

CAROLINA MOURA LEBBOS

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

**CURITIBA
2004**

CAROLINA MOURA LEBBOS

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Joaquim Munhoz de Mello

Co-orientador: Prof. Eduardo Talamini

**CURITIBA
2004**

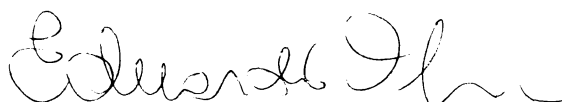
TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA MOURA LEBBOS

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Prof. Joaquim Munhez de Mello

Co-orientador:  Prof. Eduardo Talamini


Prof. Edson Ribas Malachini

Curitiba, 26 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O INSTITUTO DA COISA JULGADA.....	3
2.1 Coisa julgada formal e material.....	3
2.2 Fundamentos do instituto.....	4
2.3 Proteção constitucional da coisa julgada.....	7
3 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	11
3.1 Supremacia constitucional e possibilidade de inconstitucionalidade dos atos jurisdicionais	11
3.2 O processo como instrumento para a justiça e para a segurança.....	17
3.3 Critérios para a análise de possibilidade de revisão do caso julgado.....	21
3.4 Hipóteses de <i>coisa julgada inconstitucional</i>	23
4 COISA JULGADA DIRETAMENTE OFENSIVA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	24
4.1 Princípios constitucionais.....	24
4.2 Natureza do vício da sentença ofensiva a princípios constitucionais.....	26
4.3 Instrumentos adequados à revisão da coisa julgada ofensiva a princípios constitucionais.....	30
4.4 Possibilidade de revisão da revisão.....	36
4.5 Ofensa direta a regras constitucionais.....	36
5 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL POR APLICAÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL OU POR RECUSAR APLICAÇÃO DE NORMA NÃO OFENSIVA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	38
5.1 Natureza do vício da sentença.....	38
5.2 Sentença proferida com base em lei e posterior declaração de inconstitucionalidade na via direta.....	40
5.3 Sentença proferida com base em lei objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	44
5.4 Sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pela via incidental.....	45

5.5 Sentença baseada na não incidência de lei considerada inconstitucional e posterior declaração de constitucionalidade em via direta.....	48
5.6 Sentença proferida com base em aplicação ou recusa de lei posteriormente objeto das técnicas de interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.....	50
5.7 Inexistência de controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal.....	52
5.8 Sentença proferida com base em norma já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.....	53
5.9 Revisão de revisão.....	55
5.10 Outros meios processuais adequados à revisão da coisa julgada.....	57
6. CONCLUSÃO.....	60
BIBLIOGRAFIA.....	62

RESUMO

Estudo da possibilidade de se aceitar a idéia de coisa julgada inconstitucional, considerando a relevância dos valores da segurança jurídica e da justiça no Estado Democrático de Direito e nas relações sociais, bem como o princípio da supremacia constitucional. Analisa brevemente o instituto da coisa julgada nos moldes apresentados no atual ordenamento jurídico. Admite a revisão de julgados acobertados pela autoridade da coisa julgada violadores de normas constitucionais, excepcionalmente e mediante critérios de proporcionalidade e razoabilidade. Examina a natureza do vício das sentenças direta e indiretamente – pela aplicação de norma inconstitucional ou pela recusa em aplicar norma constitucional – ofensivas à Constituição Federal, concluindo tratar-se, em regra, de vício de natureza material, atinente à injustiça das decisões. Partindo desta conclusão discorre sobre os instrumentos possivelmente destinados à desconstituição da coisa julgada eivada de inconstitucionalidade, afastando, na maior parte dos casos, o cabimento da ação declaratória de inexistência de ato jurídico e observando a admissibilidade da ação rescisória e dos embargos à execução de título judicial. Defende a necessidade de definição de outros remédios processuais, *de lege lata* e *de lege ferenda*, sustentando a admissibilidade de ação atípica para a desconstituição da coisa julgada, de cunho rescisório. Ressalva, porém, ser imprescindível observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Relativização; Inconstitucionalidade; Segurança; Justiça; Proporcionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A idéia de direito, ensina o filósofo Gustav Radbruch, compõe-se de três elementos: as idéias de justiça, de finalidade e de segurança, condição da paz social. Estes três elementos condicionam-se e exigem-se reciprocamente, mas igualmente se contradizem uns com os outros, não sendo possível estabelecer entre eles uma relação de hierarquia universalmente válida¹. A questão da coisa julgada eivada de inconstitucionalidade vincula-se intimamente a tais contradições, inerentes à própria idéia de direito. Trata-se de estabelecer o cotejo entre os valores “segurança” e “justiça” no campo da aplicação das normas jurídicas, a fim de aferir a relevância de cada um para a efetividade do processo e para a harmonia nas relações sociais.

O instituto da coisa julgada, a revestir de imutabilidade as decisões judiciais, serve à segurança e à estabilidade das relações jurídicas. Todavia, num momento em que se procura outorgar à tutela jurisdicional maior adequação, efetividade e tempestividade, faz-se oportuno indagar até que ponto a intangibilidade da *res iudicata* não implica o desprezo a outros valores constitucionalmente protegidos, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana e, por conseqüência, o afastamento da idéia de justiça.

