*. Trata-se de postura mais afeita ao direito público e que proporciona, em nosso sentir, a mais adequada compreensão do tema⁷.

A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente. É, pura e simplesmente, um *fato jurídico*,⁸ cujos efeitos, às vezes, devem ser conservados, em nome de outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27 da Lei 9868/99.

4. AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A redação do art. 485, inc. V, do CPC, é reminiscência de uma época em que se acreditava ser a afronta a literal dispositivo legal o mais grave desacato possível à ordem jurídica.

No século XIX, pode se dizer que existia uma crença razoavelmente generalizada no sentido de que a lei representava a vontade do povo. Entendia-se que o texto legal era a síntese das aspirações da sociedade. Confiava-se na lei como sendo a única forma de garantir o povo contra arbitrariedades.

Com a crescente complexidade das sociedades, com a ascensão das massas organizadas e reivindicantes, tornaram-se mais rarefeitas as noções de bem comum, passou a ser mais difícil diferenciar-se o justo do injusto, o bem do mal. Paulatinamente, já não se vinha entendendo a lei como legítima para transmitir a vontade do povo.

7. A esse propósito, ensina Paulo Otero: “O artigo 282º da Constituição formula como princípio geral o carácter retroactivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral: a norma declarada inconstitucional desaparece da ordem jurídica, tudo se passando, em princípio, como se ela nunca tivesse sido produzida (inconstitucionalidade originária) ou deixasse de vigorar a partir da data da entrada em vigor da norma constitucional posterior (inconstitucionalidade superveniente).” *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex – Jurídicas, 1993.

8. Nesse sentido é o voto do Min. Leitão de Abreu, proferido no julgamento do RE 79.343-BA — 2ª T — j. em 31/Maio/1977, RTJ 82/791.

As sociedades passaram a ser “inclusivas”, ou seja, passou a haver o fenômeno da incorporação à sociedade institucionalizada de camadas e indivíduos que, séculos antes, estariam totalmente à margem do grupo que desfrutava da situação que, na linguagem, de hoje chamaríamos de “cidadã”. Conseqüentemente, começou a existir revezamento de grupos nos centros decisórios.

Isto porque, em função da complexidade das estruturas sociais, da vertiginosa velocidade com que se sucedem os fatos no mundo contemporâneo e do efetivo maior acesso à justiça que hoje existe, para os conflitos levados ao Judiciário *nem sempre há soluções “prontas” na lei*. Com isto, quer-se dizer que o método subsuntivo clássico, principal instrumento da lógica aristotélica, à qual a dogmática tradicional é afeiçoada, passou a revelar-se como insuficiente, em grande parcela de casos.

Pensamos que a expressão “solução normativa” é adequada para designar a decisão judicial, quando esta é fruto da combinação de vários elementos do sistema e desemboca na solução do caso sem que tenha sido usado exclusivamente o método silogístico, tendo o texto da lei o papel de uma das premissas. No processo decisório, em um número cada vez mais expressivo de casos, usam-se princípios, lei, jurisprudência e doutrina.

A vinculação a esses elementos adequadamente manejados e combinados de forma a desembocar na decisão do caso concreto tem sido considerada suficiente para que se entenda ter sido respeitado o princípio da legalidade.

Entende-se ser, hoje, ultrapassada a noção de *princípio da legalidade* como significativa de que o juiz deva decidir *estritamente vinculado ao texto legal*. Esta concepção só faz sentido num contexto em que se entenda a lei como legítima representante da vontade geral e não num contexto como o atual. *A lei deve ser obedecida, tal como a entende a jurisprudência dominante, baseada na doutrina e nos princípios por ela versados*.

Disso resulta que não se pode negar ser efetivamente possível que o juiz decida com base em princípios, pelo menos fundamentalmente, embora no nosso sistema, como regra, não se possa dispensá-lo de apoiar-se também na lei. *Mas às vezes os princípios desempenham função tão relevante na formação da “solução normativa”, que acabam por contribuir para a produção de uma decisão contrária à letra da lei, mas perfeitamente compatível com o sistema*.

Um dos caminhos que nos parece ser adequado para que se consiga evitar a cristalização de situações indesejáveis, ou seja, a subsistência, para “todo o sempre”, de decisões que afrontam o sistema, é entender-se que estão abrangidas pelo art. 485, inc. V, do CPC decisões em que se tenham feito incidir princípios, que deveriam ter sido afastados, ou em que se tenham afastado princípios, que deveriam necessariamente ter sido aplicados na busca da “solução normativa”.

Paulatinamente vem sendo dada, nos sistemas jurídicos contemporâneos, maior importância aos princípios, justamente como alternativa ao abandono da exigência no sentido de que o juiz tenha que decidir com base estrita e exclusivamente na *letra da lei*.

A existência e a incidência dos princípios jurídicos garante a subsistência de parâmetros, embora menos visíveis e óbvios (mais “rarefeitos”), tirando o foco do valor segurança sem vê-lo, todavia, desaparecer.

Sabe-se que nem sempre aos princípios se deu a importância que têm hoje. No século XIX até o início do século XX, os princípios eram conectados ao jusnaturalismo, inseridos num contexto privatístico e vistos como “normas” programáticas, como que elementos de uma espécie de “carta de intenções”. Foram deixados de lado no auge do positivismo, para, paulatinamente, assumirem a função de “fonte subsidiária do direito”.

A inclusão dos princípios nos códigos, na verdade, só se deu em função da necessidade de que, no sistema posto, não houvesse lacunas, necessidade esta criada por postulados positivistas. Assim, encampados os princípios pelos textos legais, ao se decidir com base nos princípios, se estaria, “no fundo”, decidindo com apoio no texto da lei.

