

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

ROSIMAR FELIPE DA SILVA

RIO DE JANEIRO

2008

ROSIMAR FELIPE DA SILVA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rubens Takashi de Melo Tsubone

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Rosimar Felipe da.

Relativização da coisa julgada inconstitucional / Rosimar Felipe da Silva – 2008.

91 f.

Orientador: Rubens de Melo Tsubone Takashi.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 88-91.

1. Coisa julgada - Monografias. I. Tsubone, Rubens Takashi de Melo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.4653

ROSIMAR FELIPE DA SILVA

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Rubens Takashi de Melo Tsubone – Presidente da Banca Examinadora

2º Examinador

3º Examinador

Dedico este trabalho à minha mãe, Rosângela, e à minha irmã, Rosimara, em agradecimento pelo carinho, apoio e amor incondicional.

“O teu dever é lutar pelo Direito, porém, quando encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

SILVA, R. F. *Relativização da coisa julgada inconstitucional*. 2008. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O objetivo desta monografia é expor de forma sistematizada as diversas opiniões e críticas feitas acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, para, assim, compreender esse fenômeno e as diversas soluções apontadas pela doutrina e jurisprudência para resolver as situações ímpares que vêm ocorrendo no mundo jurídico, onde, em decorrência do direito positivo, decisões eivadas do vício de inconstitucionalidade são convalidadas com o simples decurso do tempo. A base do estudo encontra-se no questionamento do caráter absoluto do Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada em relação aos demais princípios constitucionalmente protegidos. Em um primeiro momento, analisaremos o instituto da coisa julgada, o contrapondo, com dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica e a justiça. Logo após será estudado o *fenômeno da coisa julgada inconstitucional*, bem como suas hipóteses de ocorrência. Estudaremos os diversos argumentos utilizados tanto pelos defensores da possibilidade de relativização da *res iudicata* quanto pelos que rejeitam essa possibilidade. Por fim, examinaremos os meios jurídicos apontados como hábeis a relativizar a coisa julgada.

Palavras-Chave: Coisa julgada; inconstitucionalidade; Relativização.

ABSTRACT

SILVA, Rosimar Felipe. *Relativização da coisa julgada inconstitucional*. 2008. 91 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The objective of this monograph is to display of systemize form the diverse made critical opinions and concerning the possibility of relativize of the unconstitutional considered thing, for, thus, understanding this phenomenon and the diverse solutions pointed for the doctrine and jurisprudence to decide the uneven situations that come occurring in the legal world, where, in result of the positive law, contaminated decisions of the unconstitutionality vice is validated with the simple continuation of the time. The base of the study meets in the questioning of the absolute character of the beginning of the Intangibility of the Thing Judged in relation to the too much principles constitutionally protected. At a first moment, we will analyze the institute of the judged thing, opposing, with two fundamental principles of the Democratic State of Right, the legal security and justice. Soon after it will be studied *phenomenon of the unconstitutional considered thing*, as well as its hypotheses of occurrence. We will in such a way study the diverse arguments used for the defenders of the possibility of relativize of *reverse speeds iudicata* how much for that they reject this possibility. Finally, we will examine legal the ways pointed as skillful to relativize the considered thing.

Word-Key: Considered thing; unconstitutionality; Money; Distraintment on line; Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1 - TRIBUNAIS

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

2 - LEGISLAÇÃO

CPC - Código de Processo Civil

CF - Constituição Federal

3 – OUTROS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 COISA JULGADA	13
2.1 Conceito	13
2.2 Classificação	14
2.2.1 <u>Formal</u>	14
2.2.2 <u>Material</u>	15
2.3 Limites	16
2.3.1 <u>Subjetivos</u>	16
2.3.2 <u>Objetivos</u>	17
2.4 Funções	18
2.4.1 <u>Positiva</u>	18
2.4.2 <u>Negativa</u>	19
2.5 Eficácia preclusiva	19
3 SEGURANÇA JURÍDICA, JUSTIÇA E COISA JULGADA	22
3.1 Segurança jurídica	23
3.2 Justiça	27
3.3 Ponderação de interesses e proporcionalidade	31
4 O FENÔMENO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	34
4.1 Terminologia	34
4.2 Delimitação	36
4.3 Hipóteses	39
4.3.1 <u>Sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional</u>	40
4.3.2 <u>Sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição</u>	41
4.3.3 <u>Sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma</u>	41

4.3.4	<u>Sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais</u>	43
4.3.5	<u>Sentença que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional</u>	44
5	RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	46
5.1	Desconsideração e relativização: distinção	46
5.2	Argumentos favoráveis	49
5.2.1	<u>Infraconstitucionalidade do instituto da coisa julgada</u>	49
5.2.2	<u>Não formação da coisa julgada material</u>	51
5.2.3	<u>Inexistência de garantias constitucionais absolutas</u>	53
5.2.4	<u>Sentença inconstitucional como ato jurídico inexistente</u>	55
5.3	Argumentos contrários	57
5.3.1	<u>Constitucionalidade do princípio da intangibilidade da coisa julgada – instituto jurídico como direito fundamental</u>	57
5.4	Eficácia da declaração <i>erga omnes</i> das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo	61
6	INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADEQUADOS À IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	64
6.1	Ação rescisória	65
6.1.1	<u>Conceito e natureza jurídica</u>	65
6.1.2	<u>Objeto: sentença de mérito transitada em julgado</u>	65
6.1.3	<u>Violação à Constituição Federal</u>	66
6.1.4	<u>Prazo para propositura</u>	73
6.1.5	<u>Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal</u>	75
6.2	Embargos do executado e impugnação à execução de sentença fundada em inconstitucionalidade	77
6.3	<i>Querela nullitatis</i>	82

7 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da viabilidade de aplicação prática da teoria da relativização da coisa julgada, em especial diante de decisões inconstitucionais. O tema a ser discutido é bastante polêmico, e, conforme observado até o presente momento, não há, nem na doutrina e nem na jurisprudência, unanimidade acerca do tratamento que deve ser despendido para os casos de decisões judiciais eivadas do vício de inconstitucionalidade que estão cobertas pelo manto da imutabilidade.

Iniciamos a pesquisa a partir da conceituação básica do instituto da coisa julgada, sua classificação, limites, funções e eficácia, o contrapondo, em seguida, a dois princípios que permanecem em constante choque quando cogitamos a possibilidade de relativizar a *res iudicata*: a segurança jurídica e a justiça.

Analizamos, ainda, o fenômeno da coisa julgada inconstitucional, a partir de sua delimitação e enumeração de hipóteses, assim como a possibilidade de efetiva relativização, com estudo das críticas e argumentos favoráveis e contrários.

Por último, estudamos os instrumentos apontados pela doutrina e pela jurisprudência como hábeis a relativizar a coisa julgada inconstitucional, em especial a ação rescisória, as defesas do executado e a *querela nullitatis*.

As situações práticas e mais polêmicas que são discutidas pela doutrina e jurisprudência deverão ser objeto de análise no estudo a ser feito. E é exatamente nesse ponto que se encontra a importância do estudo do tema em questão, pois a solução para esse paradigma somente será possível a partir de grandes estudos doutrinários e produção jurisprudencial, para que não haja afronta direta aos princípios e normas constitucionalmente protegidos.

2 COISA JULGADA

No presente capítulo analisaremos o instituto da coisa julgada com o objetivo de definir seus limites e particularidades, pois entendemos que não há como cogitar a hipótese de relativização da *res iudicata* sem antes estabelecer os limites desse instituto.

2.1 Conceito

O parágrafo 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil define a coisa julgada como “decisão judicial de que já não caiba recurso”, mas o conceito e os limites desse instituto são mais abrangentes do que este, conforme constatamos a partir da leitura do artigo 467 do CPC: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

No mesmo sentido, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão define a coisa julgada como:

uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros. Para alcançar esse desiderato, vale-se o legislador de duas técnicas processuais: (a) veda a repetição da demanda; (b) imutabiliza as decisões judiciais transitadas em julgado.¹

A *res iudicata* inegavelmente surgiu em decorrência de uma necessidade de segurança jurídica, para evitar que os conflitos existam *ad aeternum*. Sua importância no sistema democrático é inegável, pois, em uma visão mais ampla, é a partir de sua observância e respeito que o Estado consegue garantir a soberania de suas decisões.

2.2 Classificação

¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 29.

Importante destacar que a coisa julgada formal e a material são conseqüências do mesmo acontecimento, da *imutabilidade do comando contido na sentença*. A diferença está no objeto sobre o qual a qualidade recai: enquanto “a coisa julgada formal consiste na imutabilidade de um comando que se limita a pôr fim ao processo”², *res iudicata* material “consiste na imutabilidade do comando que confere tutela a alguma das partes, isso é, que dispõe substancialmente sobre algo que vai além da simples relação processual”³.

2.2.1 Formal

A coisa julgada formal “consiste na impossibilidade de revisão da sentença, dentro do próprio processo em que foi proferida, depois que ocorreu o trânsito em julgado”.⁴

Todas as sentenças, sejam elas de mérito ou não, possuem aptidão para formar a coisa julgada formal, que é constituída a partir do trânsito em julgado da sentença⁵, consistindo na imutabilidade desta como ato jurídico processual, e funcionando como um impedimento para que qualquer outro juiz a substitua, como forma de pôr fim à relação processual.

Ela incide sobre sentenças de qualquer natureza, pois está relacionada com a sentença como ato jurídico processual, e não com os efeitos substanciais desta.⁶

² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 132.

³ *Loc. cit.*

⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 97, nº 358, 2001, p. 13.

2.2.2 Material

A coisa julgada material pode ser definida como a “imutabilidade dos *efeitos substanciais* da sentença de mérito” ⁷. Sua formação tem como pressuposto a constituição da coisa julgada formal⁸, ocorrendo a partir do trânsito em julgado do *decisum*, momento em que não cabem mais recursos para impugnação do conteúdo deste, tornando-se imunes os efeitos projetados pela sentença para fora do processo, como forma assecuratória da firmeza das situações jurídicas⁹, conforme observamos abaixo:

Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles.¹⁰

Sobre o tema, Barbosa Moreira ensina que:

Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. 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.¹¹

Em relação às diferenças entre a coisa julgada material e a formal, é importante ressaltar que “a primeira é a imunidade dos *efeitos* da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal,

⁷ *Loc. cit.*

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 253.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, p. 96.

processual ou não, que venha a negá-los”¹², enquanto a segunda “é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra”¹³.

2.3 Limites¹⁴

2.3.1 Subjetivos

Em princípio, a autoridade da coisa julgada está restrita às partes, porque estas constituem um elemento da lide¹⁵. Os demais não são afetados, nos termos do artigo 472 do CPC, *ex vi*:

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

Porém:

(...) os efeitos da sentença não se limitam às partes, mas o terceiro, na medida em que tais efeitos repercutem na sua esfera jurídica de modo a conferir-lhe interesse e legitimidade para agir, não fica impedido de buscar outro pronunciamento jurisdicional, em sentido diverso daquele emitido no processo de que não participou, sem que lhes possa opor a coisa julgada. Caberá ao terceiro demonstrar sua razão – o que passará pela demonstração do desacerto da anterior sentença, no ponto em que os efeitos dela o atinjam.¹⁶

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 14.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ No presente estudo não nos aprofundaremos na análise dos limites da coisa julgada, pois objetivamos apenas fixar suas características principais, noções básicas, para, assim, facilitar a análise do tema central da pesquisa. Indicamos, ainda, como livros de referência sobre o assunto: MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*; SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; e TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*,

¹⁵ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, p. 89.

¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 97.

Cumpra ressaltar que “o terceiro só poderá ser, *em tese*, beneficiado ou prejudicado pela coisa julgada se os *efeitos da sentença* afetarem sua situação jurídica. Caso contrário, a sentença lhe será *indiferente*, do ponto de vista jurídico” ¹⁷. Isso ocorre porque, caso os efeitos coisa julgada formada em processo alheio fossem estendidos a terceiro, estaria sendo vedado o acesso à justiça a este, assim como o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Assim, “de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar” ¹⁸.

2.3.2 Objetivos

Os limites objetivos da coisa julgada estão enumerados no artigo 469 do Código de Processo Civil:

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. (grifos nossos)

A partir da leitura do dispositivo acima, concluímos que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada, mas há muita polêmica em relação à extensão dos efeitos da coisa julgada para a fundamentação da sentença, pois:

A sentença de mérito produz coisa julgada material na medida em que se pronuncia acerca do pedido (acolhendo-o ou rejeitando-o), relativamente ao fundamento (ou aos fundamentos) invocado pela parte autora. Tal proposição decorre de toda sistemática do direito processual civil brasileiro, notadamente do disposto nos arts. 128, 301, §§ 1º a 3º, 469, todos do CPC.¹⁹

Os argumentos utilizados pelos defensores dessa ampliação são classificados, segundo o professor Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, da seguinte forma: (a) necessidade

¹⁷ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*, pp. 230-231.

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁹ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, p. 91.

de certeza e paz social; (b) economia processual; (c) harmonia dos julgados; (d) impossibilidade da distinção entre fundamentos e decisão (teoria de Savigny); (e) dificuldade e arbítrio na distinção entre fundamentos e decisão.²⁰

Em relação ao relatório, há unanimidade, porque, o juiz não desenvolve qualquer atividade decisória ao confeccionar essa parte da sentença e, por isso, não existe razão para imutabilizar os efeitos deste em relação a processos futuros²¹.

2.4 Funções

2.4.1 Positiva

A função positiva da coisa julgada pode ser constatada a partir da obrigatoriedade do juiz em garantir a eficácia da sentença transitada em julgado, “em fazer com que as partes e eventuais terceiros atingidos pela coisa julgada cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela *auctoritas rei iudicatae*”.²²

Em análise mais ampla, essa função pode ser vista como uma garantia da própria soberania estatal, como forma de conferir eficácia às decisões proferidas pelo Estado no exercício da Democracia e estabilidade às relações jurídicas.

2.4.2 Negativa

²⁰ Conforme exposto no início do presente capítulo, nos limitaremos a enumerar as hipóteses e os diversos argumentos utilizados pelos defensores da possibilidade de estender os efeitos da coisa julgada à fundamentação do *decisum*. O aperfeiçoamento do estudo pode ser feito a partir da leitura do livro do professor Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, que analisa esses pontos de forma clara e criteriosa. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 194.

²¹ *Ibidem*, p. 192.

²² NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 256.