Considerando a ausência de hierarquia entre os princípios constitucionais, a demandar ponderação e razoabilidade em situações de conflito, bem como a necessária submissão, não apenas dos atos legislativos e executivos, mas também judiciários à Constituição Federal, além do caráter instrumental do processo, têm levantado os doutrinadores, com maior ou menor veemência, a hipótese da “coisa julgada inconstitucional”, estabelecendo os remédios processuais destinados à sua desconstituição.

Estes questionamentos possuem como preocupação a contextualização da coisa julgada em relação aos demais princípios e regras relevantes ao Estado Democrático de Direito, igualmente contemplados na Constituição Federal². Impõe-se, nesta perspectiva, repensar o perfil clássico da coisa julgada, investigando as

¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Armando Editor, 1979, p. 159-168.

novas propostas e reexaminando os limites do instituto, sem retirar-lhe, contudo, a essência, sob o risco de excluir um dos valores mais caros ao ordenamento jurídico: a segurança.

A isto se presta o presente trabalho. Analisar-se-á, inicialmente, o instituto da *res iudicata*, tal como se apresenta em nosso sistema jurídico, passando-se, em seguida, ao estudo da possibilidade de se admitir a figura da “coisa julgada inconstitucional”, mediante a observação do princípio da supremacia da Constituição Federal e das idéias de justiça e de segurança como valores a serem buscados através do processo. Por fim, serão examinados os meios possivelmente cabíveis à revisão da coisa julgada eivada de inconstitucionalidade.

² CAMBI, Eduardo. “Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*”. *Revista de Processo*, n. 109. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA

2.1. Coisa julgada formal e material

Solucionado o conflito de interesses levado à apreciação do Poder Judiciário, finda-se o processo, tornando-se imutáveis os efeitos advindos do julgamento.

Nos termos do artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Trata-se da definição de coisa julgada formal, caracterizada pela imutabilidade da sentença como ato processual, seja porque já esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e os interessados no processo, seja porque se deixou escoar *in albis* os prazos recursais.

Assenta-se, pois, a coisa julgada formal, no princípio da inalterabilidade do julgamento: entregue a prestação jurisdicional pelo Estado, mais nenhum órgão judiciário a pode alterar ou modificar, nem mesmo pelas vias recursais, quaisquer que sejam³.

O instituto ora analisado, tal como a preclusão, opera *intra* processo, limitando-se a indiscutibilidade dele originada ao processo em que foi proferida a decisão.

A coisa julgada material – coisa julgada por excelência⁴ – refere-se à imutabilidade do comando contido no julgamento para além dos limites do processo em que se constituiu, vinculando imperativamente os litigantes e os órgãos jurisdicionais do Estado.

O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal⁵.

³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 1998. 4v., p. 326.

⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 1v., p. 615.

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. 3v., p. 44.

Define a coisa julgada substancial o artigo 467 do Código de Processo Civil: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Normalmente coincidem os momentos de formação das coisas julgadas formal e material, porém nem sempre. A coisa julgada formal, vale dizer, é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, mas não o contrário⁶.

A coisa julgada material é adstrita às sentenças que acolhem ou rejeitam a demanda no mérito, enquanto a coisa julgada formal se opera em todas as sentenças, sejam terminativas ou de mérito.

São, portanto, basicamente três os requisitos para a formação da coisa julgada material: (a) que o processo exista; (b) que a sentença seja de mérito (artigo 269 do CPC) e (c) que tal sentença de mérito não mais seja impugnável por recurso ordinário ou extraordinário ou reexaminável pela remessa necessária⁷.

2.2. Fundamentos do instituto

Apresenta a coisa julgada fundamento precipuamente político.

Não se nega a possibilidade de ser errônea a decisão exarada em um processo. Sob outro vértice, todo processo deve receber uma solução, a fim de afastarem-se as controvérsias de um “estado de perpétua incerteza”. Em face destes dois “sérios perigos” – sentença errada e incerteza sobre os direitos – ensina Egas Moniz de Aragão, citando as lições de Savigny,

há de ser feita uma escolha para adotar o mal menor, escolha que, diz ele (Savigny), ‘pertence ao direito político’. A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano, consiste em, primeiro, submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada. Essa autoridade chama-se coisa julgada.⁸

⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 787.

⁷ *Ibid.*, p. 788.

⁸ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 189.

Não fosse o limite imposto pelo instituto da coisa julgada, a parte sucumbente em uma decisão nunca deixaria de argüir seu direito, a fim de vê-lo reconhecido. Eternizar-se-iam os litígios sob o argumento de alcançar-se a verdade substancial e, conseqüentemente, a efetiva justiça. Esta situação seria, todavia, insustentável. A busca da verdade real, mediante o processo, caracteriza-se como tarefa das mais difíceis – se não impossível⁹. Exigem a ordem pública e o bem comum, portanto, a existência de um termo além do qual a sentença não mais possa ser discutida, tornando-se a tutela jurisdicional estável e segura e garantindo-se, finalmente, a paz social.

Nesse sentido afirma Pontes de Miranda a necessidade de se afastar a idéia de que a sentença aplica sempre, justamente, o direito, as regras jurídicas.