Com o passar do tempo, os princípios passaram a ter importância para o direito público e a tendência é a de que passem a integrar cada vez mais as Constituições.⁹

Parece poder-se ver nos princípios uma opção valorativa da sociedade. Diz-se, por isso, que princípios exprimem valores.¹⁰

Não precisam estar escritos, positivados, mas são vistos, apesar disso, como direito.¹¹

Os princípios, cuja existência é por vezes intuída da leitura das normas postas, dão coesão, unidade e imprimem harmonia ao sistema. Desempenham o papel de vetores interpretativos, muitas e muitas vezes.

9. Consultar-se, com proveito, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Malheiros, 1996. p. 259 e ss.

10. ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, 1998. p. 13-14.

11. Como princípio relevantíssimo não expresso no direito brasileiro, temos o princípio da proporcionalidade, de que adiante se falará com mais vagar. “No Brasil, o princípio da proporcionalidade ainda não mereceu o acesso devido ao Direito Constitucional, ou mesmo ao Direito Administrativo, seguindo a tradição latina e a orientação positivista, que se vem de referir (v., porém, COMPARATO, 1996. p. 113 e ss). O momento atual, porém, se mostra extremamente propício à sua recepção com a entrada em vigor da nova Constituição, para vir ao encontro dos reclamos da sociedade brasileira por uma ordem sócio-política equânime. A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como ‘norma fundamental’, nos termos da Teoria Pura kelseneana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo ‘posta’ (positivada) e ‘pressuposta’ (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo). Por isso, haveria mesmo uma incompatibilidade sua com uma prescrição na forma de uma proposição normativa, pois trata-se de um princípio denominado ‘aberto’ por Larenz (1995, p. 308 e ss), em contraposição àqueles formulados normativamente (*rechtssatzförmige Prinzipien*)” (GUERRA F^o., Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. Celso Bastos Editor, 1999. p. 79).

Há princípios opostos, que incidem, ou um, ou outro, em função das peculiaridades do caso. Afastado um princípio, nem por isso fica o princípio posto de lado comprometido em tese. Sua incidência pode ter lugar num outro caso, despido daquelas peculiaridades.

São, todavia, sempre genéricos e não dizem respeito a uma situação específica. Sua formulação é aberta. Não são como as regras positivadas que contém, normalmente, em sua formulação, a descrição da ocasião (= do quadro fático) em que devem incidir.

Daí decorre uma das imensas dificuldades em se demonstrar o desacerto de uma decisão judicial fortemente baseada em princípios, que não negamos.

O modo como o art. 485, inc. V, do CPC está redigido pode, de fato, dar-nos a impressão de que só cabe ação rescisória quando, ao longo do processo ou na parte decisória da sentença (ou seja, tratando-se de ofensa à lei processual ou à lei material), tenha-se afrontado A LETRA DA LEI.

Embora talvez tenha o legislador querido significar ofensa realmente a *literal disposição de lei*, não nos parece que, por tudo o que até agora se disse, deva ser este contemporaneamente o sentido atribuído a tal inciso.

Já dissemos que a redação do art. 485, inc. V, do CPC é reminiscência de épocas em que se dava mais importância à letra da lei do que a qualquer outro elemento do sistema.

A expressão *lei* diz respeito a lei federal, complementar, ordinária, Constituição Federal, leis estaduais, municipais, medidas provisórias, decretos legislativos etc. E, em nosso entender, abrange também os princípios jurídicos.

Concebe-se hoje que o desrespeito a princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais. Logo, a conclusão não poderia ser outra se não a de que o desrespeito a princípios deve entender-se hoje como alcançado pelo art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil.

É a opinião de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira.¹²⁻¹³

Merece citação trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Milton Luiz Pereira¹⁴ — “liberta a *interpretação construtiva* da norma legal, na aplicação dinâmica do direito, não se constituindo como instrumento restrito só ao exame de literal violação da lei, escravizando a ordem jurídica ao formalismo impiedoso”.

Pelas mesmas razões que aqui nos levaram a sustentar serem *rescindíveis* sentenças em que se fizeram incidir princípios que não deveriam ter incidido, ou em que se

12. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 130, n. 78.

13. *Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 260.

14. v.m. em 25.05.2000 — DJ 11.09.2000 — Embargos Infringentes em Ação Rescisória 429 — BA 1995 / 0029492-3.

afastaram princípios à luz dos quais deveria a lide ter sido julgada, sustentou Ovidio A. Baptista da Silva, em iluminado parecer,¹⁵ ser passível de controle pela via do recurso especial decisão que ofende princípio jurídico, opinião que também tem sido sustentada, em outros trabalhos, pelos autores do presente estudo.¹⁶

De fato, se se consegue demonstrar que a incidência dos princípios (que não incidiram) ou o afastamento de princípios (que deveriam ter incidido) *deveria ter levado a uma decisão DIFERENTE da que foi proferida*, não há como se deixar de equiparar esta situação à da ofensa a lei, para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via dos recursos excepcionais e da ação rescisória.¹⁷

5. AÇÃO RESCISÓRIA E SENTENÇA QUE JULGA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Diz-se, que o pedido julgado improcedente em ação de investigação de paternidade não transita ou pode não transitar em julgado. É que, em tais casos, não teria chegado o juiz a afirmar que o direito efetivamente inexistia, mas apenas que não teria sido provado.

A solução indicada é instigante. É que evoca o exame de diversas outras questões, tais como: (a) a distinção entre extinção do processo sem julgamento do mérito e improcedência do pedido ante a ausência de provas; (b) a coisa julgada *secundum eventum probationis*; (c) a ausência de coisa julgada nas ações que versam direitos indisponíveis, quando o autor carece de provas para demonstrar tal direito.

Inicialmente, cumpre ressaltar-se que não se confundem a extinção do processo sem julgamento do mérito e a improcedência do pedido em virtude da ausência de provas. É que, neste último caso, o pedido terá sido julgado em atenção às regras do ônus da prova (CPC, art. 333), e o juiz cinge-se a afirmar que a pretensão do autor (isto é, aquilo que se pede) é improcedente.¹⁸ Ademais, afirmar-se que faltaria um

15. *Recurso especial por violação de princípio jurídico*, RT 738, p. 100/111.

16. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. RT, 2002. p. 260-283 e 337-350; MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, item 3.2.3.6., p. 255 e ss.

17. Nesse sentido, se decidiu recentemente que “a interpretação do artigo 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4º da LICC)” (STJ, 1ª Seção, AR 822-SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 26.04.2000, DJU 28.08.2000, p. 50).

18. *No mesmo sentido*, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que “a coisa julgada ocorre inexoravelmente no processo, tenham ou não sido produzidas provas. Não é possível a repositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas (op. cit., p. 904, nota 7 ao art. 467 do CPC). *Em sentido contrário*, Maria Berenice Dias afirma que a ausência de prova da paternidade gera a “falta de pressuposto ao eficaz desenvolvimento da demanda, ou seja, impossibilidade de formação de um juízo de certeza, o que impõe a extinção do processo nos precisos termos do inc. IV do art. 267, do CPC”, que, “tecnicamente, é uma sentença terminativa” (op. cit., p. 20-21). De acordo com a opinião da autora citada, assim, a ausência de prova seria equiparável à ausência de um pressuposto processual.

pressuposto processual, em tais casos, significaria admitir-se um *non liquet* no caso, porquanto o juiz somente julgaria se estivesse convencido da existência do direito, e o pedido, em tais ações, jamais poderia ser julgado improcedente.¹⁹

O que poderia ocorrer — mas no caso não ocorre, ante a ausência de previsão legal — é que se regulasse tal espécie de ação de modo que a sentença fizesse coisa julgada *secundum eventum probationis*. Em tais casos, concluindo o juiz pela ausência de provas, o ordenamento pode optar, de duas, por uma das seguintes soluções: ou o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito, ou o objeto é decidido sem caráter de definitividade, nada impedindo que algum dos interessados mova ação como base em nova prova, tal como ocorre em relação às ações coletivas (cf. art. 103 da Lei 8078/1990).²⁰

Por outro lado, poder-se-ia dizer, contrariamente ao que ora se afirma, que a ação fundada em exame de DNA teria causa de pedir diferente e, portanto, não se poderia falar em coisa julgada, no caso.²¹ Não nos parece, contudo, seja juridicamente correta semelhante orientação. É que a prova é o *veículo do fato provado*, este sim elemento integrativo da causa de pedir. Fosse correta tal orientação, em qualquer ação não haveria coisa julgada se surgisse nova prova (p.ex., julgado improcedente pedido de anulação de ato jurídico fundado em erro, pode surgir nova testemunha acerca do aludido erro, o que permitiria discutir-se novamente a causa).

Mas há, por fim, um outro argumento igualmente relevante, posto à base da teoria de que não ocorreria coisa julgada, em tais situações. É que a ação de investigação de paternidade versa sobre direitos indisponíveis e, por tal razão, a improcedência do pedido jamais poderia gerar coisa julgada.

Não se pode descuidar que o direito processual civil, de um modo geral, é permeado pelo *princípio da disponibilidade* — em oposição quanto a este ponto ao direito processual penal.²² No caso de tutela de direitos indisponíveis, portanto, haver-se-ia de estipular *um micro-sistema diferenciado*, já que o sistema atual, sabidamente criado, originariamente, para a tutela de direitos patrimoniais, não mais se mostra adequado para a tutela dos direitos disponíveis — e a ação de investigação de paternidade é um dos exemplos mais interessantes, a respeito, embora não seja o único. De todo o modo, embora indisponível o direito em questão, seria inadmissível a vedação do manejo de ação tendente à sua tutela (cf. art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal). Então a ação (*em tese*) deve ser admitida; mas daí a dizer que não pode

19. Crítica semelhante é realizada, na doutrina portuguesa, por João de Castro Mendes (*Limites objectivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968. p. 26).

20. Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. n. 22.3, p. 118.

21. O efeito negativo da coisa julgada, como é curial, somente ocorre se diante de ações idênticas quanto aos seus três elementos (partes, causa de pedir e pedido).

22. Cf. Arruda Alvim, op. cit., v. I, p. 104.

ocorrer coisa julgada em relação às decisões que disponham sobre os direitos indisponíveis vai uma distância considerável.

Com efeito, partindo do conceito de coisa julgada antes referido, esta consiste na imutabilidade dos efeitos do comando judicial contido na sentença. Nada impede que as partes disponham diferentemente sobre os efeitos da sentença. Por isso, parece não ser contrário ao direito o reconhecimento de paternidade, realizado pelo pai, posteriormente à sentença que julga improcedente o pedido em ação de investigação de paternidade. É que o direito, que para o suposto filho é indisponível, para o suposto pai é *relativamente* indisponível (isto é, a norma permite ao pai o reconhecimento do filho, mas lhe veda a renúncia a tal direito).²³

A indisponibilidade do direito, deste modo, se manifesta sob diversos matizes, e pode-se acrescentar ao problema que o conceito de paternidade também tem sido objeto de evolução, entre nós, de modo que a “paternidade biológica” passa a ser apenas uma das espécies de paternidade, mas não a única.²⁴

Considerando-se corretas as assertivas estabelecidas nos itens anteriores — especialmente no antecedente — há que se admitir que a sentença proferida em ação de investigação de paternidade, no direito brasileiro, é acobertada pela coisa julgada, sujeitando-se, quanto à possibilidade de rescisão, ao regime estabelecido nas normas processuais aplicáveis ao caso.

Mas há varas situações distintas a serem analisadas, merecendo análise mais acurada as seguintes: (a) cabimento de ação rescisória contra sentença que julga procedente ou improcedente o pedido com o intuito de se produzir o exame de DNA no curso da ação rescisória; (b) cabimento de ação rescisória contra sentença que julga procedente ou improcedente o pedido, fundada em exame de DNA realizado após a sentença; (c) cabimento de ação rescisória contra que julga procedente ou improcedente o pedido, fundada em exame de DNA realizado mais de dois anos após o trânsito em julgado da sentença.