A função negativa desse instituto refere-se à proibição de reanálise da matéria coberta pela autoridade da coisa julgada. A essência da função negativa é “impedir o prosseguimento de um novo processo, instaurado com base em demanda cujo pedido já tenha sido julgado”²³.

Diante da alegação de existência de coisa julgada, o magistrado deve exercer o seu *poder-dever de abstenção*, com a não apreciação do mérito e extinção do processo, “sem exercer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença”²⁴. Nesse aspecto, a coisa julgada funciona como pressuposto processual negativo²⁵ porque evita que o Estado se pronuncie duas vezes sobre a mesma questão.

2.5 Eficácia preclusiva

A eficácia preclusiva da coisa julgada é consagrada no artigo 474 do Código de Processo Civil, que dispõe que “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”.

Barbosa Moreira, ao lecionar sobre essa questão, ensina que o artigo mencionado utiliza-se da técnica, para ele um tanto grosseira, da ficção jurídica, pois, a partir do trânsito em julgado do *decisum* “fingir-se-à” que as partes aduziram todas as defesas e alegações possíveis e 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”.²⁶ E, portanto, “todas as questões – deduzidas e dedutíveis – que constituíam

²³ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 186.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 341.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 130.

²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p.94.

premissas necessárias da conclusão tornam-se *irrelevantes*, inócuas, em caso de tentativa de elisão da coisa julgada”²⁷.

O mestre destaca também que a eficácia preclusiva e os limites objetivos da coisa julgada são elementos distintos, de disciplina inconfundível e complementar, pois:

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 defesa), entretanto lá não utilizada.²⁸

“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”.²⁹ É defeso às partes formularem defesas e alegações acerca do mesmo processo³⁰, caso estas pudessem ter sido feitas durante o processo, antes do pronunciamento judicial final³¹ em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada.

A coisa julgada formal é uma manifestação “qualificada”³² do fenômeno da preclusão, caracterizando-se pela extinção do direito de requerer reapreciação da causa após o trânsito em julgado da sentença. As exceções são previstas na legislação, e serão objeto de análise, em momento mais oportuno.

Porém, cumpre ressaltar que essa restrição é balizada pelos limites da coisa julgada que se formou.³³ Então, caso as alegações “integrem *outra causa de pedir* ou que sejam relevantes para *outro pedido* que não tenha ficado prejudicado pela coisa julgada anterior poderão ser formulados em outro processo”, até mesmo quando elas

²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 86.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 94-95.

²⁹ *Ibidem*, p. 96.

³⁰ Aqui estamos nos referindo ao mesmo pedido, mesma causa de pedir e mesmas partes.

³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 86.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 14.

³³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 86.

fossem relevantes para o desenvolvimento do processo já decidido. Podemos citar como exemplo dessa situação as ações de investigação de paternidade de DNA feitas quando ainda não existia o exame de DNA, ou quando uma das partes se recusou a fazê-lo. Essa situação será estudada no decorrer da presente pesquisa.

3 SEGURANÇA JURÍDICA, JUSTIÇA E COISA JULGADA

Objetivando sistematizar o estudo do tema em foco, entendemos que há a necessidade de, em um primeiro momento, analisar detalhadamente dois princípios constitucionais que permanecem em constante choque quando cogitamos a hipótese de aplicação da teoria da relativização da coisa julgada: a segurança jurídica e a justiça das decisões judiciais.³⁴

Conforme poderá ser observado no decorrer do presente estudo, há dissenso em relação a quase todos os pontos abordados, mas, indubitavelmente, o cerne da problemática encontra-se no questionamento da plausibilidade de manutenção da segurança jurídica, representada pela intangibilidade da coisa julgada³⁵, diante da ofensa direta a dispositivos da Constituição Federal ou de situação de grave injustiça³⁶. Corroborando, o mestre Paulo Medina afirma que:

A razão desse entendimento estaria no princípio segundo o qual não se pode admitir a prevalência da sentença injusta ou o conflito entre a coisa julgada e outros valores constitucionais, ainda que por imperativo de segurança jurídica.³⁷

Devido à interdependência existente entre esses dois princípios e a sua inquestionável essencialidade para a manutenção da ordem pública e, em análise mais ampla, até mesmo do próprio Estado Democrático de Direito, deve ser feito um estudo criterioso, para evitar a possibilidade de admissão de situações aberrantes no caso concreto.

³⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 146.

³⁵ Em relação a este ponto, importante ressaltar que há dois entendimentos em relação à constitucionalidade do princípio da intangibilidade da coisa julgada: há os autores que defendem a constitucionalidade desse princípio, e outros que inserem a coisa julgada na ordem infraconstitucional, não a concebendo, portanto, como uma garantia constitucionalmente assegurada, conforme será exposto a seguir.

³⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. Revista do Processo. SÃO PAULO, ano 32, n. 146, abril 2007, p.12.

³⁷ *Ibidem*. p.11.

Conforme já se pôde notar, a solução deste conflito não é simples, pois “o processo é instrumento de acesso à justiça, mas não há justiça sem segurança jurídica”³⁸. Busca-se, em outras palavras, demonstrar que nenhum desses princípios traduz um valor absoluto, devendo conviver com valores outros, também de estatura constitucional, de primeira importância no ordenamento jurídico, dentre eles o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais, devendo ser harmonizados, como forma de resguardar a própria Democracia.

3.1 Segurança jurídica

A segurança jurídica pode ser conceituada como 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”³⁹, funcionando como limite para a reforma das sentenças⁴⁰. “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”⁴¹.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à segurança, ao gozo pleno de seus direitos e, principalmente, de não serem molestados depois que o Poder Judiciário decidir em caráter definitivo acerca da titularidade de determinado direito⁴², conforme observamos a seguir:

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 11.

³⁹ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21/05/2008.

⁴⁰ O termo sentença deve ser entendido em sentido amplo, como toda decisão, seja esta colegiada ou monocrática, que decida o mérito da lide de forma definitiva.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 433.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75.

Preâmbulo da Constituição Federal: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifos nossos)

Art. 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade (...) (grifos nossos)

É de senso comum que a segurança jurídica é uma das bases do Estado Democrático de Direito, como forma de garantia da cidadania e dos direitos fundamentais da pessoa humana, assim como da autoridade estatal e, em sentido amplo, até mesmo do Sistema Democrático. A importância e valorização desse direito decorrem da constatação de que sem segurança, não há ordem jurídica, pois, conforme o professor Sérgio Nojiri leciona, a promoção da estabilidade nas relações sociais é a finalidade do Direito “tanto em seus aspectos dinâmico (de funcionamento regular e previsível das suas instituições) quanto estático (definitividade na solução das controvérsias já julgadas)”⁴³, pois:

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.⁴⁴

A tutela jurisdicional efetiva, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal⁴⁵, não é possível se o Judiciário não for capaz de resolver em definitivo os litígios, de tutelar de modo definitivo os direitos para que seus titulares possam gozá-los sem serem molestados *ad infinitum*.

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

⁴³ NOJIRI, Sérgio. *Crítica à teoria da relativização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 314.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

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 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.⁴⁶

O Estado não pode permitir que os cidadãos eternizem as suas controvérsias, as suas divergências, então exige que, proferida a sentença e esgotados todos os recursos, os cidadãos a respeitem porque esta representa a vontade estatal e, por esse motivo, há a necessidade de se conferir definitividade e estabilidade aos provimentos jurisdicionais.⁴⁷

Tendo em vista o caráter de definitividade, de conferir estabilidade e certeza às relações jurídicas, a coisa julgada talvez seja o instituto jurídico mais intimamente relacionado com esse princípio constitucional, como corolário deste.⁴⁸

A justificativa sócio-política da existência do instituto jurídico da coisa julgada pode ser comprovada a partir da constatação de que este é um instrumento de pacificação social, de “inserção de *segurança jurídica* no sistema”⁴⁹, uma forma de evitar que os conflitos existam *ad aeternum*. Nesse aspecto, a coisa julgada não é apenas uma garantia da segurança jurídica, mas uma garantia da própria tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais.

Isso nos leva à conclusão lógica de que sem coisa julgada não há Estado de Direito, porque o este não teria como assegurar a eficácia concreta dos direitos do

⁴⁶ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 36.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 165.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 186; NOJIRI, Sérgio. *Op. cit.* p. 316.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 314.

cidadão, tendo como conseqüência direta a permissão expressa para que estes direitos sejam permanentemente contestados, postos em dúvida, contrariados.

Com base no princípio da segurança jurídica, a maioria absoluta dos ordenamentos não admite a livre revogação ou alteração da coisa julgada⁵⁰, salvo em raras hipóteses previstas taxativamente na legislação processual civil ou penal, como forma de resguardar a garantia constitucional da *segurança jurídica*. A importância desse princípio é tal que, conforme observa José Carlos Barbosa Moreira:

Não é por acaso que o Código de Processo Civil ordena ao juiz que conheça de ofício da preliminar de coisa julgada (art. 301, n° VI e § 4º), recusando-se a examinar o mérito quando a encontre fundada (art. 267, n° V); e inclui a ofensa à *res iudicata* entre as poucas (e taxativamente enumeradas) hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485, n° IV).⁵¹

Todavia, a constatação de que as decisões judiciais não estão imunes ao vício da inconstitucionalidade está causando questionamentos cada vez mais incisivos quanto ao valor e ao alcance da coisa julgada e do princípio da segurança nas relações jurídicas.

Um dos questionamentos suscitados pela doutrina é o seguinte: “como saber se a coisa julgada abriga uma simples inconstitucionalidade, para distingui-la daquela que, contendo uma “flagrante inconstitucionalidade”, deva ser eliminada”.⁵²

Para esta nova operação, será indispensável mergulhar na extrema complexidade da vida real, submetendo-nos às exigências do direito transformado em simples “expectativa”, (...) 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 “*maré rivolto*” do provável, do direito apenas “afirmado”, do direito que o autor simplesmente alega possuir.⁵³ (grifos do autor)

Quando um *decisum* insuscetível de desconstituição afronta algum direito fundamental, ou sobrevém declaração *erga omnes* acerca da inconstitucionalidade da

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.* p. 166.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, pp. 98-99.

⁵² SILVA, Ovídio A. Batista da. *Coisa julgada relativa?* In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 280.

⁵³ *Loc. cit.*

lei que fundamentou a decisão⁵⁴, será que a segurança jurídica continua sendo mais importante do que o princípio da constitucionalidade e o da justiça das decisões judiciais? Essa é uma das questões que será amplamente analisada e discutida no presente estudo, a partir da exposição das diversas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

3.2 Justiça

Inicialmente, cumpre destacar que existem várias concepções distintas para o termo *justiça*⁵⁵, mas no presente trabalho nos restringiremos a abordar o conceito sociológico desta como parâmetro para o desenvolvimento das considerações a serem feitas.

De acordo com essa aceção, “a justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade e a liberdade, com a diferença de que estas são verificáveis pelo simples confronto com a vida empírica”.⁵⁶ A justiça social a que nos referimos é aquela referente “não somente ao acesso à ordem jurídica e sim o acesso a uma ordem jurídica justa”⁵⁷, não se restringindo à igualdade formal, e sim à igualdade no seu sentido mais amplo, a igualdade material.

⁵⁴ Controle difuso de constitucionalidade, feito através das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal. GRECO, Leonardo. *Op. cit.*

⁵⁵ Conforme já destacado no corpo do texto, não analisaremos o conceito de justiça, assim como as diversas teorias existentes acerca desse assunto. O aprofundamento do estudo pode ser feito a partir da leitura do seguinte livro: KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁶ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.

⁵⁷ ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 73.

Até mesmo a doutrina favorável à tese da relativização pondera em relação à sua aplicabilidade nesses casos, como forma de evitar que a “mera invocação de eventual ‘injustiça’ contida na sentença passada em julgado” possa justificar a flexibilização da *res iudicata*⁵⁸, evitando, assim, uma provável instauração do caos na sociedade.

Essa ponderação é defendida principalmente para evitar a eternização dos conflitos, pois, na grande maioria das vezes, a parte vencida defende e acredita na injustiça da decisão⁵⁹. Como inexistem parâmetros para fixar qual decisão é justa e qual não é, pois o conceito de justiça não é um valor absoluto, e “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 aos valores”⁶⁰, a possibilidade de conflitos *ad aeternum* tornar-se-ia latente.

Essa situação ocorre porque o condicionamento da eficácia da coisa julgada à verificação de justiça no *decisum* indubitavelmente enfraquece o instituto da *res iudicata*, ou, conforme destacado pelo professor Barbosa Moreira, *golpeia de morte o próprio instituto*.⁶¹ Desta forma:

(...) 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.⁶² (grifos nossos)

A importância do instituto não pode ser mitigada a partir dessa premissa. Conforme destacado por Paulo Medina, “não será, pois, o risco de a coisa julgada encobrir eventuais injustiças que nos fará descreer da sua importância e da necessidade

⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 100.

⁵⁹ *Loc. cit.*

⁶⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.* p. 275.

⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 100.

⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 23.

de preservá-la”⁶³, pois “a injustiça da parte vencida representa, simbolicamente, o reverso da medalha da coisa julgada”. É um risco que corre-se em busca da segurança jurídica.

Aliás, conforme destacado anteriormente, inexistem parâmetros para definir o *nível de injustiça* de uma decisão, o que dificulta, e até mesmo impossibilita a possibilidade de relativizar a coisa julgada nesses casos. No mesmo sentido:

Quando se deve, no entanto, considerar uma sentença como “abusiva”? “Abusiva” de que situação concreta? Tenho que esse 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”.⁶⁴

Grande parte dos doutrinadores argumenta que a justiça absoluta é utópica, pois o Estado Democrático de Direito, ao adotar a justiça como valor, fez a opção política do justo possível, realizável, consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.⁶⁵ “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”⁶⁶.

Desta forma:

Nem adianta muito restringir o alcance do substantivo “injustiça” apondo-lhe o adjetivo “grave” 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. (...) **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 enlearmos num casuismo exacerbado... e exacerbante.**⁶⁷ (grifos nossos)

Por outro lado, há quem defenda que “o sistema jurídico convive com a sentença injusta (...), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição

⁶³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Op. cit.* p. 25.

⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.* p. 276.

⁶⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 254.

⁶⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Op. cit.* p. 146.

⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 101.

ou a lei”⁶⁸, pois a coisa julgada material teria eficácia sanatória geral. Assim, eventuais vícios devem ser discutidos posteriormente, em sede de ação rescisória ou outro meio de impugnação.