O que se decidiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio, oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca (...). O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória (...). O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões: a isso serve a *coisa julgada material*.¹⁰

Reconhece o ilustre doutrinador ser “mau e duro”¹¹ perceber, a cada momento, a falha do Estado, a cisão entre o que está no direito material e o que o direito processual traçou. Devemos, porém, aceitar tal realidade, em nome da segurança jurídica.

Exceções podem e devem ser feitas, contudo, à imutabilidade dos efeitos das decisões, consoante se demonstrará neste estudo. São elas cabíveis, inclusive, devido ao caráter político do instituto. Situações há em que o valor não tutelado por

⁹ A este respeito, assevera Sérgio Cruz Arenhart: “Embora toda a teoria processual esteja (...) calcada na idéia e no ideal de verdade (único caminho que pode conduzir à justiça) não se pode negar que a idéia de se atingir, através do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia. (...) o direito não pode viver de ilusões. A verdade substancial é um mito que já deveria, há muito, ter sido extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há verdade inerente a um fato. A moderna filosofia, sob a batuta de JURGEN HABERMAS, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação.” (ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”. *Genesis – Revista de direito processual civil*, n. 3. Curitiba, 1996, p. 688-690).

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V., p. 110 e 118.

¹¹ *Ibid.*, p. 113.

uma sentença injusta deve sobrepor-se à coisa julgada, até mesmo como garantia de segurança das relações sociais.

Oportuno registrar ainda que a “relativização” da autoridade da coisa julgada não é matéria nova, pois de muito o sistema processual brasileiro admite tal possibilidade, especialmente pela via da ação rescisória¹².

No plano jurídico, diverge a doutrina a respeito do fundamento da coisa julgada. Muitas foram as teorias elaboradas para explicar a natureza jurídica do instituto¹³. Acolhe-se majoritariamente a teoria de Liebman, por vezes com alguns complementos.

O processualista distingue a eficácia jurídica da sentença da autoridade da coisa julgada. Concorde com Carnelutti quando faz a distinção entre imperatividade e imutabilidade da sentença, sendo esta imperativa e capaz de produzir todos os seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado. Afirma ser a autoridade da coisa julgada não um efeito da sentença, “mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”.¹⁴

A eficácia da sentença, consubstanciada na sua aptidão para produzir efeitos, não se confunde, portanto, com a autoridade da coisa julgada. Todos os efeitos da sentença se podem produzir ainda antes de sua passagem em julgado¹⁵.

A autoridade da coisa julgada se identifica com a “imutabilidade do comando emergente de uma sentença”, consistindo em uma qualidade dos efeitos desta,

¹² PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. *Revista de Processo*, n. 112. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

¹³ Como exemplos, pode-se citar (a) a teoria da presunção da verdade, vigente durante a Idade Média e baseada na lição de ULPiano (D. 1.5.25), segundo a qual a natureza jurídica da coisa julgada era fundada na presunção de verdade sobre os fatos versados na sentença; (b) a teoria da ficção da verdade, elaborada por SAVIGNY, que considerava encontrar-se a autoridade da coisa julgada na verdade artificial produzida pela sentença; (c) a teoria da força legal da sentença, devida a PAGENSTECHER, para quem a sentença, transitada em julgado, atribui ao direito novo, por ela criado, força de lei; (d) a teoria da extinção da obrigação jurisdicional, defendida por UGO ROCCO, que considerava o fundamento da coisa julgada resultante da extinção da obrigação jurisdicional, importando, também, na extinção do direito de ação; (e) a teoria da vontade do Estado, defendida por CHIOVENDA, que afirma ser a sentença a afirmação ou negação de uma vontade do Estado, possuindo, como ato estatal, força obrigatória; (f) a teoria de CARNELUTTI, para quem a coisa julgada está na imperatividade do comando da sentença, que contém esta imperatividade por consistir um ato estatal.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 35-36.

¹⁵ É o que ocorre com a execução provisória e com a hipoteca judicial, como exemplifica o próprio Liebman.

"mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato".¹⁶

Acolhida a doutrina de Liebman, não se pode, outrossim, afastar totalmente das idéias de Chiovenda, no sentido de fundamentar-se a coisa julgada na existência de uma vontade de lei no caso concreto.

A sentença consiste, pois, segundo o pensamento de Chiovenda, na afirmação ou negação de uma vontade do Estado, que garante a alguém um bem da vida no caso concreto¹⁷. Possui, assim, a qualidade de ato estatal, irrevogável e de força obrigatória.

2.3. Proteção constitucional da coisa julgada

Estabelece a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"

Este dispositivo veda, essencialmente, a possibilidade de alteração da *res iudicata* mediante lei nova que estabeleça disciplina diversa para a relação jurídica objeto da decisão judicial já transitada em julgado. Trata-se de irretroatividade de lei posterior à formação da coisa julgada.

Não se diga com isso que a "noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional".¹⁸

Conforme observa Cândido Dinamarco,

¹⁶ LIEBMAN, p. 50.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 449.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". In: NASCIMENTO, C. V. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 141. Nesse mesmo sentido tem-se a doutrina de José Augusto Delgado (DELGADO, José Augusto. "Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais". *Revista de Processo*, n. 103. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 13-15), de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 172) e de Paulo Roberto de Oliveira Lima, para quem "é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos." (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86).