Os mesmos argumentos que empregamos para refutar a orientação de que não haveria coisa julgada, no caso, servem para justificar a inadmissibilidade de ação

23. Por isso é que se justifica a audiência de *conciliação*, em ação de investigação de paternidade, mas não a *transação* (em seu sentido estritamente técnico-jurídico, e não como sinônimo de “acordo”). É possível a conciliação porque é possível o *reconhecimento*, mas qualquer outra das formas de disposição de direito (como a renúncia) é vedada, no caso.

24. Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: *Grandes temas da atualidade — DNA como meio de prova da filiação*. p. 67-71. BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade — Posse de estado de filho*, p. 161, afirma que “se é certo que os avanços da ciência possibilitam plena identificação dos descendentes, sabe-se, hoje, até por imposição ética e moral, que verdadeira paternidade é caracterizada pelos vínculos estreitos que confortam e integram a relação paterno-filial, em que afeto, proteção e convivência harmoniosa são fatores que alimentam esse precioso e indispensável grupo na formação de uma sociedade humanitária, que é a família”. Na doutrina Argentina, Eduardo A. Sambrizzi, op. cit., n. 83, p. 177-178.

rescisória, quando a parte autora conta com a possibilidade de produzir, no curso desta ação, o exame de DNA.²⁵

Em acréscimo aos argumentos aduzidos antes, há que se lembrar que é controversa a questão relativa ao dever de o réu fornecer material para o exame genético²⁶ e, mesmo que este se negue realizar o exame de DNA, disso se poderia extrair, no máximo, e como tem sido dito na jurisprudência, alguma presunção de que este fosse pai.²⁷⁻²⁸ Mas esta simples presunção, segundo pensamos, não é suficiente para permitir o ajuizamento de ação rescisória.

Diversa se mostra a questão no caso em que o autor da ação rescisória já dispõe de exame de DNA que demonstra a existência (ou inexistência) do vínculo genético.

Neste caso, poder-se-ia argumentar que não seria cabível ação rescisória, porquanto não há previsão, no art. 485 do CPC, de admissibilidade de ação rescisória

25. No mesmo sentido: “A possibilidade de realização de exame pelo método do DNA noticiada por ofício, não tem o condão de reabrir a instrução e propiciar o reexame do mérito da ação de investigação de paternidade com decisão já transitada em julgado, não se caracterizando tal ofício como documento novo nos moldes insculpidos no art-485, VII, do CPC” (TJRS, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes n. 70003558335, rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade, j. 12. 04.2002).

26. Nos Tribunais Superiores, tem prevalecido a orientação contrária à obrigatoriedade de se submeter à coleta de tal material. Assim, no STF: “Investigação de paternidade — Exame DNA — Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas — preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer — provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF, Pleno, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, DJU 22.11.1996, p. 45686); “DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende — de resto, apenas para obter prova de reforço — submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria” (STF, 1.ª T., HC 76060-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.03.1998, DJU 15.05.1998, p. 44). No STJ: “Investigação de paternidade. Exame DNA. Embora se trate de prova cuja produção é conveniente, não é impositivo seja realizada, se já existentes outros elementos que bastem à formação do convencimento do juiz. Hipótese em que a autora requereu sua produção e o investigado absteve-se de a isso aquiescer, o que era indispensável, dada a natureza da prova” (STJ, 3.ª T., REsp 248277-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 09.05.2000, DJU 21.08.2000, p. 126).

27. “Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai. [...]. Todavia, tal presunção não é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou à sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos” (STJ, 4.ª T., REsp 409285-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 07.05.2002, DJU 26.08.2002, p. 241).

28. Semelhantemente, na doutrina argentina, Eduardo A. Sambrizzi, op. cit., n. 81, p. 176.

com base em exame pericial. Nota-se, no entanto, que o referido preceito legal permite o ajuizamento de ação rescisória com base em “documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (CPC, art. 485, inc. VII).

Seria o exame de DNA equiparável ao “documento novo” a que se refere o aludido preceito legal? Interpretação literal certamente levará à resposta negativa. Insta, no entanto, investigar o motivo pelo qual o legislador manifestou predileção pelo “documento”, nada referindo a outros mecanismos probatórios (testemunhas, por exemplo). Noticia-se na doutrina que a prova testemunhal teria sido preterida ante o seu elevado grau de incerteza.²⁹ Mas não parece que este mesmo argumento pode ser estendido à prova pericial. Pelo contrário, comparando-se a prova documental com uma prova pericial conclusiva, pode-se dizer que esta é uma prova mais “segura” que a documental. A propósito, observa Moacyr Lobo da Costa que “a palavra documento deve ser entendida em senso lato, compreensivo de qualquer prova real, *mesmo crítica*, pois que a *ratio legis* é certamente de excluir somente a prova testemunhal”.³⁰

Por isso, parece-nos, *data venia* de orientação contrária, que, *se é admissível a ação rescisória com fundamento em documento novo, com muito mais razão deve-se admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em exame pericial novo*.

Aliás, em ação rescisória fundada em “documento novo”, não é o documento que servirá de fundamento para a rescisão da sentença, *mas o fato declarado, atestado ou reproduzido* no documento.³¹ O documento, *per se*, servirá para a admissão da rescisória, mas para os juízos rescindente e rescisório, mais que isso, se deverá verificar se o fato reproduzido no documento é capaz de assegurar pronunciamento favorável ao autor. Semelhante raciocínio pode ser realizado com o exame pericial, porquanto este também significa a representação de uma constatação técnica, que servirá de base à realização de um novo julgamento, conforme o caso.

29. Assim já sucedia no direito romano e nas legislações que o precederam. No entanto, a história demonstra que “a menor estima pelo testemunho oral e o maior crédito concedido ao documento” são fenômenos que ocorreram simultaneamente (cf. COSTA, Moacyr Lobo da. Rescisória por descoberta de documento novo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*, p. 241; quanto à desconfiança em relação à prova testemunhal no direito comparado, cf., do mesmo autor, p. 255 do texto citado).