Essa conclusão parte da premissa de que é *menos grave* manter uma decisão injusta ou inconstitucional do que correr o risco político de instaurar a insegurança geral nas relações jurídicas com a admissão da possibilidade de relativizar a coisa julgada⁶⁹, o que, talvez, se demonstre um equívoco, pois, ao nosso ver, a segurança jurídica também é afetada quando cogitamos a hipótese de manutenção dessas decisões.

Em outra análise, Sérgio Nojiri destaca que a validade e a possibilidade de trânsito em julgado de uma decisão não são condicionadas à justiça, que é vista como um juízo de valor. A validade desta está condicionada à competência para produção da decisão. Logo, “a norma é válida se produzida pelo órgão legitimado, pelo sistema, para tanto”⁷⁰, e, deste modo, “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”⁷¹.

Nessa linha de raciocínio o mestre conclui que o objetivo do instituto da coisa julgada é a instauração da *justiça formal*, e não da material, de acordo com o trecho a seguir:

(...) a única justiça que se pode aferir com alguma dose de certeza e 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 prevista na Constituição Federal e demais normas previstas no sistema.⁷²

⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 258.

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ *Ibidem*, p. 324.

⁷¹ *Loc. cit.*

⁷² *Loc. cit.*

Por conseguinte, condicionar a eficácia da coisa julgada à observância da justiça no caso concreto pode se demonstrar um equívoco gigantesco, tendo em vista o caráter de subjetividade presente na concepção do termo.

3.3 Ponderação de interesses e proporcionalidade

Para solucionar o impasse que surge quando cogitamos a possibilidade de relativizar a coisa julgada, que é o conflito entre o princípio da segurança jurídica, representada pela intangibilidade da coisa julgada, e o princípio da supremacia da Constituição Federal (“princípio da justiça em grau máximo”⁷³), o recurso apontado por parte da doutrina é aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, pois, em matéria de direito constitucional, o concurso de princípios não se resolve, evidentemente, a partir da “outorga de força absoluta a uns e anulação singela de outros”.⁷⁴

As regras e princípios, quando em conflito, possuem disciplina distinta. O conflito entre regras é decidido a partir da exclusão de uma delas, pelo *sistema do tudo ou nada*. Porém os princípios merecem tratamento diverso, devendo ser harmonizados “através da ponderação dos valores conflitantes, permitindo a atuação do princípio da proporcionalidade que impõe a existência de uma relação adequada entre um e vários fins determinados e os meios de sua consecução”.⁷⁵

Conforme entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, há diversas circunstâncias e critérios que devem ser levados em consideração para a aplicação prática da ponderação de interesses e proporcionalidade como forma de relativizar a *res iudicata*, a saber:

I – o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 187.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 186.

⁷⁵ ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.*, p. 72.

II – a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III – o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV – o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

V – a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI – a garantia constitucional do *meio-ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;

VII – o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.⁷⁶

A aplicação dessa técnica é reconhecida nos tribunais superiores, conforme precedentes no Superior Tribunal de Justiça que seguem, nos quais se admite a impossibilidade de sobreposição da segurança jurídica quando esta está em conflito com outros princípios:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. FASE EXECUTÓRIA. DETERMINAÇÃO DE NOVA AVALIAÇÃO. FIXAÇÃO DA TERRA NUA INCLUINDO A COBERTURA FLORÍSTICA. ART. 12 DA LEI 8.629/93.

1. Recurso especial intentado contra acórdão, exarado em agravo de instrumento, que reformou decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto da ação expropriatória, em fase de execução, por entender que o juiz de primeiro grau elevou premissa fática equivocada quanto aos cálculos, para chegar à conclusão adotada.

(...)

3. Posicionamento do Relator: filiação à corrente que entende **ser impossível a res judicata, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado**. Esse pensamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes, pelo contrário, a sua preservação apresenta-se devidamente fortalecida quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania.

4. Há razoabilidade em ato judicial de determinação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. **Inobstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, é diante das peculiaridades do caso concreto que se pode estudar a necessidade da realização de nova avaliação.**

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 97, nº 358, 2001, p. 20-21.

6. Reforma do acórdão que afastou a designação de nova perícia.
7. Recurso especial provido.⁷⁷ (grifos nossos)

O professor Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira desenvolve pensamento interessante, diverso dos apontados acima, discorrendo com clareza e objetividade sobre a possibilidade de utilização da ponderação entre os dois princípios estudados como forma de possibilitar a relativização da *res iudicata*, conforme podemos observar a seguir:

Entendemos que **é incabível a ponderação entre a segurança jurídica e a justiça, buscando saber qual delas possui mais peso no caso concreto.** Esses princípios não devem ser colocados em uma balança. **A justiça é sempre objetivo do Direito e a segurança jurídica, antes de ser uma finalidade, é uma condição *sine qua non*, uma qualificação do próprio Direito em si.** Tem-se, pois, a segurança jurídica como o meio dos meios. Ela procede a justiça no sentido de que, sem a sua presença, não haveria uma realização plena da última. O princípio da segurança jurídica funciona com dinâmica instrumental diante de todos os outros (não somente diante da justiça, mas também da igualdade, da liberdade...)⁷⁸ (grifos nossos)

Assim sendo, a ponderação de interesses continua sendo, a nosso ver, uma das opções para aplicação da equidade, como forma de adequar a sentença aos objetivos do Estado de Direito, à promoção da paz social.

⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça - 1ª Turma. Resp 602.636/MA. Relator: Ministro José Delgado. DJU de 14.06.2004. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 16/09/2008.

⁷⁸ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, p. 47.

4 O FENÔMENO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1 Terminologia

Uma das diversas críticas feita à teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional refere-se à terminologia adotada, que, supostamente, não refletiria a realidade jurídica existente⁷⁹.

Entendemos que esta, assim como as demais críticas expostas no decorrer do presente estudo são construtivas para entendermos o fenômeno da *res iudicata* inconstitucional, e, por isso, a analisaremos, trazendo à colação tanto os argumentos quanto os contra argumentos utilizados, objetivando facilitar a delimitação do conceito de *coisa julgada inconstitucional*.

O principal argumento utilizado por aqueles que criticam o termo é o de que a inconstitucionalidade estaria no *decisum* e não na sua imutabilidade, que é um reflexo daquele⁸⁰. De acordo com essa visão, “a coisa julgada só faz perpetuar esse comando”⁸¹, cristalizando e conferindo estabilidade à eventual inconstitucionalidade existente⁸². “A rigor, trata-se de ‘*sentença inconstitucional*’ revestida de coisa julgada”⁸³.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior conclui que “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”⁸⁴. Portanto, novamente afirma-se

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, p. 92.

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 405.

⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 92.

⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 405.

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 193.

que a eventual inconstitucionalidade está na sentença, e não na sua imutabilidade, que é uma de suas qualidades.

De fato, o vício de inconstitucionalidade da sentença é pré-existente ao trânsito em julgado desta, não dependendo da formação da coisa julgada material para exsurgir. “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”⁸⁵. O que ocorre a partir da formação da coisa julgada material é a estabilização de uma eventual inconstitucionalidade.

Há também quem defenda a contradição existente entre os termos, pois, 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”⁸⁶. De acordo com esse entendimento, a coisa julgada teria efeito sanatório geral, ou seja, a partir do trânsito em julgado do *decisum*, todos os vícios porventura existentes são saneados, convalidados pelo simples decurso do tempo.

Porém, a utilização do termo pode ser justificada a partir da constatação de que é nesses casos que ocorrem os impasses mais graves, pois “a coisa julgada proíbe a cassação ou revisão da sentença, assim como, nos limites objetivos e subjetivos em que vigora, desautoriza qualquer outro comando que se lhe contraponha”⁸⁷. De fato, caso não tenha ocorrido o trânsito em julgado, a arguição de inconstitucionalidade da sentença pode ser feita através dos recursos ordinários ou extraordinários, durante o próprio processo que deu origem ao vício.

Eduardo Talamini destaca duas utilidades da expressão: enfatizar o cerne da questão, discutir “em que medida a garantia constitucional da coisa julgada deve prevalecer quando está conferindo estabilidade, ‘imunidade’, a um pronunciamento incompatível com outros valores e normas constitucionais”⁸⁸, e “deixar claro que toda e

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 92.

⁸⁶ NOJIRI, Sérgio. *Crítica à teoria da relativização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 319.

⁸⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 405.

⁸⁸ *Loc. cit.*

qualquer discussão sobre a quebra da coisa julgada só é legítima se norteadas por parâmetros constitucionais”⁸⁹.

E é justamente por causa dessa relevância sistêmica que estudaremos a possibilidade de relativização da *res iudicata*, assim como os instrumentos processuais aptos a impugnar essa decisão de forma detalhada, nos próximos capítulos da presente pesquisa.

4.2 Delimitação

Por ser vista como um imperativo de segurança, a *ius iudicata* foi considerada durante muito tempo como algo absolutamente imutável. Tendo em vista que, supostamente, a injustiça de uma decisão seria o único motivo que poderia levar o sucumbente a recorrer, a não interposição de recursos ou a preclusão dos prazos para interposição destes deveria ser interpretada como anuência tácita em relação à correta aplicação das normas jurídicas no referido *decisum*⁹⁰.

Seguindo essa linha de raciocínio, alguns doutrinadores clássicos diziam que coisa julgada e injustiça⁹¹ seriam conceitos antagônicos, de coexistência impossível, e, portanto, o problema da coisa julgada inconstitucional seria um *falso problema*, pois a verdade real seria alcançada a partir do trânsito em julgado da sentença. Mesmo que houvessem vícios materiais e/ou formais na sentença, estes se convalidariam a partir de certo momento. A *res iudicata* teria eficácia sanatória geral⁹².

⁸⁹ *Loc. cit.*

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 11-12.

⁹¹ O termo *injustiça* deve ser interpretado, nesse momento, como desconformidade com as normas e preceitos constitucionalmente protegidos.

⁹² *Ibidem*, p. 17.

Porém, é inegável que os atos judiciais também podem possuir vícios de inconstitucionalidade, pois nenhuma atividade humana é insuscetível e imune a erros.⁹³ Não podemos esquecer que, da mesma forma que acontece com os demais 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”⁹⁴. No mesmo sentido:

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.⁹⁵

Considerando que a Constituição Federal (CF) é a base do ordenamento jurídico brasileiro, é fácil constatar que a inconstitucionalidade é o vício mais grave que pode atingir um ato jurídico e que, assim como todos os demais atos do poder público, “também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade dos seus actos da conformidade com a Lei Fundamental”⁹⁶.

Nessa acepção, a “coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal”⁹⁷, pois a “irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia”⁹⁸. No mesmo sentido:

Para dar efetividade à equilibrada flexibilização da coisa julgada em casos extremos, insisto também na afirmação do dever, que a ordem político jurídica outorga ao juiz, de postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga. Não é lícito

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 97, nº 358, 2001, p. 28-29. Também podemos constatar a mesma linha de raciocínio em THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 181.

⁹⁴ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 32.

⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 96.

⁹⁶ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 31.

⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 192.

⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 25.

entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.⁹⁹

Uma das críticas feita por grande parte da doutrina em relação ao tema estudado é a inexistência de limites, parâmetros e hipóteses fixas de aplicação da teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional. “Se é possível a anulação de uma sentença transitada em julgado, será, por dever de coerência, também ser aberta a possibilidade de anular, a qualquer tempo, a decisão posterior que anulou a anterior. E assim sucessivamente”¹⁰⁰. Isso inegavelmente poderia trazer como conseqüência a eternização dos conflitos, e, obviamente, vai de encontro à exigência de ordem pública preconizada no sistema democrático.

Essa inexistência de delimitação é vista como um fator gerador de incerteza, de instabilidade, pois “não há garantia alguma de que essa nova interpretação, que é contrária a atual sistemática jurídico-constitucional, proporcione mais ‘justiça’ para as partes”¹⁰¹, conforme destacado com maestria pelo professor Sérgio Nojiri:

Se a questão já foi exaustivamente apreciada pelas instâncias competentes, como decidir novamente a mesma questão? Os parâmetros anteriormente adotados serviram? 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 satisfação legitimaria a reabertura do caso? Quantas vezes se poderia anular uma decisão? Haveria um limite?¹⁰²

E é justamente por causa dessa falta de parâmetros e limites que muitos doutrinadores são radicalmente contra a teoria da relativização, pois esta, em uma análise talvez até superficial, poderia acabar instaurando o caos na sociedade.

4.3 Hipóteses

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 28-29.

¹⁰⁰ NOJIRI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 321.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 322.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 320-321.

O professor Eduardo Talamini individualiza as hipóteses de *sentença (e coisa julgada) inconstitucional* de acordo com a classificação¹⁰³ a seguir: (a) Sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional; (b) Sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição; (c) Sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; (d) Sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais e; (e) Sentença que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional.

Paulo Otero classifica as sentenças inconstitucionais em: decisão judicial direta e imediatamente violadora da Constituição, decisão judicial aplicadora de norma inconstitucional e decisão judicial desaplicadora de norma constitucional.¹⁰⁴ No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki ensina que:

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.¹⁰⁵

Na presente pesquisa utilizaremos a classificação formulada por Eduardo Talamini como parâmetro para o estudo das hipóteses de *coisa julgada inconstitucional*, a contrapondo, sempre que possível, com as demais, por entendermos que esta é a mais adequada, e talvez, a mais completa de todas as mencionadas.

4.3.1 Sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional

¹⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. Op. cit., pp. 406-414.

¹⁰⁴ OTERO, Paulo. Op. cit., pp. 65-74.

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 332.

Essa hipótese é uma das de mais fácil percepção, “verificando-se aqui que o respectivo tribunal viola o dever de recusar a aplicação de quaisquer normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”¹⁰⁶.

Essa situação pode ser verificada nos casos de declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de suspensão dos efeitos da norma feita pelo Senado Federal depois do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade pelo STF e de “norma cuja inconstitucionalidade, embora existente, não é averiguada em controle direto – seja porque ele não cabe, seja porque nenhum dos legitimados pleiteou-o – e, portanto, não é declarada”¹⁰⁷.

A eficácia da declaração *erga omnes* de inconstitucionalidade feita pelo STF em sede de controle concentrado de inconstitucionalidade será analisada de forma minuciosa no item 5.4, e, por isso, nos reservamos ao direito de aprofundar o estudo desse ponto em momento mais oportuno.