é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.¹⁹

Deste modo, pode-se afirmar, de acordo com Frederico Marques, que existe no Direito pátrio “a tutela constitucional da imutabilidade que a coisa julgada confere aos efeitos da decisão da lide, e também, o direito público subjetivo de ser exigido o respeito à coisa julgada. (...) Uma vez que a lei tem de respeitar a coisa julgada, claro que esta também deve manter-se inatingida ainda quando for a lei aplicada jurisdicionalmente.”²⁰

Com efeito, a exegese sistemática do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal implica a defesa da existência de proteção constitucional ao próprio instituto da coisa julgada.

A tutela à *res iudicata* consiste em corolário do princípio da garantia jurisdicional consagrado no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política de 1988, visto que uma das características específicas da jurisdição é a de estar garantida pelo caso julgado, tornando imutáveis os seus pronunciamentos²¹. A coisa julgada é, pois, inerente à própria função jurisdicional do Estado, garantia da segurança dos direitos subjetivos.

Trata-se, assim, de “cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito trãnsita em julgado”, integrando o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal²².

Mediante a garantia constitucional da coisa julgada procura-se tutelar a segurança jurídica, valor indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que o instituto da coisa julgada foi criado para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas, possuindo natureza constitucional, pois consiste em “elemento que forma a própria existência do estado democrático de direito (CF 1.º *caput*)”,

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. *Revista de Processo*, n. 109. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

²⁰ MARQUES, p. 328.

²¹ *Ibidem*, p. 329.

²² PORTO, p. 23.

encontrando sua proteção não apenas no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (artigo 1º, CF)²³. Lembram ainda que a coisa julgada – como um dos elementos de existência do estado democrático de direito e, simultaneamente, garantia fundamental – consiste em cláusula pétrea em nosso sistema constitucional, “cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4.º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil.”²⁴

Deve-se considerar, além disso, que sendo possível ao legislador infraconstitucional simplesmente suprimir a *res iudicata* do ordenamento jurídico pátrio, razão não haveria sequer para a sua garantia constitucional em face da retroatividade da lei.

O instituto da coisa julgada pertence, destarte, “ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional”, consoante preceituou Liebman em seu *Eficácia e autoridade da sentença*²⁵.

Ao se reconhecer a existência de um princípio constitucional de intangibilidade da coisa julgada, todavia, deve-se ter em mente que, como qualquer outro princípio, este não é absoluto, mas sofre restrições, a fim de possibilitar sua convivência harmônica com outros princípios de mesma hierarquia presentes no sistema²⁶. Conforme ensina Jorge Miranda, “assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto global da Constituição.”²⁷

Cabe, ademais, à lei infraconstitucional, fixar os limites da coisa julgada, bem como sua conformação, seu regime de vigência e até mesmo as formas de sua desconstituição²⁸. Nesta linha a justificativa para a constitucionalidade dos institutos

²³ NERY JUNIOR; NERY, p. 792.

²⁴ *Idem*.

²⁵ LIEBMAN, p. 51.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 126.

²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra ed., 2001. VI, p. 259.

²⁸ A respeito a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “em regra, as alegações de desrespeito aos postulados (...) dos limites da coisa julgada (...) podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição” (AI 351385 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.10.2002). No mesmo sentido diversos outros julgados, como AI 432059 AgR/MG; AI 388917 AgR/CE e AI 382519 AgR/DF.

– infraconstitucionais – da ação rescisória, dos embargos à execução de título judicial e da revisão criminal.

Desta forma, embora a autoridade da coisa julgada esteja consignada em nossa Lei Maior, o seu conteúdo, bem como a solução dos problemas correlatos, é de caráter ordinário. Consoante Araken de Assis, “incumbe à lei infraconstitucional definir o objeto da garantia.”²⁹

A configuração infraconstitucional da *res iudicata* submete-se, outrossim, a parâmetros constitucionais (os princípios da segurança jurídica, do contraditório, do devido processo, da proporcionalidade etc.)³⁰.

Assim se apresenta, portanto, a proteção da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro: a existência do instituto em si consubstancia-se em garantia constitucional, corolário dos princípios da segurança jurídica, do acesso à tutela jurisdicional e do próprio Estado Democrático de Direito; seus limites, sua configuração e seu regime de vigência pertencem à lei infraconstitucional.

²⁹ ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. *Revista Jurídica*, n. 301. 2002, p. 7.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

3.1. Supremacia constitucional e possibilidade de inconstitucionalidade dos atos jurisdicionais

A Constituição Federal consiste na lei suprema do Estado brasileiro, encontrando-se nela, além da própria estruturação deste e organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No Estado Democrático de Direito a garantia da supremacia da Constituição Federal caracteriza-se, portanto, como o principal instrumento a assegurar aos cidadãos a efetiva tutela da segurança e da justiça, seja em face do Estado ou nas relações interindividuais.

Clèmerson Merlin Clève bem explicita o papel da Constituição na atual configuração estatal: “Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também, impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos.”³¹

Importa, portanto, a compreensão da Constituição Federal como Lei Fundamental, a vincular todas as esferas de atuação do Poder Público. “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.”³²

A fim de proporcionar efetividade aos ideais acima expostos, contemplam os ordenamentos jurídicos mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos estatais. A inconstitucionalidade resulta do confronto de um comportamento, de uma norma ou de um ato – ação ou omissão de órgãos do poder político – com a Constituição, numa relação de caráter normativo e valorativo³³.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”. *Revista de Processo*, n. 106. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 65.