30. Op. cit., p. 256; grifou-se.

31. Os exemplos citados por Luiz Eulálio de Bueno Vidigal dão conta disso: “uma confissão de recebimento de quantia por empréstimo, uma declaração escrita de que foi simulada quitacao dada anteriormente; em ação de petição de herança cumulada com investigação de paternidade, confissão escrita da paternidade pelo autor da herança; em ação de desquite, confissão escrita de adultério” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI. p. 143). Em todos estes casos, o fundamento do novo julgamento será a *declaração* contida no documento, e não o documento *per se*.

Assim, se é possível o ajuizamento de ação rescisória com fulcro em “documento novo”, deve-se admitir, *a fortiori*, o manejo da mesma ação com base em exame pericial novo.³²

Esta orientação, a propósito, vem sendo acatada na doutrina e na jurisprudência alemãs, que em atenção à nova redação do § 641 I do CPC daquele país têm admitido o manejo de ação de revisão com fulcro em prova pericial.³³

As demais restrições do art. 485, inc. VII, também incidirão, aqui. É que, por exemplo, se o réu se negou a realizar o exame de DNA, não poderá, em ação rescisória, do aludido exame querer fazer uso.³⁴

6. SENTENÇAS JURIDICAMENTE INEXISTENTES

Sabe-se que sempre houve, na doutrina, certa dose de resistência quanto à aceitação da categoria dos atos juridicamente inexistentes.

A letra da lei processual (art. 37, § único, do CPC) afasta o argumento muitas vezes utilizado pelos privatistas, no sentido de que desta categoria o direito positivo não trataria. A lei processual menciona expressamente a locução: ato inexistente, para referir-se a fenômeno que cumpre aqui considerar.

Trata-se da ausência de capacidade postulatória, que é considerada por parte expressiva da doutrina como pressuposto processual de existência.

Ausente pressuposto processual de existência, inexistentes juridicamente são processo e sentença de mérito aí proferida.

O mesmo, pensamos, pode-se dizer no que diz respeito aos demais pressupostos processuais de existência: jurisdição, petição inicial e citação.

De fato a sentença *a non iudice* é exemplo clássico de ato processual juridicamente inexistente (= ausência de jurisdição). Na mesma linha de raciocínio, cre-

32. *Em sentido contrário, na jurisprudência*: STJ, 3.^a T., REsp 107248-GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.05.1998, DJU 29.06.1998, p. 160; em sentido contrário, na doutrina, Humberto Theodoro Júnior, que afirma que “a ação rescisória é remédio excepcionalíssimo e como tal somente pode ser utilmente manejada nos estritos limites dos permissivos legais” (Prova: princípio da verdade real; poderes do juiz; ônus da prova e sua eventual inversão; provas ilícitas; prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade [DNA]. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 03, p. 21). Afirma o ilustre processualista, no entanto, ser possível o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em falsidade de prova (op. cit., p. 22).

33. Cf. notícia Otmar Jauernig, op. cit., § 76, p. 396.

34. “O investigado que se recusa a submeter-se ao exame do DNA, tendo recursos para tanto, não pode depois do trânsito em julgado dessa ação e vencido o prazo para a ação rescisória, promover ação de anulação do registro, sob a alegação de que agora está disposto a fazer o exame” (STJ, 4.^a T., REsp 196966-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.12.1999, DJU 28.02.2000, p. 88).

mos poder-se afirmar que a sentença que decide três pedidos, quando tenham sido formulado apenas dois (sentença *ultra petita*, portanto) não transita em julgado quanto àquele pedido não formulado, por ausência de pressuposto processual de existência: petição inicial.

São encontradiços na jurisprudência casos de sentença de mérito, proferidas apesar da ausência de citação de litisconsorte necessário. Considera-se, acertadamente, em casos assim, não se ter triangularizado a relação jurídico-processual, não tendo a sentença aptidão para transitar em julgado, não ficando a sua impugnabilidade adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.

Pensamos que os exemplos acima referidos encartam-se na categórica de causas extrínsecas de inexistência jurídica da sentença, i.e., causas que não estão na própria sentença, mas ocorreram no processo e, por isso, o processo terá sido, por assim dizer, “contaminado”, do mesmo modo que a própria sentença.

A falta da parte dispositiva, ou do *decisum* propriamente dito, é vício intrínseco que gera a inexistência jurídica da sentença. Por isso, a sentença que deixa de examinar um dos três pedidos feitos, e é *infra petita*, não transita em julgado. De fato, onde não há decisão, não há trânsito em julgado.

Prosseguindo nossa análise do grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, devemos referir-nos, considerando também como sendo juridicamente inexistentes às sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de “ações”, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício. Em outras palavras, para nós, se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente.

Como, em casos assim, inexistente AÇÃO, considera-se que o que se terá exercido terá sido, em verdade, o direito de petição³⁵.

A terminologia usada pelo CPC, que emprega a expressão “carência” de ação, inspirada em Liebman, reforça nosso ponto de vista. *Carência*, como se sabe, significa *falta* ou *ausência*.

Liebman ensina que “as condições da ação são requisitos *constitutivos* da ação. *Somente se existem*, pode considerar-se *existente a ação*”³⁶⁻³⁷ (grifos nossos).

35. E o direito de petição genérica e, absolutamente abstrato, é estabelecido pela Constituição Federal, art. 153, § 4º (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 1/67; ver art. 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal de 1988).

36. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. I. 4. ed. Milão, 1980, n. 80, p. 143.

37. Neste sentido, são as palavras de Arruda Alvim: “O direito genérico de petição... é o meio ou veículo revelador do direito de ação, já agora situado no plano processual”.

No caso de o autor não ter preenchido as condições da ação e de ter o processo findado, pois, sem julgamento de mérito, o autor terá, legitimamente, exercido seu direito de petição, sem que lhe tenha sido reconhecido o direito de ação propriamente dito...” (grifos no original; *Manual...*, op. cit., v. 1/219).