No caso de aplicação de norma inconstitucional que ainda não foi objeto de declaração judicial com efeitos *erga omnes*, “importa sublinhar que o juiz incumpriu o seu dever constitucional de, oficiosamente ou por iniciativa das partes, recusar a aplicação de normas que violem as disposições ou os princípios consagrados na Constituição”¹⁰⁸. Isso ocorre porque o Judiciário, assim como todos os setores do Poder Público, está subordinado aos princípios da legalidade e constitucionalidade das decisões proferidas, que devem ser harmonizadas com as demais normas do ordenamento jurídico pátrio, como forma de resguardar o Estado Democrático de Direito.

Visando resolver o problema dessas sentenças que transitam em julgado antes de pronunciamento definitivo do STF acerca da questão, foram implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 11.232/05, as figuras dos embargos do executado e da impugnação à execução baseados na inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF (vide item 6.2).

¹⁰⁶ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 406.

¹⁰⁸ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 71.

4.3.2 Sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição

O STF, como guardião da Carta Magna, exerce controle de constitucionalidade não só em relação ao texto da lei, como também em relação ao *sentido da norma*, e, portanto, é inegável a possibilidade de existência de inconstitucionalidade no caso de aplicação de interpretação diversa da fixada por este Tribunal.

A importância da interpretação para a manutenção da ordem jurídica é corroborada a partir da premissa de que “não há norma jurídica que possa ser extraída de um dispositivo legal automaticamente, sem interpretação”¹⁰⁹.

Impende destacar que essa “interpretação desconforme pode situar-se na própria sentença ou em momento anterior do processo – desde que repercute sobre a sentença – e pode recair sobre dispositivo de direito material ou processual”¹¹⁰.

A inconstitucionalidade dessas sentenças transitadas em julgado é reconhecida no parágrafo 1º do artigo 475-L e parágrafo único do art. 741, ambos do CPC, que prevêem a possibilidade de argüição da inexigibilidade dos títulos executivos fundados em interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Lei Maior (vide item 6.2).

4.3.3 Sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma

Essa situação ocorre no caso de não-aplicação da norma em razão desta ter sido considerada inconstitucional pelo juízo, sem que se verifique, todavia, qualquer inconstitucionalidade nesta.¹¹¹

¹⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 161.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 407-408.

¹¹¹ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 72.

Eduardo Talamini salienta que essa situação poderia ser considerada uma *hipótese autônoma de coisa julgada inconstitucional*, que merece ser individualizada para evitar a confusão entre os conceitos de legalidade e inconstitucionalidade da norma, especialmente no tocante à ofensa reflexa.¹¹² Realmente, conforme poderemos observar a seguir, os dois conceitos mencionados se confundem, e talvez a solução proposta pelo autor seja a melhor a ser adotada para evitar essa situação, tendo em vista que as conseqüências jurídicas de um e de outro caso são distintas.

A grande questão é “saber quando e em que medida está sendo violada a própria Constituição e quando essa violação limita-se à regulamentação infraconstitucional, repercutindo apenas indiretamente sobre a disciplina constitucional”¹¹³.

Isso poderia levar à conclusão de que toda vez que houver ofensa à ordem jurídica infraconstitucional haveria apenas a *reflexa violação do princípio da legalidade*, pois todas essas violações seriam caracterizadas como *inconstitucionais*. “Por isso, há quem sustente que a indevida não aplicação de uma norma por incorreto juízo de inconstitucionalidade apenas implicaria ‘coisa julgada inconstitucional’ quando isso conduzisse à indevida aplicação de outra norma, essa sim inconstitucional”¹¹⁴, limitando, assim, as hipóteses de existência de inconstitucionalidade.

Em remate, há quem defenda que:

(...) a indevida conclusão de que a norma é inconstitucional deriva não de um erro de interpretação da Constituição, mas de incorreta interpretação da própria norma infraconstitucional – de modo que a questão, nesse caso, seria toda ela alheia ao âmbito constitucional.¹¹⁵

Para resolver esse impasse, o STF se pronunciou, em sede de controle concreto de constitucionalidade¹¹⁶, no sentido de que a ofensa à CF não é mediata ou reflexa quando o instrumento de controle da constitucionalidade ou solução do conflito de leis

¹¹² TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 408-409.

¹¹³ *Ibidem*, p. 411.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 409.

¹¹⁵ *Loc. cit.*

¹¹⁶ Supremo Tribunal Federal – Pleno. RE 226.462/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 25/05/2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 05.11.2008.

no tempo é a interpretação de lei infraconstitucional. Essa conclusão parte da premissa de que, ao interpretar que uma norma infraconstitucional possui o vício da inconstitucionalidade, o juiz “está adotando uma ‘interpretação incompatível com a Constituição’. *Compatível com a Constituição* seria a interpretação adequada do dispositivo que permitisse o seu aproveitamento” ¹¹⁷.

4.3.4 Sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais

Certamente essa é a hipótese onde a inconstitucionalidade aparece de forma mais latente. Os problemas apontados pela doutrina em relação a este ponto relacionam-se à conhecida *ofensa reflexa* (vide item 4.3.3), que ocorre quando há disciplina tanto constitucional quanto infraconstitucional sobre determinada matéria.¹¹⁸

Ela ocorre tanto no caso em que o dispositivo constitucional é apto a produzir efeitos independente do infraconstitucional, quanto no de regulamentação de um instituto previsto na Carta Magna por lei infraconstitucional. Nessa última circunstância mencionada, a ofensa à CF só ocorrerá se o *núcleo central do instituto for atingido*.¹¹⁹ Objetivando facilitar a compreensão dessa conjuntura, trazemos à colação um dos exemplos citados por Eduardo Talamini:

Exemplifique-se com o próprio instituto da coisa julgada. Tem previsão constitucional e detalhamento infraconstitucional (...). Daí que reputa não haver questão constitucional quando a questão se restringe à discussão das normas infraconstitucionais que o regulamentam. Contudo, se estiver havendo “*erro conspícuo* quanto ao conteúdo e a autoridade, em tese, da coisa julgada”, há ofensa à Constituição.¹²⁰

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 409-410.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 411.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 413.

¹²⁰ *Loc. cit.*

4.3.5 Sentença que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional

Para exemplificar essa hipótese, Eduardo Talamini cita as sentenças proferidas nas ações de reconhecimento de paternidade nos casos em que inexistia, ao tempo da prolação da sentença, prova científica que demonstrasse de forma confiável a situação real. Nessa situação, o que intriga é “a convicção de que tal desconformidade *seria evitável* se se pudesse contar com a prova científica, não disponível ao tempo do processo”¹²¹, conforme destacado por Barbosa Moreira:

(...) 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*.¹²²

Essas decisões, na época em que foram proferidas, não afrontaram qualquer direito ou princípio constitucionalmente protegido, mas, diante das atuais circunstâncias, violam um valor fundamental, o da dignidade humana.¹²³

“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”.¹²⁴ De fato, esse é um caso anômalo, onde estão em xeque direitos indisponíveis e a injustiça do *decisum*, tendo em vista a discrepância com a realidade.

Convém destacar que, nos casos em que, no momento em que a sentença foi proferida, o exame de DNA já for conhecido, o tratamento jurídico é diferente do mencionado acima. A não realização do exame viola as regras do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, conforme analisaremos no item 6.1.3.

¹²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 105.

¹²² *Loc. cit.*

¹²³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 414.

¹²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 105.

5 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A relativização da coisa julgada inconstitucional é um tema recente que tem causado muita polêmica e discussão tanto doutrinária quanto jurisprudencial, pois confronta dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito: a justiça e a segurança jurídica, conforme estudado no item 3.

Impende salientar que, em outra análise, se, por um lado, a manutenção da coisa julgada inconstitucional é uma afronta à Constituição Federal, a sua desconstituição, por outro, também pode ser interpretada como uma afronta a esta, tendo em vista que, de acordo com a opinião de renomados autores, esta é uma garantia constitucional do Estado Democrático de Direito¹²⁵.

Diante dos inúmeros problemas gerados em consequência do trânsito em julgado das sentenças contrárias à Carta Magna, surge o dilema de relativizar ou não a coisa julgada nesses casos. É exatamente para tentar solucionar, ou, ao menos, propiciar uma melhor compreensão desse paradigma que o estudo do fenômeno da coisa julgada inconstitucional vem ganhando cada vez mais importância para os operadores do direito.

Objetivando enriquecer a presente pesquisa, traremos à colação opiniões de diversos doutrinadores renomados sobre o assunto, mas alertamos desde já que o tema está longe de ser pacificado, esgotado. Tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários à tese da relativização são bem fundamentados juridicamente, o que, ao mesmo tempo em que problematiza, enriquece cada vez mais a discussão.

5.1 Desconsideração e relativização: distinção

Inicialmente, cumpre destacar a diferença terminológica existente entre os termos *relativização* e *desconsideração*. A importância dessa distinção tem relação direta com algumas das conclusões a que chegaram importantes e renomados

¹²⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Coisa julgada: garantia constitucional*. Revista do Processo. SÃO PAULO, ano 32, n. 146, p.11-31, abril 2007; MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada*. Disponível na internet: < <http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em 21/05/2008.

doutrinadores, tendo inegáveis reflexos nos meios jurídicos a serem adotados quando a intangibilidade da coisa julgada é questionada.

No decorrer do estudo feito, observamos que alguns autores confundem ou até mesmo igualam os dois conceitos, conforme podemos concluir a partir da leitura do seguinte trecho:

Na verdade, pretende-se **desconsiderar** a coisa julgada, como se ela não tivesse existido, utilizando-se o 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 1.º caput).¹²⁶ (grifos do autor)

Com todo respeito às opiniões diversas, a nosso ver, os dois termos possuem significados distintos, e, portanto, conferir tratamento similar a eles demonstra-se um equívoco.

De fato, a simples *desconsideração* é inadmissível na atual dinâmica político-democrática, pois os atos praticados pelo Poder Público gozam da presunção de legalidade e constitucionalidade, e, portanto, não podem ser simplesmente ignorados ou descumpridos.

“*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”.¹²⁷ É inegável que a simples desconsideração da coisa julgada representa ofensa direta às normas e princípios constitucionalmente protegidos, até mesmo porque “o processo é instrumento da democracia e não o seu algoz”.¹²⁸

Alexandre Câmara leciona que é predominante modernamente “a tendência doutrinária a permitir a relativização da coisa julgada independente de prévia desconstituição da sentença firme, em casos excepcionais”.¹²⁹ Porém, conforme

¹²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 257.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 260.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 261.

¹²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 20.

podemos observar a partir da simples leitura da frase anterior, o mestre está referindo-se não à *relativização*, mas sim à *desconsideração* da coisa julgada.

No presente estudo, partimos do pressuposto de que a prévia invalidação da sentença transitada em julgado é necessária para possibilitar o posterior “rejuízo da relação jurídica anteriormente normada”¹³⁰. A aplicação da teoria em foco (*relativização da coisa julgada inconstitucional*) não pode ser feita de forma irresponsável, já que se trata de adequar esse instituto à realidade fática, e, assim promover a pacificação social.

O “vício contido na ‘sentença inconstitucional’, em regra, não a faz juridicamente inexistente¹³¹ e, portanto, a sentença deve ser desconstituída”.¹³² Esse é um pressuposto necessário para que seja “desconstituída a proteção jurídica que lhe atribuída a qualidade de imutável”¹³³, pois:

(...) em face de seus naturais efeitos negativos, não pode e não deve o novo juízo tentar mitigá-la simplesmente desconhecendo o *accertamento* (juízo) anterior, vez que, sob o ponto de vista jurídico, indispensável a prévia e necessária invalidação desta e tão-somente após poderá haver rejuízo da relação jurídica anteriormente normada.¹³⁴

Diante do exposto, conclui-se que uma decisão judicial só pode ser impugnada ou anulada através de outra decisão judicial, sob pena de ferir a democracia e instaurar o caos na sociedade, pois todos poderiam passar a *desconsiderar* as decisões judiciais de acordo com seus interesses, o que é, obviamente, uma medida irresponsável que compromete a estabilidade das relações jurídicas e sociais, assim como todo o sistema de segurança jurídica no qual se baseia o Estado Democrático de Direito.

¹³⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual e relativização da coisa julgada*. Disponível na internet: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso realizado em 27/09/2008.

¹³¹ A inexistência das sentenças inconstitucionais será estudada em momento oportuno, no decorrer da presente pesquisa.

¹³² TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 615.

¹³³ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*

¹³⁴ *Loc. cit.*

5.2 Argumentos favoráveis

Tendo em vista que a Constituição Federal é a base do ordenamento jurídico brasileiro, convalidar decisões em desacordo com esta é claramente contradizer todo o Estado Democrático de Direito, admitir que a Democracia e o Direito possuem contradições lógicas, estruturais, porque todos os atos, seja de qualquer um dos Poderes, têm que subordinar ao Princípio da Constitucionalidade.

Conforme será observado a seguir, são adotados diversos entendimentos para fundamentar a possibilidade de relativização da *rei iudicatae* inconstitucional.

5.2.1 Infraconstitucionalidade do instituto da coisa julgada

Os defensores dessa tese argumentam que a intangibilidade da *res iudicata* é apenas um princípio ou regra de *caráter processual*, e, por isso, pode e deve ser flexibilizada para a prevalência dos preceitos da Constituição Federal, tendo em vista a posição hierarquicamente superior desta em relação às normas infraconstitucionais.

“A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade”¹³⁵.

A regra presente no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal seria uma norma de direito intertemporal direcionada ao legislador ordinário, consagrando o princípio da irretroatividade da lei nova¹³⁶. Sendo assim, o princípio da intangibilidade da coisa julgada não teria tutela constitucional, o que, por si só, já demonstra que o mesmo não é absoluto, devendo ser harmonizado com os demais princípios constitucionais em caso de choque de interesses e valores pelo fato de ser hierarquicamente inferior¹³⁷.

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 168.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 167.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 168.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, o tratamento conferido à coisa julgada contrária à lei e à inconstitucional¹³⁸ deve ser diferenciado, pois, apesar da segurança jurídica e certeza serem suficientes para justificar a manutenção da primeira, o mesmo não ocorre em relação à segunda. Isso ocorre porque esses valores “carecem de força positiva autónoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais”¹³⁹, sendo apenas passíveis de salvaguardar e validar os efeitos dos atos em desconformidade com a CF quando esta expressamente admitir essa possibilidade¹⁴⁰. No mesmo sentido:

O princípio da constitucionalidade determina (...) que a validade de quaisquer actos do poder público dependa sempre 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.¹⁴¹

Em remate, a manutenção da supremacia do princípio da intangibilidade da coisa julgada sobre qualquer outro de ordem constitucional é, sob outro ponto de vista, o mesmo que admitir a sobreposição da coisa julgada em relação à própria CF. E não é difícil imaginarmos as inúmeras situações que surgirão caso essas decisões com conteúdo teratológico venham a ser convalidadas com o tempo, cobertas sob o manto da imutabilidade.