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48.

³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. II, p. 274.

No sistema jurídico brasileiro cabe ao Poder Judiciário – por via direta e incidental – o controle da constitucionalidade dos atos estatais. Este controle, todavia, tem sido eminentemente voltado aos atos legislativos e executivos.

Não se nega que, por via recursal, igualmente pode se dar a verificação de inconstitucionalidade dos atos decisórios do Judiciário. Basta analisar o artigo 102, III da Constituição Federal. Uma vez operada a coisa julgada, porém, limita-se a possibilidade de controle constitucional às estritas hipóteses de cabimento da ação rescisória e dos embargos à execução previstos no artigo 741, § único, do Código de Processo Civil.

Ao Judiciário, todavia, como um dos três poderes do Estado, não cabe ignorar a supremacia constitucional. A função jurisdicional, como atividade estatal destinada à solução dos conflitos, está garantida pela Constituição, nesta encontrando seus princípios reguladores e normas a serem aplicadas.

Destarte, se ao Judiciário compete, por um lado, julgar e tornar sem efeito os atos da Administração e até julgar e declarar inconstitucionais as próprias leis que é chamado a aplicar, por outro lado deve obediência à lei, a qual lhe fixa os limites de atuação.

As decisões judiciais, contudo, ainda que revestidas de inconstitucionalidade, especialmente depois de operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para sua impugnação, apresentam-se imunes a ataques. Consagra-se o princípio da intangibilidade da coisa julgada como expressão máxima dos valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito, assegurando-se-lhe caráter absoluto³⁴.

Como ressalta Paulo Otero,

na realidade, parte-se sempre da idéia de que os tribunais se limitam a executar a lei, sendo configurados como defensores dos direitos individuais e garantias da Constituição. Porém, tal como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade 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.³⁵

A identificação da Constituição como Lei Fundamental demanda sua garantia em sentido formal e material, seja quando da elaboração de normas

³⁴ *Ibidem*, p. 126.

infraconstitucionais, seja quando de sua aplicação pelos magistrados. A este respeito registra Clèmerson Merlin Clève:

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.³⁶

A atividade de aplicação das leis aos casos concretos, portanto, deve pautar-se em uma hermenêutica orientada a partir do princípio da supremacia da Constituição Federal. Esta indicará a alternativa a ser eleita dentre as possibilidades interpretativas eventualmente existentes.

Ainda mais significativa se torna a questão ao se verificar a valorização cada vez maior do juiz na interpretação e integração das normas ordinárias e constitucionais.

Não se nega a vinculação dos tribunais à legalidade. A complexidade social, no entanto, associada à imprevisibilidade de situações passíveis de identificação tipificada ou de ponderação causal-valorativa pelo legislador, conduz à abertura das normas jurídicas, traduzida na utilização de conceitos vagos e indeterminados³⁷.

Igualmente não se pode rejeitar, até certo ponto e em certa medida, o caráter criativo do comando contido na sentença. José Maria Tesheiner bem explicita este fenômeno, cujo resultado acaba por ser o inquestionável papel da jurisprudência como fonte do direito. Em suas palavras, “A vontade do juiz é psicologicamente ineliminável: quando ele condena, condena porque quer, ainda que queira em obediência ao ordenamento jurídico. (...) Essa é a realidade do direito, embora não coincida com o esquema lógico dos juristas, que imaginam um sistema automático de incidência de normas jurídicas, previamente estabelecidas, sobre fatos ocorridos posteriormente.”³⁸⁻³⁹

³⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 32.

³⁶ CLÈVE, A *fiscalização abstrata...*, p. 25-26.

³⁷ *Op. cit.*, p. 33-34.

³⁸ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

³⁹ Clèmerson Merlin Clève observa que os juízes “aplicam o direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua professada ideologia, todavia argumentando que o fazem com

Sob outro vértice, o mesmo autor reconhece, mais adiante, a primazia da lei – porém não seu monopólio.

O Judiciário é um Poder. Exerce atividade de governo. Incumbe-lhe dizer, em cada caso, o que é direito. Cabe-lhe exercer uma atividade como que imunológica, rejeitando as leis inconstitucionais bem como declarando a rejeição social de algumas normas. Produz a jurisprudência, que, como a lei, é fonte do direito. Tudo isso é verdade e, contudo, é preciso que se apregoe a supremacia da lei e se pregue a subordinação do juiz à lei. Investido na sua função, na forma e em virtude da lei, deve o juiz fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu como órgão seu. Não se pretenda libertar o juiz do dever de obediência à lei, ainda que em nome da justiça, porque a liberdade do juiz submete os jurisdicionados ao arbítrio e aos caprichos de sua autoridade.⁴⁰

Conclui afirmando que “o reconhecimento da jurisprudência como fonte de direito de forma alguma nos leva a pregar a desobediência à lei. E, muito menos, nos conduz a nos conformarmos com a quebra do princípio da isonomia decorrente de divergências jurisprudenciais. Aliás, se a divergência não se resolve nunca, exatamente o que não há é criação jurisprudencial do direito.”⁴¹

Imprescindível explicitar, outrossim, o sentido que se deve atribuir ao princípio da legalidade em relação aos atos decisórios no atual Estado de Direito. Como acima exposto, as decisões judiciais, de modo geral, não mais resultam imediata e automaticamente da simples aplicação do texto legal. O princípio da legalidade, neste contexto, não se resume apenas à vinculação à lei de forma absoluta, à lei e só à lei, mas também significa a vinculação à lei no sentido de vinculação ao sistema. Consoante explicam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “a vinculação é a lei, mas a lei vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência. Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos.”⁴²

O Judiciário está, desta forma, adstrito aos limites da legalidade, como necessidade de sua vinculação ao sistema, devendo respeitar e garantir materialmente a Constituição Federal como Lei Fundamental.

apoio unicamente na norma e na lei.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 48).