Assim, sentença de mérito proferida sem que haja interesse do autor, sem que as partes tenham legitimidade *ad causam* e quando se formulou pedido não compatível com o ordenamento jurídico é ato juridicamente inexistente.³⁸

Diversamente, no entanto, se a sentença pronuncia a ausência de uma condição da ação, haverá fenômeno assimilável à coisa julgada, porquanto somente se poderá propor nova ação se corrigido o vício — e não mais se poderá falar, no caso, que se está diante *da mesma ação*.

Enrico Tullio Liebman, a propósito, escreveu que *“il difetto delle condizioni dell’azione non riguarda qual determinato processo, ma l’azione in sé, non potrà proporsi nuovamente um altro processo finchè non mutano le circostanze di fatto rilevanti (se, per. es. non sopravviene l’interesse ad agire, che prima era mancante).”*³⁹

Sob este prisma, a sentença que acusa a ausência de uma condição da ação é, a rigor — e embora se diga estar diante de sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito — *algo até mais grave, perante o ordenamento jurídico, que a sentença que julga improcedente o pedido*. A sentença terminativa aí proferida declara *que a ação sequer poderia ter sido proposta*, porquanto ausentes os requisitos minimamente exigidos pelo sistema, para isso ocorresse, consoante já sustentou um dos autores deste estudo.⁴⁰

A sentença que, equivocadamente, julga o “mérito” quando, a rigor, encontram-se ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada (v.g., no caso de sentença proferida entre partes ilegítimas).

Observe-se que a adoção desta teoria resolve antiga polêmica que se travou no plano da doutrina, com alguma repercussão na prática, acerca de se saber qual das duas coisas julgadas deveria prevalecer, no caso de existirem duas sentenças transitadas em julgado, já se tendo esgotado o biênio decadencial dentro do qual poderia ter sido proposta a ação rescisória.

Os pressupostos processuais negativos, se existentes, acabam por gerar situação que se subsume à categoria da falta de interesse de agir. De fato, se o interesse de

38. Calmon de Passos considera inexistente, por exemplo, sentença de mérito proferida havendo impossibilidade jurídica do pedido: “outro caso é o da sentença impossível, isto é, da sentença que aplica direito não contido expressamente, nem implicitamente no sistema legislativo. Entre nós, a sentença que decretasse o divórcio. Ela é uma não sentença, pois sentença é a aplicação autoritativa do direito que incidiu em um caso particular, e somente pode incidir direito reconhecido, acolhido pelo sistema legislativo do país ao qual pertence o juiz, e aplicar direito inexistente equivale a não decidir, ou seja, em última análise, esta não decisão é o conteúdo de uma não sentença” (*A nulidade do processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959. p. 63).

39. *Manuale di diritto processuale civile*. v. I. 4. ed. Milão, 1980, n. 80, p. 156.

40. Cf., a propósito, MEDINA, José Miguel Garcia. Possibilidade jurídica do pedido e mérito. *RePro*, n. 93, p. 371 e ss., com indicação de diversas opiniões externadas na doutrina, no mesmo sentido.

agir é noção que repousa sobre o binômio necessidade-utilidade, já tendo sido formulado o pedido em idêntica ação anterior que, ou está em curso (= litispendência) ou já terminou, tendo a sentença transitado em julgado, não há como negar ser o autor da segunda ação carente de interesse de agir.⁴¹

Em primoroso trabalho,⁴² antes já referido, Cândido Dinamarco manifesta sua preocupação no sentido de que se teria levado longe demais a noção de coisa julgada, propondo que esta noção passe a ser redelineada, em decorrência da tomada em consideração de outros valores, além do que diz respeito à segurança jurídica.

Diz ele, citando Pontes de Miranda:

“Para ilustrar a assertiva de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando *três impossibilidades* que conduzem a isso: impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica. Fala, a propósito, da sentença ininteligível, da que pusesse alguém sob regime de escravidão, da que instituisse concretamente um direito real incompatível com a ordem jurídica nacional *etc.* para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso, como (a) nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada, (b) resistência à execução, inclusive mas não exclusivamente por meio de embargos a ela e (c) alegação *incidenter tantum* em algum outro processo.” (*Tratado da Ação Rescisória*, § 18, n. 2, esp. p. 195).

Sentença ininteligível pode, em nosso entender, equiparar-se à sentença materialmente inexistente. Claro que não se pode cogitar de *existência jurídica* quando não há *existência física*. Portanto, esta sentença não transita em julgado jamais.

Quanto aos dois outros exemplos citados, pode-se o mesmo afirmar. Não porque se esteja diante de sentença intrinsecamente viciada, mas porque se trata de decisão que acolheu pedido juridicamente impossível do autor e, portanto, que foi “contaminada” com a circunstância de a ação ter sido proposta apesar da ausência de uma de suas condições.

Assim, ausente está em ambos os casos citados, a condição da ação *possibilidade jurídica do pedido*. Por isso, pode-se dizer que, ausente esta condição, não se terá exercido verdadeiramente o direito de ação, mas o direito de petição. Por conseguinte, não se terá senão um simulacro de processo (= processo juridicamente inexistente) e, por consequência, será juridicamente inexistente a sentença que foi aí proferida.

41. Cf., a respeito, o que se diz no item 3.3., *infra*. Thereza Alvim, em seu curso de mestrado ministrado na PUC de São Paulo, ensina que, na verdade, também as sentenças proferidas apesar da falta de um pressuposto processual negativo seriam inexistentes, pois a situação da segunda ação, intentada apesar de haver coisa julgada anterior ou litispendência, equivale à falta da *condição da ação: interesse de agir*.

42. Relativizar a Coisa Julgada. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 33-75.

Os remédios mencionados por Pontes de Miranda são os mesmos antes sugeridos por um dos autores deste trabalho.⁴³ Só acrescentamos — tema de que trataremos no final deste ensaio — a ação declaratória de inexistência jurídica, que, por diversas razões que adiante comentaremos, aparece na jurisprudência sob a denominação de *actio* ou *querela nullitatis*.