5.2.2 Não formação da coisa julgada material

¹³⁸ É importante destacar, novamente, que o objeto de estudo da presente pesquisa restringe-se à relativização das sentenças *inconstitucionais* transitadas em julgado, e, por isso, não nos aprofundaremos em relação à análise da coisa julgada contrária à legislação infraconstitucional ou aquela que é tida como injusta.

¹³⁹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 61.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ *Loc. cit.*

O fundamento da argumentação dessa tese é a assertiva de que, incidindo a autoridade da coisa julgada sobre os efeitos substanciais da sentença, inexistindo esses efeitos, não há como se falar em formação da coisa julgada material ¹⁴². Assim:

(...) a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir.¹⁴³

Cândido Rangel Dinamarco, que é partidário dessa tese, leciona que as sentenças com vícios de inconstitucionalidade não formam a coisa julgada material, só a formal, produzindo tão somente *efeitos aparentes*, conforme concluímos a partir da leitura do trecho que segue:

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.¹⁴⁴

O mestre afirma que as sentenças que possuem enunciados de efeitos juridicamente impossíveis são, na verdade, desprovidas de efeitos substanciais, porque “os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência de vida dos litigantes” ¹⁴⁵, não produzindo efeitos externos, mas não são atos jurídicos inexistentes¹⁴⁶. Assim:

Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico constitucional.¹⁴⁷

Como exemplo, o professor cita:

(...) sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em conseqüência

¹⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, p. 101.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 97, nº 358, 2001, p. 25.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁴⁵ *Loc. cit.*

¹⁴⁶ O mestre destaca que essas sentenças, como atos jurídicos processuais, têm como efeito pôr fim ao processo, apesar de não possuírem a eficácia pretendida. *Loc cit.*

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 27.

de uma dívida não honrada, ou que condenasse uma mulher a proporcionar empréstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como esta 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. III e art. 5º).¹⁴⁸

Podemos identificar uma tendência à aplicação dessa tese na jurisprudência, nos casos de ações de investigação de paternidade, conforme destacado com clareza pelo Ministro Barros Monteiro em seu voto proferido no julgamento do Recurso especial 226.436/PR:

Nestes termos, não estando àquela época disponível o exame de DNA, inegável é no caso a ilação inferida pelo autor - ora recorrente - no sentido de que não se logrou demonstrar, no primitivo litígio, ser o réu o seu pai biológico simplesmente à falta do elemento tecnológico que atualmente se acha à disposição das partes. **Não se operara daí a coisa julgada material, mas tão somente a coisa julgada formal.**¹⁴⁹ (grifos nossos)

Nesses casos de investigação de paternidade, há autores que defendem que a formação da coisa julgada deve ser *secundum eventum probationis*. O juiz, diante da ausência de provas, deve optar por extinguir o processo sem julgamento de mérito ou, então, “o objeto é decidido sem caráter de definitividade, nada impedindo que algum dos interessados mova ação com base em nova prova, tal como ocorre em relação às ações coletivas (cf. art. 103 da Lei 8078/1990)”¹⁵⁰.

Nelson Nery Jr. interpreta a coisa julgada *secundum eventum probationis* como uma forma de fragilização do instituto, e, por esse motivo, sua utilização estaria restrita às hipóteses previstas taxativamente na legislação.¹⁵¹ De acordo com este raciocínio, seria imprescindível a edição de lei autorizando a relativização nesses casos, pois:

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 da 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.¹⁵²

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 24.

¹⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma, REsp 226.436/PR. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 04/02/2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 11.10.2008.

¹⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 349.

¹⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op.c cit.*, JusPODIVM, 2006, pp. 266-267.

¹⁵² *Ibidem*, p. 267.

Há vários doutrinadores que criticam essa pensamento, dentre os quais destacamos o professor José Carlos Barbosa Moreira, que defende que a deficiência de fundamentação reside na vinculação da autoridade da coisa julgada aos efeitos da sentença, conforme argumentação que segue:

“a falha básica reside em fazer depender a conclusão (inexistência da coisa julgada material) de uma premissa teórica que nada tem de pacífica, a saber a de que a *auctoritas rei iudicatae* é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença.¹⁵³

Entendemos que a adoção dessa tese traz algumas conseqüências práticas importantes, pois, se a decisão não tem força de coisa julgada material, ela pode ser desconstituída *a qualquer tempo*, simplificando a solução do problema da sentença inconstitucional transitada em julgado.

Porém, conforme defendemos no item 5.1, a *desconstituição* da decisão é pressuposto necessário para a relativização, pois, até que isso ocorra, a sentença tem eficácia plena e deve ser respeitada por todos.

5.2.3 Inexistência de garantias constitucionais absolutas

Identificamos outra corrente favorável à relativização, que utiliza argumentação distinta das acima expostas, admitindo que a coisa julgada é uma garantia fundamental corolária da garantia constitucional da segurança jurídica, mas ressaltando que esta não é absoluta.¹⁵⁴

Na verdade, essa conclusão advém da constatação de que não existem garantias constitucionais absolutas¹⁵⁵, pois:

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-

¹⁵³ BARBOSA, MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, p. 102.

¹⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁵⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*

se, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade geral dos efeitos de atos inconstitucionais.¹⁵⁶

De acordo com essa tese, a intangibilidade da coisa julgada não tem caráter absoluto, e, portanto, em determinadas situações, se “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”.¹⁵⁷

O disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da CF não assegura tão somente o princípio da irretroatividade das leis. Sua abrangência é mais ampla, e, portanto, todas as leis que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada seriam inconstitucionais, independente de retroagirem ou não.¹⁵⁸ Como exemplo da aplicação prática dos conceitos defendidos por essa corrente, podemos destacar a Lei 9.494/2007, que limitou territorialmente o alcance da coisa julgada em processos de ação civil pública, enfraquecendo o alcance da autoridade desta e, nem por isso, foi considerada inconstitucional.

A relativização seria possível a partir da aplicação do princípio da razoabilidade¹⁵⁹, que permite ao julgador, diante de dois direitos constitucionalmente protegidos, ponderar os interesses em choque para evitar resultados injustos e desproporcionais.

(...) Neste cenário tudo se opera no plano constitucional, vez que se admite a mitigação de certo direito frente a outro ainda mais relevante, pena de, em se mantendo a inflexibilidade, gerar um resultado desproporcional, haja vista que estar-se-ia prestigiando um direito de menor hierarquia, embora também de assento constitucional.¹⁶⁰

Ovídio Batista alerta que o condicionamento da eficácia da coisa julgada à não ofensa a algum princípio de estatura constitucional é uma “premissa impossível de ser

¹⁵⁶ OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 60-61.

¹⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 186.

¹⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁵⁹ Vide item 3.3, onde estudamos a ponderação de interesses e a proporcionalidade.

¹⁶⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*

observada” ¹⁶¹, pois, por “sua própria natureza, os **princípios** são normas abertas, cuja aplicação obedece uma escala de ‘otimização’, estranha à incidência de **regras** legais”

¹⁶². (grifos do autor) E, portanto:

(...) o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, por que ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da *justiça das decisões judiciais*, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).¹⁶³

5.2.4 Sentença inconstitucional como ato jurídico inexistente

“À semelhança de qualquer outro ato jurídico, os provimentos do juiz exigem exame nos planos da existência, da validade e da eficácia” ¹⁶⁴. “No plano da existência não se cogita da validade ou da eficácia do fato jurídico, importando, apenas, a realidade da existência” ¹⁶⁵. Ela está ligada à observância de elementos estruturais, indispensáveis à existência do fato, ato ou negócio jurídico¹⁶⁶. Assim, “basta a falta de um deles para inexistir o fato, o ato ou o negócio jurídico e até a relação processual” ¹⁶⁷, ou, mais precisamente:

(a) se faltarem os elementos tempo e espaço, não há sequer fato jurídico; (b) sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e (c) e finalmente, sem circunstâncias negociais, forma e objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico.¹⁶⁸

¹⁶¹ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Coisa julgada relativa?* In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 276.

¹⁶² *Loc. cit.*

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁴ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 37.

¹⁶⁵ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 31.

¹⁶⁶ O professor Roque Komatsu diz que esses elementos são a forma, o objeto, o agente, o lugar e o tempo. *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

Os atos jurídicos nulos e os anuláveis são distintos dos inexistentes, pois, os primeiros ingressam no mundo jurídico, produzindo efeitos e necessitando de provimento jurisdicional que os desconstitua¹⁶⁹, enquanto os segundos sequer existem no mundo jurídico, não transitando em julgado, e, conseqüentemente, não formando a coisa julgada material, hipótese estudada no item 5.2.2.

A importância da distinção encontra-se exatamente no fato de que os atos jurídicos inválidos produzem efeitos, embora de forma deficiente, enquanto os inexistentes são incapazes de gerar efeitos, e, por isso, sequer ingressam no mundo jurídico.

De acordo com esse ponto de vista, as sentenças que tenham como fundamento lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, são inexistentes e não transitam em julgado, pois o fundamento do pedido que fora formulado é uma lei igualmente inexistente.¹⁷⁰

A declaração de inconstitucionalidade retiraria o ato normativo do ordenamento jurídico, com efeitos *ex tunc*, excetuando-se os casos previstos no artigo 27 da Lei 9.868/99, que confere poderes ao Supremo Tribunal Federal de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nesse mesmo aspecto:

(...) 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.

(...)

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*.¹⁷¹ (grifos dos autores)

¹⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 343.

¹⁷¹ *Ibidem*, pp. 343-344.

De fato, essas sentenças, embora inconstitucionais, ingressaram no mundo jurídico e, em algumas situações, até geraram efeitos e situações novas.

O grande problema que surge quando admitimos a ineficácia dessas sentenças de forma tão ampla é a insegurança jurídica gerada, pois, conforme destacado por Teori Albino Zavascki, a inexistência traria como conseqüência a eliminação, “de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, do princípio da coisa julgada, que também tem assento na Constituição”¹⁷²:

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 permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores).¹⁷³

5.3 Argumentos contrários

5.3.1 Constitucionalidade do princípio da intangibilidade da coisa julgada – instituto jurídico como direito fundamental

Essa tese defende a impossibilidade de relativização da coisa julgada sob a argumentação de que a esta é um direito ou garantia dos direitos fundamentais, e, portanto, sua intangibilidade é absoluta, sob pena de afronta direta à Carta Magna.

Ao tratar do disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, Paulo Roberto Gouvêa Medina salienta que:

Não se pode perder de vista, entretanto, uma circunstância: é a de que **esse dispositivo se insere no elenco dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo que contempla os direitos e deveres individuais e coletivos, constituindo a regra nele enunciada uma das condições estabelecidas no texto constitucional para a garantia daqueles**

¹⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 330.

¹⁷³ *Loc. cit.*

direitos, no que concerne ao seu núcleo essencial, ou seja, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A proteção conferida à coisa julgada, no inciso XXXVI, é, na verdade, um desdobramento da segurança jurídica, que o caput do art. 5º quer ver assegurada. É como se o dispositivo constitucional dissesse que se garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à segurança, no que diz respeito, inclusive, ao comando emergente das sentenças trânsitas em julgado, que se tem como imutável.¹⁷⁴ (grifos nossos)

O autor ensina que a coisa julgada é uma das vertentes de proteção do direito adquirido, e, portanto, sua intangibilidade é absoluta, ponderando que:

(...) como seria possível conferir à coisa julgada proteção menor do que aquela que se atribui ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito? A pretendida “relativização” da coisa julgada implicaria, porventura, igual flexibilização do direito adquirido e do ato jurídico perfeito? Ou o pressuposto de que se a parte é o de que a garantia da coisa julgada é mais frágil ou menos extensa do que as demais garantias? Na verdade, **o movimento que se esboça no sentido de afirmar que a imutabilidade da sentença trânsita em julgado é, apenas, relativa, acabará por enfraquecer também os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, comprometendo, definitivamente, o conjunto de garantias de que a Constituição cerca a segurança jurídica.**¹⁷⁵ (grifos nossos)

Obviamente, se a coisa julgada for concebida como direito fundamental ou garantia de direitos fundamentais, a sua relativização será inconcebível, sob pena de afronta direta às chamadas *cláusulas pétreas*, previstas no parágrafo 4º do artigo 60¹⁷⁶. “Isso significa que estão os legisladores, administradores e juízes expressamente proibidos, pela Constituição Federal, de diminuir (prejudicar) o alcance da coisa julgada”, tendo em vista que as cláusulas pétreas funcionam como limite para atuação legislativa.

Nessa mesma linha de raciocínio, há alguns autores que consideram até mesmo a previsão legal de desconstituição da coisa julgada através da ação rescisória como *aparentemente* inconstitucional. Entretanto a constitucionalidade do dispositivo é inquestionável, como consequência direta da incidência do princípio constitucional da

¹⁷⁴ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁷⁶ GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 145; NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 258 e 261; ARMELIN, Donaldo. *Op. cit.*, p. 74.

proporcionalidade¹⁷⁷, e, por isso, não estenderemos o estudo das críticas feitas a partir dessa consideração.

Outra argumentação utilizada pelos defensores dessa concepção é a de que a Constituição Federal veda a possibilidade de modificação da *res iudicata* por lei posterior e, como o limite de atuação do Judiciário é a lei, a este, conseqüentemente, é defeso modificá-la¹⁷⁸. As funções atribuídas ao Judiciário são a aplicação e interpretação das leis de acordo com os *limites pré-estabelecidos*, em estrita obediência à hierarquia estabelecida, e a critérios de legalidade.