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 179-180.

⁴¹ *Ibidem*, p. 180.

⁴² WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 62.

Acrescente-se a isto o conteúdo volitivo presente nas decisões judiciais, conjugado à necessidade de interpretação e integração das normas constitucionais abertas, a aumentar o risco de decisões desconformes com o texto constitucional.

Considerando-se ser a supremacia constitucional “a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo”⁴³, uma decisão conflitante com os princípios constitucionalmente consagrados significa, em regra, um resultado gravemente injusto⁴⁴.

Nesta linha, impulsionados por algumas situações de desconformidade vivenciadas pela realidade forense⁴⁵ e procurando garantir a possibilidade de revisão de julgados seriamente injustos, reconhecidos juristas⁴⁶ têm proposto o afastamento do caráter absoluto do instituto da coisa julgada quando esta afrontar os valores mais relevantes à ordem jurídica; valores estes especialmente evidenciados quando traduzidos em normas constitucionais.

Neste sentido Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria: “A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição.”⁴⁷

Bem assim Cândido Dinamarco, ao observar ser “*inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela

⁴³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

⁴⁴ Ver adiante, item 3.2.

⁴⁵ São exemplos os casos de ação de investigação de paternidade apreciada sem o suporte do exame de DNA, da justa indenização em demandas expropriatórias e da multiplicidade de sentenças transitadas em julgado condenando o poder público a indenizar uma mesma área expropriada, mais de uma vez, ao mesmo proprietário. No atinente à investigação de paternidade, recentemente decidiu o STJ: “Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigado à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada.” (REsp 427.117/MS, rel. Min. Castro Filho, DJU 16.02.2004, p. 242). Ver também o REsp 226.436/PR, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, considerado o *leading case* na matéria. Note-se, porém, que este posicionamento não é pacífico no STJ (REsp 107.248/GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito). Em relação aos casos de desapropriação de imóvel com avaliação injusta, os julgados do STF RE 105.012/RN, rel. Min. Neri da Silveira, j. 09.02.1988 e RE 93.412/SC, rel. Min. Clóvis Ramalhet, j. 04.05.1982. Quanto à última situação citada, ver o REsp 240.712/SP, decidido em 15.02.2000 pela Primeira Turma do STJ e cujo relator foi o Min. José Delgado.

⁴⁶ Pode-se citar Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado, Carlos Valder do Nascimento, Tereza Arruda Alvim Wambier, entre outros.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR; FARIA. *A coisa julgada ...*, p. 133.

fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia.”⁴⁸ E, mais adiante, conclui: “a *ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*”⁴⁹

Mais veementemente, afirma José Augusto Delgado:

não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.⁵⁰

Passou-se, desta forma, a se referir à idéia de *coisa julgada inconstitucional*, cuja impossibilidade de revisão refletiria a perpetuidade de injustiças, algo avesso à própria razão de ser do Direito.

A ressalva – implícita em nosso sistema – da coisa julgada em relação ao controle de constitucionalidade, todavia, justifica-se com base em princípio igualmente constitucional, a saber, a segurança jurídica. O próprio instituto da coisa julgada, conforme já verificado (item 1.3) é constitucionalmente garantido.

Por outro lado, os mesmos fatores acima expostos – em especial a impossibilidade de completude do sistema legal – levam à dificuldade de discernimento em relação ao que consubstanciaria ou não desrespeito à Constituição na atividade jurisdicional, impondo entraves à averiguação e limitação de eventual desconstituição de “coisas julgadas inconstitucionais”. Refere-se, aqui, à indeterminação do conceito de “grave injustiça”.⁵¹

⁴⁸ DINAMARCO, p. 28.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁰ DELGADO, p. 28.

⁵¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa julgada relativa?” *Genesis – Revista de direito processual*, n. 30. Curitiba, 2003. VIII.

A proposta de relativização da coisa julgada inconstitucional, portanto, não comporta uma visão simplista. O próprio sistema jurídico vigente está a comprovar este fato.

Necessário se faz, por conseguinte, analisar atentamente tais idéias, estabelecendo critérios e limites bem definidos.

3.2. O processo como instrumento para a justiça e para a segurança

A análise da questão da inconstitucionalidade da coisa julgada não se limita à observância do princípio da supremacia da Constituição. Demanda, ao revés, a consideração de outros valores: a segurança e a justiça. A idéia de justiça, segundo o jusfilósofo Gustav Radbruch, possui sua essência na de igualdade, isto é, “no tratamento igual de coisas iguais (homens e relações entre homens) e no tratamento desigual de coisas desiguais.”⁵² A segurança, por sua vez, vincula-se à certeza, à paz social. Nenhum destes valores servirá, isoladamente, de solução ao questionamento referente à prevalência ou não da coisa julgada inconstitucional, não obstante as contradições possivelmente daí advindas.