O mesmo raciocínio que aponta vigorosamente para a solução no sentido de se considerar que *não ocorre a coisa julgada* pode-se fazer no caso de *faltar à parte interesse de agir*, outra das condições da ação, especialmente no que tange à hipótese mencionada por Humberto Theodoro Jr.⁴⁴ como sendo a que chamou sua atenção para a impossibilidade de subsistência, apesar de passado o prazo para a ação rescisória, de sentenças que ofendem a Constituição Federal.

Diz o autor, *verbis*:

“Tivemos a atenção despertada para o problema do conflito entre a coisa julgada e Constituição há algum tempo quando emitimos parecer para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a respeito de multiplicidade e superposição de *sentenças transitadas em julgado condenado o poder público a indenizar a mesma área expropriada, mais de uma vez, ao mesmo proprietário*. Já não caiba mais ação rescisória, e nada obstante, defendemos o cabimento de impugnação ordinária para afastar o manifesta e intolerável erro praticada pela Justiça” (grifos nossos).

Também diante de *sentenças juridicamente impossíveis*, na feliz expressão usada por Cândido Dinamarco,⁴⁵ porque julgaram procedentes *pedidos juridicamente impossíveis*, se está diante dos casos pelo autor citados:

“Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como esse chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciais, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo art. 1º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência de uma dívida não honrada; ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, inc. II e art. 5º). Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inc. LXVII).”

Pensamos que, em casos assim, houve sentenças proferidas em processos que se instauraram apesar da falta de possibilidade jurídica do pedido e que, assim como

43. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4. ed. RT, 1998, *passim*.

44. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *A coisa julgada inconstitucional*. America Jurídica, 2002. p. 77-123.

45. Op. cit. item 16.

ocorre quando ausente uma das outras condições da ação, consiste em *sentença juridicamente inexistente*.

Este nos parece o meio mais seguro, e portanto o mais adequado, de explicar-se o fenômeno jurídico que ocorre nestes casos.⁴⁶

Parece-nos, então, dever optar-se por caminho ligeiramente diferente daquele proposto por Cândido Dinamarco, focalizando, em casos citados e em tantos outros, ausência de condição de ação. A quem caberia (e essa nos parece a principal dificuldade que envolve a posição antes citada) qualificar os efeitos da decisão de *juridicamente impossíveis*? Qual seria o critério, senão a *impossibilidade jurídica do pedido*?

Não há, insistimos, em casos assim, coisa julgada. Contamos com o apoio, embora por razões algo diversas, neste particular, de Cândido Dinamarco:

“Repito, para clareza: *sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*”.

Tomamos, a liberdade de utilizar o fio condutor do raciocínio de Cândido Dinamarco, na seguinte medida. Como várias vezes dissemos, aqui e em outros trabalhos anteriormente publicados, ausente uma das condições da ação e sendo proferida sentença de mérito, esta sentença será juridicamente inexistente.

No caso específico da falta da *possibilidade jurídica do pedido*, supõe-se que o juiz ACOLHA a pretensão da parte, proferindo o que Dinamarco designa de *sentença impossível*. Ocorre, todavia, que às vezes a situação se inverte: basta imaginar-se a hipótese de determinado contribuinte intentar ação contra o Fisco, afirmando não ser devedor do tributo X, porque este tributo seria inconstitucional.

O juiz, ao decidir, não acolhe a pretensão do autor, já que entende que a lei é compatível com a Constituição Federal.

Parece estar-se aí diante de situação não assimilável à que ocorre quando falta uma das condições da ação, JÁ QUE A SENTENÇA PROFERIDA NÃO TEM VALOR JURÍDICO EQUIVALENTE À PROFERIDA QUANDO O MAGISTRADO ACOLHE PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. Aqui, o pedido foi juridicamente *possível*; *impossível* foi só a sentença, que, portanto, produz coisa julgada material, sendo rescindível.

Este aspecto será melhor examinado em item próprio, adiante.

46. A tese de Cândido Dinamarco, no entanto, é outra: “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 (*supra*, n. 1), 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 pretenda impô-los.”

Por fim, cabe fazer rápida referência aos porquês de até agora nos termos referido à expressão *vício* para designar a inexistência jurídica.

Trata-se de aspecto de especial relevância, pois que a inexistência *jurídica não se confunde com um nada fático*. Sob este aspecto, é, sim um *defeito*, que, de tão grave, compromete a essência do ato, desfigurando-o. Fica prejudicada a tipicidade: adequação do fato ao tipo legal. *Atos juridicamente inexistentes existem* no plano empírico, e, em tese, podem até produzir efeitos, desde que tenham aptidão material para tanto.

7. QUERELA NULLITATIS, ACTIO NULLITATIS E AÇÃO RESCISÓRIA

Um dos autores, deste artigo, sustentou em trabalho anteriormente publicado, que o sistema de nulidades no plano do direito processual é substancialmente diferente do sistema de nulidades no plano do direito civil.

Basta pensar-se em duas diferenças veementemente significativas: no direito privado, a *insanabilidade* é característica ligada umbilicalmente às *nulidades absolutas*. Usam-se como sinônimas as expressões nulidade absoluta, nulidade *ipso jure*, nulidade insanável. No direito público, e o processo civil é um ramo do direito público, tudo deve sanar-se, tudo deve emendar-se. Princípios como o da economia processual ou como o da continuidade do serviço público (do Direito Administrativo) são típicos do direito público, assim como o são o princípio da conservação ou da fungibilidade. São princípios nos quais está insita a vontade “flexibilizadora” relativamente à decretação do vício. Pense-se ainda no princípio de que não há nulidade sem prejuízo e no de que o erro de forma não prejudica.