As decisões jurídicas refletem a vontade do Estado, e, por esse motivo, após a formação da coisa julgada, não é lícito nem às partes, nem ao Estado modificá-las sem prejuízo para a harmonia das relações jurídicas estabelecidas com base nesta e as influenciadas a partir da *eficácia natural da sentença*. Nesse mister, destacamos a clareza das ponderações feitas por Paulo Medina:

Se, portanto, a Constituição declara que a coisa julgada fica protegida em face da lei superveniente, *a fortiori*, está, assim, a protegê-la, igualmente, ante outras sentenças. Com efeito, **a lei representa para o juiz o limite natural do exercício de sua função. Não pode o juiz julgar senão segundo a lei. O que à lei é vedado, lícita não será ao juiz natural determinar. Na cláusula constitucional que tutela a coisa julgada, está implícita, por conseguinte, a sujeição a ela do próprio juiz. É esse um corolário do *princípio da legalidade*, que norteia a ação de todos os Poderes.**¹⁷⁹ (grifos nossos)

O professor Leonardo Greco, salienta que a análise do tema deve levar em consideração duas premissas: a fragilidade da coisa julgada no sistema jurídico brasileiro e a natureza deste instituto jurídico.¹⁸⁰

O ilustre professor entende que a coisa julgada é uma garantia fundamental, e, portanto, não pode ser afastada ou flexibilizada sob pena de afronta direta à CF. Essa conclusão parte da premissa de que a coisa julgada é um instrumento indispensável à concretização da segurança em sentido amplo.

¹⁷⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 262.

¹⁷⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁹ *Loc. cit.*

¹⁸⁰ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*

Ainda de acordo com Leonardo Greco, como o controle de constitucionalidade tem como objetivo preservar e resguardar os direitos fundamentais, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não deve ter influência sobre as decisões já transitadas em julgado e alcançadas pela eficácia da coisa julgada, pois a *res iudicata* é uma garantia fundamental, como instrumento indispensável à concretização da segurança jurídica.

Tendo em vista que a segurança jurídica é um direito fundamental, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em controle abstrato não influenciaria as sentenças anteriores transitadas em julgado que foram fundamentadas em entendimento contrário ao do Supremo Tribunal Federal.

O único instrumento processual apto a invalidar esse *decisum* seria a ação rescisória, dentro do prazo estabelecido em lei.

Ele afirma que:

(..) em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental assegurado 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.¹⁸¹

Porém, não nos parece razoável recusar a existência de sentenças trânsitas em julgado com o vício da inconstitucionalidade e, muito menos, negar a existência de soluções juridicamente possíveis e aceitáveis para o problema. “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”¹⁸², pois esse corrente que vê a coisa julgada como absolutamente intangível, “representa uma radicalização maniqueísta, pois, em última análise, a segurança jurídica representaria um valor absoluto ao qual nem mesmo o princípio da constitucionalidade prevaleceria”.¹⁸³ Nesse sentido:

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

¹⁸¹ *Loc. cit.*

¹⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 197.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 198.

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 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.¹⁸⁴

5.4 Eficácia da declaração *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo

O estudo dos efeitos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade tem influência direta no estudo do tema em foco, já que os efeitos da decisão inconstitucional transitada em julgado podem ser mitigados a partir da abrangência dada aos efeitos dessa declaração (se *ex nunc* ou *ex tunc*).¹⁸⁵ Não há dúvidas quanto à eficácia *erga omnes* dessa decisão¹⁸⁶, tendo em vista a autoridade do STF como guardião da Carta Magna.

No Brasil, a tese de que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle abstrato tem efeitos retroativos sempre prevaleceu¹⁸⁷, a partir da assertiva de que a lei inconstitucional é nula *ipso iure* e *ex tunc*¹⁸⁸. “Na verdade, ocorrendo essa

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 197.

¹⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 426.

¹⁸⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 678.

¹⁸⁷ *Loc. cit.*

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 92.

declaração, tem-se que a lei rigorosamente nunca teria integrado o sistema jurídico positivo, pois que colidente com a Lei Maior”.¹⁸⁹

Porém, convém lembrar que esses efeitos podem ser limitados diante da exigência de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*, não retroagindo, assim, em alguns casos. Assim, a lei inconstitucional deixou de ser considerada nula *ipso iure*, passando a ser anulável. Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade teria caráter constitutivo¹⁹⁰, e não mais declaratório.

Essa restrição dos efeitos aplica-se nas hipóteses em que a declaração de nulidade da lei possa causar danos à ordem pública, porque a lei foi aplicada de forma pacífica por muito tempo, repercutindo na segurança e estabilidade das relações jurídicas já estruturadas.¹⁹¹ Essa situação tem previsão no artigo 27 da Lei 9.868/99¹⁹², que preceitua o seguinte:

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

Em relação à eficácia dessas decisões, destaca-se a objetividade e clareza da análise feita pelo professor Araken de Assis, que trazemos à colação:

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 a retroatividade, disposição expressa em contrário, preservando situações pretéritas. Outorgando o STF efeitos *ex nunc* ao seu julgamento, com o fito de não bulir com os direitos adquiridos sob a égide da lei inconstitucional, nenhuma aplicação cabe ao art. 741, parágrafo único, e o art. 475-L, § 1.º, às sentenças transitadas em julgado baseadas no preceito controvertido. Em outras palavras, a alegação de julgado do STF nos embargos atenderá aos 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

¹⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 343.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 180.

¹⁹² Essa lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

ao interessado, emitido o provimento pela Corte Constitucional, avaliar sua extensão no respectivo dispositivo.¹⁹³

A importância dessa questão é tão latente que o legislador infraconstitucional, atento às mudanças sociais, incluiu no CPC dois dispositivos que possibilitam a arguição de inexigibilidade do título executivo judicial com fundamento na declaração de inconstitucionalidade feita pelo STF ou em interpretação ou aplicação de lei tida pelo STF como incompatível com a CF (parágrafo 1º do art. 475-L e parágrafo único do art. 741, ambos do CPC).¹⁹⁴

6 INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADEQUADOS À IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Admitida a possibilidade de existência da coisa julgada inconstitucional, e levando em consideração a gravidade de tal vício, assim como a validade e exeqüibilidade da sentença enquanto não for reformada por outra decisão judicial, surge o problema de possibilitar a efetiva e concreta relativização desta sem confrontar as normas do ordenamento jurídico pátrio.

¹⁹³ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁴ Vide item 6.2.

Tal preocupação baseia-se principalmente na premissa de que o processo é um instrumento de tutela efetiva dos direitos, e, portanto, não podemos admitir a incoerência da manutenção de situações *à margem do direito*, que não podem ter um tratamento jurídico adequado devido à inexistência de previsão normativa.

Para solucionar essa questão, a doutrina aponta diversos mecanismos hábeis a relativizar a *res iudicata* inconstitucional¹⁹⁵, mas, neste capítulo, focaremos nosso estudo em apenas em alguns deles, notadamente a ação rescisória, a impugnação à sentença fundada em inconstitucionalidade e as defesas do executado (com fundamentos nos artigos 475-L, § 1º e 471, parágrafo único, ambos do CPC) e a *querela nullitatis*. Analisaremos os meios jurídicos mencionados por entendermos que eles têm maior possibilidade de tornar efetiva a rediscussão da matéria contida no *decisum* coberto pelo manto da imutabilidade.

6.1 Ação rescisória

6.1.1 Conceito e natureza jurídica

¹⁹⁵ Dentre eles podemos destacar, por exemplo, o mandado de segurança, a ação autônoma com análise da inconstitucionalidade *incidenter tantum* e a exceção de pré-executividade. Para utilização do mandado de segurança como meio para desconstituir a *res iudicata* inconstitucional, temos que considerar a inconstitucionalidade da limitação do prazo para impetração como premissa, tendo em vista que o *mandamus* seria uma garantia constitucional, não podendo, assim ser obstada por uma norma infraconstitucional (SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 185). A arguição e apreciação da coisa julgada de forma incidental pressupõe nulidade do *decisum* anterior, o que suscita uma questão hierárquica, pois, não é razoável autorizar um juiz de primeiro grau a simplesmente desconsiderar a coisa julgada, principalmente quando esta é decorrente, por exemplo, de decisões proferidas pelo STF. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 22, jan. 2005, p. 108). A exceção de pré-executividade é defendida por alguns autores com fundamento na premissa de que a inconstitucionalidade é matéria de ordem pública, ressaltando que, nesse caso, essa medida só poderá ser utilizada quando a sentença inconstitucional transitada em julgado possuir natureza condenatória. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 26).

Com disciplina legal no artigo 485 do CPC, a ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação que tem como finalidade a reavaliação da sentença transitada em julgado¹⁹⁶, a partir da sua desconstituição e eventual rejuízo da causa.

De acordo com Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira¹⁹⁷, essa ação tem natureza constitutiva negativa¹⁹⁸ ou desconstitutiva, dependendo dos pedidos formulados na exordial, que podem restringir-se a desconstituição do julgado (*judicium rescindens*) ou abranger também o rejuízo da causa (*judicium rescissorium*).¹⁹⁹

6.1.2 Objeto: sentença de mérito transitada em julgado

A ação rescisória tem por objeto as *sentenças de mérito*²⁰⁰, que são aquelas “onde o juiz acolhe ou rejeita o pedido autoral”²⁰¹. “A qualificação ‘de mérito’ tem a finalidade de indicar *ato acobertado pela coisa julgada material*”²⁰², que é formada a partir do trânsito em julgado da sentença, quando não são mais cabíveis recursos para impugnar seu conteúdo, que se torna imutável, indiscutível. “Essa imutabilidade impõe-se a quem quer que seja: autoridade judicial, administrativa ou mesmo legislativa”²⁰³.

¹⁹⁶ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, p. 145.

¹⁹⁷ *Ibidem*. p. 147.

¹⁹⁸ No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 137.

¹⁹⁹ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, pp. 148-149.

²⁰⁰ Vide *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil: “A *sentença de mérito*, transitada em julgado, pode ser rescindida (...)” (grifos nossos).

²⁰¹ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *Op. cit.*, p. 146.

²⁰² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op. cit.*, p. 140.

²⁰³ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73.

Tendo em vista que não existe *ação rescisória preventiva*, “não basta que o ato a rescindir possa futuramente fazer coisa julgada material. É preciso que ele já se revista dessa autoridade, que advém com o trânsito em julgado”.²⁰⁴

A importância dessa especificação do objeto da ação rescisória pode ser corroborada a partir da constatação de que a extinção do processo sem julgamento do mérito, que forma tão somente a coisa julgada formal, conforme estudado anteriormente, não obsta que o autor proponha nova ação idêntica, nos termos do artigo 268 do CPC²⁰⁵, o que, obviamente, tornaria inócua a possibilidade de propositura da rescisória nessa hipótese.

Fundamental salientar que, ao teor do que dispõe a súmula 514 do STF, “admitese ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”. Portanto, a não-interposição, a renúncia ou a desistência de recursos não são óbices à propositura da ação rescisória.²⁰⁶

6.1.3 Violação à Constituição Federal

As hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativamente previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, conforme podemos observar a seguir:

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

- I** - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II** - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III** - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV** - ofender a coisa julgada;
- V** - violar literal disposição de lei;
- VI** - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

²⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op. cit.*, p. 142.

²⁰⁵ *Caput* do art. 268: “Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.”

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. *Op. cit.*, p. 142.

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

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

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

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

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

Na realidade, se analisarmos as hipóteses elencadas acima não encontraremos, de *forma expressa*, a previsão de violação à Constituição Federal como fundamento para propositura da ação rescisória. Para resolver esse problema, devemos interpretar a palavra “*lei*”²⁰⁷ em sentido amplo²⁰⁸, como ato jurídico dotado das características de generalidade e abstração, incluindo, assim, a violação às normas da Carta Magna como uma das hipóteses de propositura.

O vocábulo “lei”, no dispositivo em exame, compreende obviamente a própria Constituição e ainda qualquer espécie legislativa nela prevista (CF, art. 59). Mais ainda, abrange as normas de direito estadual, municipal e estrangeiro. Há quem chegue a cogitar que os regulamentos administrativos estariam apanhados pelo termo. O alcance da expressão é amplíssimo. Não faria sentido, interpretação que excluisse de tal hipótese a ofensa à norma constitucional, precisamente a afronta mais grave à ordem jurídica. Tal leitura só se justificaria caso se reputasse que a sentença ofensiva à Constituição é desde logo ineficaz, dispensando-se a própria rescisória. Porém, e como se verá, não é correta tal concepção (...). Enfim, “lei” tem na regra o sentido de norma jurídica (geral e abstrata).²⁰⁹ (grifos nossos)

Outro ponto interessante a ser destacado refere-se à desnecessidade da violação à lei ser *literal*, pois, com esse termo, “quer-se apenas significar que a afronta à ordem jurídica, para que caiba a rescisória com base nesse inciso, precisa ser constatável pelo mero exame das ‘questões jurídicas’, considerando-se como premissa os fatos já definidos no processo”²¹⁰. Essa conclusão é corroborada a partir da

²⁰⁷ Vide inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil: “violar literal disposição de lei”. (grifos nossos)

²⁰⁸ No mesmo sentido: SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro. *Op. cit.*, p. 149; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 341; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 103; NERY JÚNIOR, Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 263-264.

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 158-159.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 161.

constatação de que essa violação também ocorre nos casos em que há interpretação diversa da *correta* ²¹¹.

A limitação do cabimento da ação rescisória aos casos de *literal violação da lei* vai de encontro ao próprio fenômeno jurídico, pois “não há norma jurídica que possa ser extraída de um dispositivo legal automaticamente, sem interpretação” ²¹². Isso ocorre porque a aplicação da norma pressupõe um processo interpretativo anterior, de acordo com o que leciona Eduardo Talamini:

O texto legal é mero signo, que só assume significado mediante o processo de compreensão humana. Sempre há o que interpretar. E **ainda que seja para adotar a interpretação “mais literal possível” de um dispositivo, é sempre indispensável descartar as interpretações ligadas a outros vetores (sistemáticos, teleológicos, históricos...), e, portanto, em grau maior ou menor, é sempre necessário empregar esses outros métodos interpretativos. Enfim, a aplicação da norma sempre implica o processo interpretativo, o qual, por sua vez, sempre envolve a investigação de aspectos que vão além da simples letra da lei, mesmo quando a conclusão final venha a ser pela adoção do sentido “mais literal possível”**.²¹³ (grifos nossos)

Tendo como premissa as considerações feitas acima, acerca da desnecessidade da violação à lei ser literal, passaremos, a partir desse momento, a interpretar os incisos do artigo 485 do CPC e, assim incluir nas hipóteses de cabimento da ação rescisória algumas situações pontuais que merecem tratamento jurídico especial.

Um posicionamento interessante destaca a necessidade de interpretação extensiva do inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil para incluir os princípios juridicamente protegidos como hipótese de cabimento da rescisória, tendo em vista que estes, ao constituir direitos e deveres e vincular o aplicador do direito, *também são normas jurídicas*.²¹⁴ Portanto, o desrespeito aos princípios seria tão nocivo ao ordenamento jurídico pátrio quanto a ofensa a dispositivos legais, levando em consideração a crescente importância dos destes no sistema democrático²¹⁵. “Assim,

²¹¹ *Ibidem*, p. 160.