A idéia da *coisa julgada inconstitucional* assenta-se, portanto, como assevera Cândido Dinamarco, “na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto”. Refere-se, outrossim, ao equilíbrio entre “a exigência de *certeza ou segurança*”, prestigiada pela autoridade da coisa julgada, e a “*de justiça e legitimidade das decisões*”, que aconselha não radicalizar essa autoridade.”⁵³

Discorrendo a respeito da justiça e da segurança aduz Hugo de Brito Machado cuidar-se, na verdade, “de conceitos que se complementam para viabilizar a convivência”, não sendo possível, sem um mínimo de segurança, equacionar o relacionamento humano de forma justa; ou, sem a prática de soluções justas para os conflitos, evitar a convulsão social e a desordem. Prossegue, contudo, advertindo:

se é certo que no plano da abstração as idéias de segurança e de Justiça não são excludentes, e sim complementares, é certo também que diante de situações concretas muitas vezes a solução de um conflito exige que se estabeleça uma

⁵² RADBRUCH, p. 159.

⁵³ DINAMARCO, p. 36.

preferência, pois diante da situação específica se estabelece um conflito. A idéia de Justiça conduz a uma solução, enquanto a idéia de segurança conduz a solução oposta.⁵⁴

Para a análise da questão faz-se imprescindível, em primeiro lugar, tentar se afastar da tendência de transformar os meios – direito processual – em fins – direito material. O processo, sabe-se, tem por fim auxiliar a realização do direito substancial. O Estado julga, antes de tudo, visando a eliminar conflitos entre pessoas e alcançar a justiça.

Sob um aspecto positivo, a instrumentalidade do processo consiste em “alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*.”⁵⁵

A simples solução dos conflitos, portanto, mostra-se insuficiente à exigência de pacificação social. A perpetuidade de julgamentos avessos aos preceitos constitucionais de maneira alguma conforta a sociedade, mas, ao contrário, incita-lhe a insatisfação em relação ao próprio Estado de Direito. “Não é confortante a idéia de uma *segurança na inconstitucionalidade*.”⁵⁶

Paulo Otero, com razão, assevera que “uma ordem jurídica fundada exclusivamente em valores de certeza e segurança levaria ao esquecimento da justiça (...) num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, este sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um DIREITO JUSTO.”⁵⁷

Necessário esclarecer não se estar referindo aqui a “justiça” em seu aspecto subjetivo, mas como valor universalmente identificado com a isonomia⁵⁸ e, particularmente no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, diretamente relacionado à legalidade e, mais exatamente, à constitucionalidade. Neste sentido, pode-se dizer possível inferir das normas constitucionais os contornos da idéia de

⁵⁴ MACHADO, Hugo de Brito. “Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais”. *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. n. 130. São Paulo: Ed. Juríd Vellenich Ltda., 1994, p. 19.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41.

⁵⁶ TALAMINI. *Embargos...* p. 106.

⁵⁷ OTERO, p. 10.

⁵⁸ Cf. RADBRUCH, p. 86-91.

justiça socialmente aceita, a servir de parâmetro obrigatório para a atuação dos operadores jurídicos, inclusive os juízes. Assim ensina Clèmerson Merlin Clève:

O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana.⁵⁹

A vinculação das decisões judiciais ao texto constitucional, além disso, pode ser considerada como uma das faces da segurança jurídica, na medida em que gera certa margem de previsibilidade.

Em atenção a estes pressupostos e considerando-se ser a segurança jurídica a única idéia de valor capaz de justificar a força de coisa julgada atribuída inclusive à sentença injusta, não se pode negar haver casos revestidos de tal injustiça e de tal inadequação do direito a seu fim, que o valor da segurança jurídica não os conseguiria compensar⁶⁰, sendo perfeitamente cabível, nestas hipóteses, a revisão da *res iudicata*.

Muitas das propostas de relativização da coisa julgada, porém, são marcadas pela excessiva abrangência, a ensejar o risco de desconsideração total do instituto e, conseqüentemente, do valor segurança, sob o prisma de estabilidade das relações jurídicas, imprescindível à efetividade do ordenamento jurídico.

Como anota Luiz Guilherme Marinoni, “a falta de critérios seguros e racionais para a ‘relativização’ da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua *desconsideração*, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça.”⁶¹

Compartilha-se, assim, a opinião de Sérgio Gilberto Porto, ao divergir do entendimento adotado no sentido da admissão da relativização da autoridade da coisa julgada por nova decisão jurisdicional, sem prévia análise da sentença anterior transitada em julgado, “não no que diz respeito ao conteúdo substancial de tais pronunciamentos, mas na forma por eles proposta eis que, no sistema brasileiro,

⁵⁹ CLÈVE. *Temas...*, p. 45-46.

⁶⁰ RADBRUCH, p. 345.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. *Revista Jurídica*, n. 317. 2004, p. 15.

longe de dúvida, é possível – sim! – rever a decisão transitada em julgado, ou seja, superá-la.”⁶²

Certamente a imutabilidade dos efeitos da sentença não poderia prevalecer quando desconforme com a finalidade do processo. Nem sempre, todavia, o afastamento da coisa julgada se apresenta como a melhor medida diante de uma sentença aparentemente contrária aos princípios constitucionais. Por vezes o objetivo jurisdicional demanda a manutenção da *res iudicata*, ainda que não observado algum preceito constitucional. Casos há em que o princípio – igualmente constitucional – da segurança jurídica seria gravemente afrontado.