Assim, e por isso, mesmo as nulidades absolutas [por mais que haja discordâncias na doutrina a respeito do grupo de vícios a que corresponde a categoria das nulidades absolutas, todos estão de acordo quanto a esse ponto: que correspondem a vícios GRAVES de que pode padecer o processo] são sanáveis. *Sanáveis no sentido de poderem ser reparadas efetivamente*. Por isso, a parte que deu início à ação e, à época, era parte ilegítima, pode, por alguma razão, *adquirir legitimidade* no curso do processo, o que impedirá o juiz de extingui-lo com base no art. 267, VI, porque a parte não tinha legitimidade no momento em que intentou a ação, pois o vício se terá sanado.

Só é insanável a nulidade absoluta no plano do processo no sentido de que a respeito não se opera a preclusão⁴⁷.

47. De passagem, observa-se aqui que a expressão “sanar o vício” às vezes é empregada no sentido de que, passado o prazo dentro do qual o vício poderia ter sido impugnado, nada mais contra ele poderá fazer-se, como ocorre relativamente ao fenômeno da prorrogação de competência, que ocorre com a competência relativa. Na verdade, em casos assim *tem-se o vício como sanado*, embora o vício não se tenha EFETIVAMENTE sanado.

Outra das características que demonstram as fundas diferenças entre o sistema das nulidades do processo, inspirado no direito público, e o sistema de nulidades no direito privado é que as nulidades absolutas, no direito privado, são declaradas enquanto tal, e as nulidades relativas são desconstituídas.

No direito público, os atos dos agentes do Estado têm um “plus” que não se agrega aos atos dos particulares. Basta que nos lembremos da *presunção de legitimidade* dos atos dos agentes da administração.

O mesmo ocorre, em ponto maior, relativamente à sentença, que, como se viu, decidido mérito da ação, gera efeitos que ficam acobertados pelo fenômeno da *coisa julgada*, que, considerada como uma qualidade que se agrega à eficácia das decisões judiciais finais de mérito, tornando-os marcadamente estáveis.

Portanto não podem as sentenças nulas (que consideramos como tais na classificação por nós proposta) ser, pura e simplesmente, DECLARADAS COMO TAIS. Ficam “protegidas” pela coisa julgada que, esta sim, precisa ser *desconstituída*, para que, indiretamente (= mediatamente) se atinja o vício da sentença.

Veja-se o exemplo da sentença de mérito proferida por juízo incompetente ou parcial (=impedido): majoritariamente, a doutrina brasileira considera a imparcialidade e a competência (absoluta) como pressupostos processuais positivos de validade. Ausente pressuposto processual de VALIDADE, está-se, ao que parece inafastavelmente, diante de uma situação de nulidade, fenômeno este que, no entanto, não impede a formação da coisa julgada. Neste caso, a coisa julgada é rescindível e o vício se “sana” (fica como se se tivesse “sanado”) dentro de dois anos, relativos ao prazo dentro do qual a ação rescisória deve ser proposta.

Casos há em que não se forma a coisa julgada, como sustentado acima. *Para estes casos é que fica reservada a via* da ação declaratória.

Esta é a principal função da diferenciação entre sentenças nulas e sentenças inexistentes. Aquelas, para serem desconstituídas, por meio de ação rescisória, ficam sujeitas ao prazo decadencial do art. 495. Estas podem ser, como inexistentes, declaradas a qualquer tempo.

Algumas observações hão de ser feitas. Em primeiro lugar, sustentamos antes, neste mesmo artigo, que, *de lege lata*, pode sustentar-se haver hipóteses em que o prazo da rescisória não tem início no momento em que se forma a coisa julgada. Esta é uma maneira de “relativizar” o valor que a este fenômeno vinha sendo dado pelo sistema jurídico (lei, doutrina e jurisprudência).

Em segundo lugar, a declaração de inexistência da sentença não precisa necessariamente ocorrer, por meio de uma ação, como, de ordinário, acontece com as lides que são objeto das ações declaratórias.

Fazemos nossas as palavras de Cândido Dinamarco, citando Pontes de Miranda, neste particular: “(a) propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, (que, na verdade, segundo pensamos, não existe). (b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e (c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas”.⁴⁸

Esta posição foi sustentada por um dos autores deste trabalho em obra anteriormente referida e reiteradamente citada, porque diz respeito a assunto aparentado com o objeto deste artigo.⁴⁹

Importante salientar que a expressão *querela nullitatis*, tem séculos e séculos de vida. O mesmo não se pode dizer da distinção entre nulidade absoluta e inexistência a que recentemente a doutrina começou a dar relevância.⁵⁰

Talvez esta seja uma das razões em função das quais a expressão “*querela nullitatis*” ainda hoje é usada para abranger situações que, à luz do direito contemporâneo, rigorosamente seriam de inexistência jurídica e não de nulidade.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1998.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. 2. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade — Posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COSTA, Moacyr Lobo da. Rescisória por descoberta de documento novo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

48. Artigo Relativização da Coisa Julgada, reiteradamente citado neste estudo.

49. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4. ed. RT, 1998. *passim*.

50. Sobre a origem do conceito de inexistência jurídica, veja-se primorosíssima síntese em LUTZESCO. *Théorie et pratique des nullités*. Librairie Recueil Sirey, 1938. p. 174 e ss.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GUERRA Fº, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade — DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. v. I. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1980.

LUTZESCO. *Théorie et pratique des nullités*. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1938.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *A nulidade do processo civil*. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1959.

PERROT, Roger. La cosa giudicata, recenti sviluppi nel diritto francese. *Riv. Dir. Processuale*, v. XXXVII, II serie, 1982.

SAMBRIZZI, Eduardo A.. *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Recurso especial por violação de princípio jurídico. *Revista dos Tribunais*, v. 738.

THEODORO JR., Humberto. Prova: princípio da verdade real; poderes do juiz; ônus da prova e sua eventual inversão; provas ilícitas; prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade [DNA]. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 03, p. 05/23, Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.



TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER E JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Book Seller, 2000.