²¹² *Ibidem*, p. 161.

²¹³ *Loc.cit.*

²¹⁴ *Ibidem*, p. 159.

²¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 347.

caberá a rescisão da sentença ofensiva ao princípio jurídico, desde que seja possível aferir a violação independentemente de produção probatória”²¹⁶.

Em relação à hipótese prevista no inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil (possibilidade de proposição da ação rescisória quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”), cumpre mencionar que parte da doutrina interpreta este dispositivo como referente a documento que já existia à época da prolação do *decisum*²¹⁷, mas há decisões do Superior Tribunal de Justiça admitindo a possibilidade de extensão da interpretação desse dispositivo, para enquadrar o exame de DNA como uma das hipóteses de *documento novo*, o que, inegavelmente, representa um enorme avanço para a disciplina jurídica da questão referente às ações de investigação de paternidade.

INVESTIGAÇÃO. PATERNIDADE. DNA. AR

O laudo do exame de DNA, mesmo após a confirmação do juízo *ad quem* da sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, **é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485, VII, CPC)**. Precedente citado: REsp. 189.306-MG, DJ 25/8/2003. REsp. 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28/4/2004.²¹⁸ (grifos nossos)

AÇÃO RESCISÓRIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE -**FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO** NESSES CASOS. SOLUÇÃO PRÓ VERDADEIRO "STATUS PATER".

- **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.²¹⁹ (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE.

O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória da paternidade é documento para o fim de ensejar a ação rescisória. Recurso conhecido e provido.²²⁰ (grifos nossos)

²¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 159.

²¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 106.

²¹⁸ Informativo de jurisprudência nº 0206 do Superior Tribunal de Justiça, período: 19 a 30 de abril de 2004. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13.10.2008.

²¹⁹ Superior Tribunal de Justiça – 3ª Turma, REsp 300084/GO. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 06/09/2004, p. 161. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13.10.2008.

Impende destacar o tratamento jurídico diverso que é conferido aos casos em que, à época do processo, o exame de DNA já era conhecido e realizável. Nessas situações, “a falta de tal exame no processo pode configurar uma violação a disposição normativa”²²¹, ensejando, assim, a propositura da rescisória com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC, e não mais no inciso VII desse mesmo artigo, por não tratar-se de *documento novo*. “A ‘novidade’ exigida pela lei diz respeito à ausência de tal documento no processo em que se formou a sentença que se quer rescindir”²²², não possuindo, assim, relação direta com o momento de formação. “Nesse sentido, o documento ‘novo’ ensejador da ação rescisória é ‘antigo’ no que tange ao momento de sua formação”²²³.

Eduardo Talamini menciona duas situações jurídicas diversas: aquela onde nem as partes requereram e nem o juiz determinou a produção dessa prova *ex officio* ou houve indeferimento²²⁴, e aquela na qual, apesar de ter sido deferida a produção do exame, uma das partes se recusou a realizá-lo²²⁵.

De acordo com o artigo 130 do Código de Processo Civil, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as *provas necessárias à instrução do processo*, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Tendo em vista tratar-se de direito indisponível, o juiz tem o *dever* de determinar as provas que entender relevante e útil para o deslinde da demanda, como forma de garantir a paridade de armas, a igualdade entre as partes.

No mesmo sentido:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO.

²²⁰ Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma, REsp 189306/MG. Relator: Ministro BARROS MONTEIRO. DJ 14/10/2002, p. 231. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 13.10.2008.

²²¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 627.

²²² *Ibidem*, p. 179.

²²³ *Loc. cit.*

²²⁴ *Ibidem*, p. 627.

²²⁵ *Ibidem*, p. 628.

CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.²²⁶ (grifos nossos)

Se as partes têm direito à busca pela verdade, é preciso que o ordenamento jurídico disponibilize instrumentos hábeis para tal, pois o direito de acesso às provas é indiscutivelmente uma das facetas do direito de acesso à justiça, à plenitude de defesa, à tutela jurisdicional efetiva. Então, o indeferimento ou a não produção dessa prova *ex officio* caracteriza ofensa à norma constitucional do devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da CF), do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da CF), da mesma forma que, quando o motivo da prova não ter sido produzida for a hipossuficiência financeira de uma das partes, haverá violação da norma constitucional que garante a todos o acesso à justiça (inciso XXXV do artigo 5º da CF) e da assistência jurídica (inciso LXXIV do artigo 5º da CF).²²⁷

Situação diversa ocorre nos casos em que houve deferimento ou determinação *ex officio* de produção do exame de DNA, mas há recusa da parte em submeter-se ao exame. Nesse caso, cabe ao juiz considerar essa conduta como “índice desfavorável aos fatos por ela defendidos”²²⁸, e julgar com base nessas presunções. Segundo Eduardo Talamini, a sentença que julga com base em presunções não viola nenhuma disposição normativa, mas “o problema que se põe nessa hipótese não concerne à

²²⁶ Superior Tribunal de Justiça – 4ª Turma, REsp nº. 222.445/PR, Relator Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 29/04/2002, p. 246. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 14.10.2008.

²²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 627.

²²⁸ *Ibidem*, p. 628.

segurança jurídica ou à coisa julgada nem aos instrumentos destinados a desconstituí-la. Refere-se, fundamentalmente, à premissa estabelecida” ²²⁹ ao considerar que a recusa da parte é um “indício desfavorável aos fatos por ela defendidos” ²³⁰.

Conforme acórdão que segue, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a questão e considerou a recusa da parte legítima. Essa interpretação, inegavelmente, cria uma situação incoerente em relação às conclusões feitas a partir da recusa, às presunções desfavoráveis que são formuladas a partir de tal atitude.

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.²³¹

Evidentemente, essa situação adquiriu uma complexidade de tal magnitude que necessitaria de um estudo mais aprofundado e detalhado, porém, na presente pesquisa, nos limitamos a questionar os fundamentos jurídicos de manutenção dessa decisão baseada em indícios desfavoráveis diante do pronunciamento do STF acerca do assunto.

Se o próprio STF reconhece o direito de recusa como legítimo, evidentemente, não pode o julgador, a despeito disso, considerar tal atitude como presunção de existência de vínculo paterno, sob pena de subverter a ordem jurídico-constitucional. As decisões proferidas pelo STF devem ser respeitadas e aplicadas devido à sua importância político-jurídica, assim como por proteção ao princípio da segurança jurídica, sendo inadmissível admitir a coexistência, no sistema democrático, dessas decisões judiciais em manifesto conflito.

²²⁹ *Loc. cit.*

²³⁰ *Loc. cit.*

²³¹ Supremo Tribunal Federal - Pleno, Habeas corpus nº. 71.373/RS. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.11.1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14.10.2008.

6.1.4 Prazo para propositura

A legislação processual prevê um limite decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, tendo como termo *a quo* a constituição da *res iudicata*. O problema surge a partir do decurso desse lapso temporal, pois, a partir desse momento, ocorre o fenômeno da “coisa soberanamente julgada”²³², e a autoridade da coisa julgada fica imune a posteriores ataques.

Para resolver esse problema, o professor gaúcho Sérgio Gilberto Porto propõe uma modificação em relação às hipóteses excepcionais de cabimento da ação rescisória, que torne possível a rescisão em prazo maior ou, ainda, sem prazo decadencial, tendo em vista tratar-se de vícios inconvalidáveis, na forma das considerações que seguem:

Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de ação rescisória 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 pois tem causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável.²³³

Em relação a essa questão, trazemos à colação a opinião do mestre Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira, que defende a possibilidade de proposição da ação rescisória mesmo após o prazo de dois anos em razão da natureza do vício e da necessidade de interpretação conforme a Constituição, conforme observamos:

Ora, em casos como os de inconstitucionalidade, p. ex., atentatórios ao princípio da isonomia, o correto é fazer-se uma interpretação conforme a Constituição do instituto processual em questão, para que, filtrando-se a norma do art. 495 do CPC, seja permitida a proposição da ação rescisória em prazo maior do que o de 2 anos.²³⁴

Porém, as tentativas de ampliar o prazo de propositura da ação rescisória feitas até o presente momento restaram infrutíferas²³⁵, conforme podemos constatar a partir

²³² NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 262.

²³³ PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual e relativização da coisa julgada*. Disponível na internet: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso realizado em 27/09/2008.

²³⁴ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. *Op. cit.*, p. 162.

da leitura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.910/DF²³⁶ e 1.753/DF²³⁷ que seguem:

ADIN nº 1.910/DF – Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA: ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS (MPR 1.703/98 A MPR 1798-3/99) EDITADAS E REEDITADAS PARA A) ALTERAR O ART. 188, I, CPC, A FIM DE DUPLICAR O PRAZO PARA AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA, QUANDO PROPOSTA PELA UNIÃO, OS ESTADOS O DF, OS MUNICÍPIO OU O MINISTÉRIO PÚBLICO; (...)

(...)

3. A igualdade das partes é imanente ao **procedural due process of law**, quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

4. No caminho da efetivação do **due process of law** – que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático – a tendência há de ser a gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a criação de outros, como – é preciso dizê-lo – se tem observado neste decênio no Brasil. (grifos do autor)

ADIN nº 1.753/DF – Ementa: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. Único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e (...)

1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.

2. A igualdade das partes é imanente ao **procedural due process of law**, quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por

²³⁵ Foram propostas duas ADINs com o objetivo de aumentar o prazo de propositura da ação rescisória em favor da Fazenda Pública, além de criar mais uma hipótese de cabimento desta ação. MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei 11.232/2005*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.87.

²³⁶ Supremo Tribunal Federal – Pleno, ADin (MC) nº 1.910/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ: 27 de fevereiro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14.10.2008.

²³⁷ Supremo Tribunal Federal – Pleno, ADin nº 1.753/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 12 de junho de 1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 14.10.2008.

visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público. (grifos do autor)

A nosso ver, a alteração do artigo 495 do CPC é pressuposto necessário para possibilitar a propositura da ação rescisória após o prazo de dois anos, sob pena de ofensa à separação dos poderes e, em análise mais ampla, ao próprio Estado Democrático de Direito. Portanto, enquanto vigorar a presente redação do artigo mencionado, o prazo de propositura da ação rescisória está restrito aos dois anos previstos.

6.1.5 Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal

Ainda sobre o tema, impende destacar algumas observações acerca da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal²³⁸, que determina que não cabe ação rescisória contra decisão que tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Essa súmula é alvo de muitas críticas, principalmente porque o “caráter ‘controvertido’ da questão tornaria justificável o erro do juiz: bastaria que ele houvesse adotado uma entre as várias correntes interpretativas então cogitadas (...) para que a decisão permanecesse incólume ao ataque da ação rescisória”.²³⁹

Porém, essas críticas não têm maior relevância em relação ao tema estudado na presente pesquisa, pois, de acordo com o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, a aplicação dessa súmula se restringe aos casos de violação de lei ordinária,

²³⁸ Súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

²³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 162.

não tendo validade em relação a violações do texto constitucional²⁴⁰, conforme entendimento consolidado nos acórdãos que seguem.

PROCESSUAL – AÇÃO RESCISÓRIA – LEI 7.787/89 – INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL – SÚMULA 343 DO STF – NÃO INCIDÊNCIA.

- Se a decisão judicial rescindenda aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo STF, a ação rescisória é cabível. Nada importa que a circunstância de que, na época em que se formou tal decisão, era controvertida nos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei, a restrição contida na Súmula 343 do STF incide somente, quando o dissídio pretoriano envolvia a interpretação de dispositivo legal.²⁴¹

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 11731/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 a 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)²⁴² (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 343/STF. INCIDÊNCIA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante entendimento sedimentado no âmbito do STJ, nos casos em que a questão envolve violação aos artigos da Constituição Federal não se aplica a Súmula nº 343 do STF, sendo cabível a ação rescisória.

²⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 166.

²⁴¹ Superior Tribunal de Justiça - 1ª Turma, REsp nº 130.886/RS. Relator Ministro Gomes de Barros, DJU 13.10.1998, p. 17. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 14.10.2008.

²⁴² Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma, REsp nº 36.017/PE. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 11/12/2000, p. 185. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 15.10.2008.

2. Mostra-se inaceitável a aplicação do verbete Sumular 343/STF relativamente à matéria tratada nos autos, já que a controvérsia na decisão rescindenda foi travada à luz da isonomia prevista nos arts. 37, XI e 39, § 1º da Constituição Federal.
3. Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 108, inciso I, alínea "b", que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, as ações rescisórias de julgados seus.
4. A irresignação sustentada no agravo regimental não merece prosperar, porquanto ao STJ foi permitido apenas afastar o óbice da Súmula 343/STF, determinando ao Tribunal Regional Federal que aprecie a ação rescisória.
5. Agravo regimental conhecido, mas desprovido, mantendo-se a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.²⁴³

A base desse posicionamento está “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”.²⁴⁴ Portanto, inexistente vedação à propositura de ação rescisória baseada em violação ou inobservância do texto constitucional.

6.2 Embargos do executado e impugnação à execução de sentença fundada em inconstitucionalidade

Embora a execução seja uma atividade preponderantemente prática e coativa, com finalidade de satisfazer os interesses do exequente, o executado tem que ter a mais ampla possibilidade de defesa, tendo em vista que esta é garantia constitucionalmente protegida, ao teor do que dispõe o art. 5º, LV da CF²⁴⁵.

Apesar do devedor não poder rediscutir a existência do crédito quando ele já foi objeto de uma cognição exaustiva, este tem que ter a oportunidade da mais ampla defesa, no sentido de ter possibilidades reais de ilidir o crédito, até mesmo para evitar

²⁴³ Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma, AgRg no REsp nº 572274/PR, Relatora Ministra Jane Silva, DJ 15/10/2007, p. 338. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 08.09.2008.

²⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 176.

²⁴⁵ Art. 5º da CF - LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

abusos nos atos executórios e para que a execução ocorra de um modo menos oneroso.

Levando em consideração o objeto de estudo da presente pesquisa, nos restringiremos à análise das possibilidades de defesa do executado ligadas à impugnação da coisa julgada inconstitucional. Nesse ponto, estudaremos os fundamentos, assim como os pontos polêmicos e incontroversos da impugnação à execução e dos embargos do executado fundamentados, respectivamente, no parágrafo 1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil, introduzidos pela Lei 11.232/05.

Esses dispositivos possibilitam ao executado argüir a inexigibilidade do título executivo judicial com fundamento na inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundamenta o *decisum*, assim como em interpretação incompatível com a Constituição Federal, conforme segue:

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

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

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

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

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

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

Quando o parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, houve muita polêmica, e alguns doutrinadores chegaram a questionar a constitucionalidade do mesmo, por ofensa ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, principalmente por este ter sido inserido no CPC através de medida provisória²⁴⁶. No entanto, esse é um posicionamento que tem como “pressuposto lógico

²⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 425.

– expresse ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro”.²⁴⁷ De acordo com o que Teori Albino Zavascki ensina, não há inconstitucionalidade alguma nesses dispositivos, pois se trata 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”²⁴⁸.

De fato, é notório que a inconstitucionalidade tem conseqüências diretas na eficácia da lei ou ato normativo, pois é o mais grave vício que pode acometer um ato jurídico²⁴⁹, e, portanto, não se poderia esperar que as conseqüências não repercutissem na execução das decisões judiciais proferidas com fundamento nesses atos declarados inconstitucionais.

Ao prever a possibilidade de afastamento da coisa julgada inconstitucional nos casos mencionados, a legislação infraconstitucional indiscutivelmente reafirmou a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal²⁵⁰ e, conseqüentemente, a autoridade deste como guardião da Carta Magna.

Um dos pontos polêmicos em debate na doutrina diz respeito ao alcance desses dispositivos, especialmente em relação à possibilidade de utilização das decisões proferidas pelo STF em sede de controle concreto de constitucionalidade como referencial para oferecimento dos embargos do executado ou da impugnação à execução.

Esse questionamento surgiu porque o texto legal não restringe o alcance às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, e, por isso, há uma parte da doutrina que defende que o sentido da norma é muito mais amplo,

²⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 329.

²⁴⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 331.

²⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 24.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

compreendendo também as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade²⁵¹, a partir das seguintes ponderações:

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 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 (...).** 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”, está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. 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.²⁵² (grifos nossos)

Porém, por uma questão de segurança jurídica, e tendo em vista que os efeitos da declaração *incidenter tantum* de constitucionalidade restringem-se ao caso concreto, podendo conduzir a conclusões diversas²⁵³, entendemos que os fundamentos daqueles que defendem que as decisões a que se referem os artigos acima transcritos são aquelas proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade são mais plausíveis e coerentes.

Essa concepção parte do pressuposto de que há impossibilidade de que todo juízo de inconstitucionalidade retire a eficácia executiva do provimento judicial, impondo-se a necessidade de julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de procedência na ação direta de inconstitucionalidade (inciso I, alínea a, do artigo 102, c/c § 2º da CF). “No primeiro, de ordinário, desaparecerá a lei ou o ato normativo, objeto do controle; no segundo

²⁵¹ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 331; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 303.

²⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 337.

²⁵³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. cit.*, p. 302.

perderá sua vigência. Em ambas as situações, a eficácia do julgamento opera *erga omnes*, vinculando aos demais órgãos judiciários”.²⁵⁴

Portanto, restará configurada a inexigibilidade do título executivo se este tiver como fundamento lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em *sede de controle concentrado de constitucionalidade*, nos moldes mencionados acima.

Devemos destacar também a impossibilidade de aplicação retroativa das normas previstas no parágrafo único do artigo 741 e §1º do artigo 475-L, ambas do CPC, pois, devido à natureza processual desses dispositivos, também há submissão à norma prevista no artigo 5º, XXXVI da CF, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.²⁵⁵ Sendo assim, as decisões judiciais que transitaram em julgado antes da vigência do artigo 3º da medida provisória nº 1.997-37²⁵⁶, de 11 de abril de 2000, não podem ser impugnadas a partir da utilização dos embargos do executado com fundamento no parágrafo único do artigo 741, assim como as trânsitas em julgado antes do advento da Lei 11.232/05 não podem ser objeto de impugnação à execução fundada no §1º do artigo 475-L do CPC, sob pena de afronta direta à CF. No mesmo sentido:

Para não ofender ao art. 5.º, XXXVI, da CF/88, o art. 741, parágrafo único, somente se aplicará aos provimentos transitados em julgado após a vigência do art. 3.º da MP 1.997-37, de 11.04.00. 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, 2.ª parte, do CPC). O preceito criou fator de ineficácia, no plano material, do provimento judicial.²⁵⁷

²⁵⁴ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 48.

²⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 338.

²⁵⁶ Foi essa medida provisória que introduziu o parágrafo único do art. 741 do CPC, que, antes do advento da Lei 11.232/05 tinha a seguinte redação: "Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal".

²⁵⁷ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 50.

Por último, merece destaque a questão relacionada à possibilidade do precedente do STF ter sido editado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão²⁵⁸. Teori Albino Zavascki observa que, se considerarmos como eficazes somente os precedentes supervenientes à sentença exequenda, indubitavelmente será criada uma situação de contradição e anacronismo, pois, se “o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade”²⁵⁹, todavia, entendemos que a eficácia das decisões proferidas pelo STF pode ser limitada²⁶⁰ diante da exigência de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*²⁶¹, não retroagindo em alguns casos, conforme analisado anteriormente (vide item 5.4).

6.3 *Querela nullitatis*

A *querela nullitatis* é uma ação declaratória de nulidade da sentença transitada em julgado em razão de vício grave, insanável, que não possui prazo decadencial ou prescricional²⁶². A “inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res iudicata*”²⁶³ justifica a utilidade desse instrumento jurídico.

O estudo da *querela nullitatis* pressupõe uma análise detalhada da teoria das invalidades processuais, o que, conforme exposto no item 5.2.4, traz grandes problemas, pois tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm imensas dificuldades em distinguir e aplicar os conceitos de nulidade, anulabilidade e inexistência porque não

²⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 336.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 336-337.

²⁶⁰ A possibilidade de limitação temporal da eficácia da declaração de inconstitucionalidade é prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99.

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 180.

²⁶² SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. *Op. cit.*, p.208.

²⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 190.

existem regras objetivas para diferenciá-los²⁶⁴. Isso ocorre principalmente porque “a rigorosa aplicação dos princípios e critérios importados do Direito Privado quanto às nulidades *lato sensu* é impossível no campo do processo”²⁶⁵. Nesse mister, nos reputamos às considerações feitas anteriormente (item 5.2.4).

Um dos casos mencionados pelo nobre doutrinador Adroaldo Furtado Fabrício como passível de arguição via *querela nullitatis* é o do réu revel nulamente citado ou não citado, pois “a citação é uma garantia primeira e maior do contraditório processual”²⁶⁶, e sua inexistência, indubitavelmente, configura nulidade insanável. Cumpre ressaltar que essa situação é prevista tanto no inciso I do art. 475-L, quanto no inciso I do art. 741, ambos do CPC. Portanto, transcorrido o lapso temporal de oposição de embargos do executado ou impugnação à execução, pode ser proposta a *querela nullitatis* para rever o entendimento esposado nesse *decisum*.

Os defensores da inexistência das sentenças que têm fundamento em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade argumentam que essas decisões acolhem pedidos inconstitucionais que não transitam em julgado²⁶⁷. Isso ocorreria porque o pedido que fora formulado na ação que originou a sentença inexistente se baseia em lei inexistente, e, por isso, agora se evidencia a impossibilidade jurídica do pedido²⁶⁸, o que tornaria a propositura de ação rescisória desnecessária, pois a sentença estaria baseada em “lei que não é lei (‘lei’ inexistente)”²⁶⁹.

Em relação a essa questão, analisada no item 5.2.4, Adroaldo Furtado Fabrício entende que a sentença inexistente “não precisa de rescisão nem sequer é passível dela, pois o que jamais entrou no universo jurídico só pode ser nele tomado em consideração a fim de acertar-se, declarar-se, tornar-se certo que não entrou, caso a tal

²⁶⁴ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. *Op. cit.*, p.199-208.

²⁶⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória*. Revista do Processo. São Paulo, vol. 48, 1987, p. 28.

²⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, p. 27.

²⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 343.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 344.

²⁶⁹ *Loc. cit.*

respeito se instale razoável dúvida”²⁷⁰, o que justifica a possibilidade de utilização da *querela nullitatis*.

Em outra análise, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina destacam que pode ser utilizada outra argumentação para justificar a rescindibilidade dessas sentenças, baseada na *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(...). Nesse caso, *a lei*, expurgada do sistema jurídico, *não existe*. A rescindibilidade se daria com fulcro nos arts. 485, inc. V, e 458, do CPC, combinados”.²⁷¹

Em relação ao tema estudado na presente pesquisa, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de Siqueira ensina que a gravidade do vício da inconstitucionalidade é tal qual que, como ocorre nos casos de vício de citação, também pode ser impugnado via embargos à execução, com fundamento no parágrafo único do artigo 741 do CPC. “Se recebe o mesmo tratamento pelo direito positivo, a mesma sorte merece: cabe, portanto, a impugnação da sentença com trânsito em julgado assim maculada, após o prazo de embargos à execução, através da ação declaratória de nulidade”²⁷².

Diante da constatação da gravidade do vício da inconstitucionalidade e da impossibilidade de convalidação deste com o decurso do tempo, resta demonstrado o cabimento da *querela nullitatis* nesses casos. Cumpre lembrar, que, nessa situação, a parte prejudicada, pode utilizar a ação rescisória, assim como os embargos do executado e impugnação à execução, observando o lapso temporal de propositura ou oferecimento de todos eles. Após esse prazo, a parte prejudicada pode utilizar a antiga *querela nullitatis* para desconstituir o julgado²⁷³.

²⁷⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Op. cit.*, p. 27.

²⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p. 344.

²⁷² SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. *Op. cit.*, p. 204-205.

²⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 191.

7 CONCLUSÃO

A Constituição Federal é a base do ordenamento jurídico brasileiro, e, por isso, todos os atos jurídicos devem ser balizados pelos preceitos e regras instituídos nesta, tendo em vista, principalmente, a supremacia das normas constitucionais em relação às demais.

A possibilidade de existência de sentenças transitadas em julgado em desacordo com os preceitos constitucionais foi demonstrada no decorrer do presente trabalho, a partir, inclusive, da formulação e desenvolvimento de hipóteses. Demonstramos, assim, que o efeito sanatório geral da coisa julgada é um conceito fictício, pois a inconstitucionalidade subsiste mesmo após o trânsito em julgado da decisão. Portanto, a chamada *coisa julgada inconstitucional* é uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada.

A coisa julgada sempre foi vista como um imperativo de segurança jurídica, funcionando como limite para a reforma das sentenças, mas, diante das situações aberrantes que estão acontecendo há algum tempo, a base dessa formulação deve ser modificada. Inclusive, existem decisões proferidas pelos tribunais superiores admitindo essa hipótese e permitindo a revisão do julgado acobertado pelo manto da imutabilidade.

A *contrario sensu*, há autores que defendem que a coisa julgada é uma garantia fundamental, o que impediria, de forma categórica, a relativização desta, sob pena de violação da Carta Magna, em especial as cláusulas pétreas, previstas no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Porém, conforme dissemos anteriormente, não é razoável ignorar a existência dessas decisões inconstitucionais trânsitas em julgado. Ignorar o problema não vai fazer com que ele simplesmente desapareça.

Os argumentos favoráveis são numerosos, e quase todos eles têm um ponto em comum: a constatação de que o princípio da intangibilidade da coisa julgada possui tratamento infraconstitucional. Alguns doutrinadores defendem que a sentença inconstitucional não transita em julgado, e, portanto, não faz coisa julgada material, só a formal, produzindo apenas *efeitos aparentes*; outros defendem que inexistem garantias constitucionais absolutas, e, portanto, estas devem ser harmonizadas no caso concreto. Não se propõe uma *extinção* da coisa julgada, e sim a possibilidade de discutir, de questionar a imutabilidade desta quando há choque entre outros princípios de ordem constitucional; outros vêem a sentença inconstitucional como ato jurídico inexistente, mas entendemos que esse entendimento deve ser estudado com cautela, para evitar que a coisa julgada seja simplesmente *ignorada, desconsiderada* no caso concreto.

Partindo do pressuposto de que uma eventual relativização deve ser precedida pela desconstituição do julgado anterior, e que esta não pode ser feita de forma irresponsável, analisamos os instrumentos jurídicos apontados pela doutrina e jurisprudência como hábeis para essa finalidade, em especial a ação rescisória, as defesas do executado e a *querela nullitatis*.

Todavia, encontramos alguns óbices, principalmente no tocante aos prazos para propositura fixados em lei, particularmente o da ação rescisória e das defesas do executado. Para solucionar esse problema muitos autores sugerem a extensão desses

prazos, ou, em alguns casos, a inexistência de prazo decadencial para propositura em razão da gravidade do vício da inconstitucionalidade, porém, essas propostas dependem de produção legislativa, para evitar que a insegurança jurídica impere absoluta. Desta forma, subsistiria a possibilidade de propositura da *querela nullitatis*, que é uma ação ordinária declaratória de nulidade que não está sujeita a prazo decadencial ou prescricional.

É inegável que o tema em foco não se exauriu, e talvez, nunca se esgote. A complexidade das questões abordadas e das críticas feitas demonstram de forma indubitável que os problemas suscitados talvez estejam longe de serem solucionados, pois isso depende de farta produção doutrinária e jurisprudencial.

Destarte, terminamos o presente estudo com a esperança de ter contribuído para a exposição e análise do tema, e com a certeza de que a discussão está apenas no início.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 71-99.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 31-51.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 22, jan. 2005, pp. 91-111.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 11-30.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 233-280.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 97, nº 358, 2001, pp. 11-32.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória. Revista do Processo. São Paulo, vol. 48, 1987, pp. 27-44.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 143-156.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21/05/2008.

KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.” In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 283-305.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Disponível na internet: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em 21/05/2008.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Coisa julgada: garantia constitucional. Revista do Processo. SÃO PAULO, ano 32, n. 146, abril 2007, pp.11-31.

MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei 11.232/2005. . In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 87-103.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa julgada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; PEREIRA JÚNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 45-63.

NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 253-270.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 311-328.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania Processual e relativização da coisa julgada. Disponível na internet: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso realizado em 27/09/2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Coisa julgada relativa? In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 271-282.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. A coisa julgada inconstitucional. 1^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.gov.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br>

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

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 101-139.

TESHEINER, José Maria. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 157-198.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 341-363.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: JÚNIOR, Fredie Didier (Coord.). Relativização da coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp. 329-340.