A intangibilidade da coisa julgada – deve-se lembrar – ao menos na atual configuração do sistema jurídico, será sempre a regra e sua desconstituição, a exceção. Não se pode querer fazer desta aquela.

Deste modo, assim como merece ser repensado o caráter absoluto do instituto da coisa julgada, mostra-se flagrantemente temerário pretender imprimir absolutidade à sua revisão, ignorando, em qualquer situação, a segurança jurídica.

Configurado o conflito entre justiça e segurança – como ocorre com as sentenças ofensivas à Constituição Federal acobertadas pela coisa julgada – não se podem aplicar soluções previamente concebidas, no sentido de se tutelar sempre um ou outro valor, devendo-se, porém, estabelecer critérios a serem seguidos, sob pena de eliminar por completo a garantia da *res iudicata*.

Insta, como anota Eduardo Talamini, “compreender o caráter *político* da coisa julgada: um elemento a ser empregado pela ordem jurídica na medida em que produza resultados adequados aos fins da jurisdição.”⁶³

Não se pode olvidar que a ordem social constitui-se no fim primeiro da ordem jurídica. O processo, pois, serve ao direito material e serve à sociedade, encontrando-se neste sentido a principal dimensão do princípio da instrumentalidade das formas⁶⁴.

⁶² PORTO, p. 30.

⁶³ TALAMINI, Eduardo. “Eficácia e autoridade da sentença canônica”, *Revista de Processo*, n. 107. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 61

3.3. Critérios para a análise de possibilidade de revisão do caso julgado

Devendo as exceções à autoridade da coisa julgada revestirem-se de limites, urge estabelecer critérios à resolução do impasse entre a segurança – e a impossibilidade de revisão da *res iudicata* – e a justiça das decisões – correspondente à plena observância dos princípios constitucionais.

Nesta linha, aponta Cândido Dinamarco para “o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material”.⁶⁵

No mesmo sentido é o escólio de Eduardo Talamini⁶⁶ e Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁶⁷.

Com efeito, em se tratando de colisão entre princípios e garantias fundamentais⁶⁸, convém adotar os pressupostos de interpretação das normas constitucionais.

As contradições de princípios, ensina Jorge Miranda, devem ser superadas, em alguns casos, mediante a redução proporcionada do respectivo alcance e âmbito de cada um deles e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios⁶⁹.

Tais escolhas somente poderão pautar-se em critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem por escopo “evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e aplicação do princípio permitem vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve

⁶⁴ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 172.

⁶⁵ DINAMARCO, p. 22.

⁶⁶ TALAMINI. *Embargos...*, p. 80.

⁶⁷ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 177.

⁶⁸ Diversa, neste aspecto, é a opinião de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, para quem “o princípio da coisa julgada, diferentemente do que está no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isto significa (...) que é ele, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro, como se dá em Portugal, a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.” (THEODORO JUNIOR; FARIA. *A coisa julgada...*, p. 141).

⁶⁹ MIRANDA. *Manual de direito constitucional, t. II*, p. 228-229.

ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado”.⁷⁰

Três subprincípios se inserem na contextualização do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação possui um sentido interno ao ato decisório, atinente ao equilíbrio entre meios e fins a serem alcançados, e um sentido externo, referente à adequação da decisão com o ordenamento jurídico em sua completude, a significar sua compatibilidade com a Constituição Federal.

A necessidade ou exigibilidade diz respeito à inexistência de um meio menos oneroso para se atingir os fins visados. Trata-se do princípio da menor ingerência possível ou da proibição de excesso.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito corresponde à ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos, ou seja, o confronto entre as vantagens e desvantagens provavelmente advindas da medida a ser adotada.

A decisão de conformação de efeitos da inconstitucionalidade (artigo 282.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa), como ensina Jorge Miranda, condiciona-se por um princípio de proporcionalidade, na sua tríplice vertente de necessidade, adequação e racionalidade⁷¹.

Pode-se dizer, igualmente, que a apreciação da possibilidade de exceção à imutabilidade dos efeitos da sentença, quando configurada violação à Constituição Federal, deverá se basear no princípio da proporcionalidade⁷². Somente assim será possível distinguir as situações de “séria injustiça”, revestidas de tal gravidade a ponto de não poderem ser compensadas pelo valor da segurança jurídica⁷³.

⁷⁰ PORTO, p. 24.

⁷¹ MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, t. VI, p. 268.

⁷² Diferentemente pensa Luiz Guilherme Marinoni, para quem “a idéia de se dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto.” (MARINONI, p. 30).

⁷³ Eduardo Talamini, em obra ainda inédita, afirma a possibilidade de, nos casos de “coisa julgada inconstitucional”, haver conflito entre princípios constitucionais, defendendo que o único modo constitucionalmente legítimo de solucioná-lo consiste na ponderação dos valores fundamentais envolvidos, no caso concreto. Procura ainda demonstrar que a idéia da proporcionalidade comporta a implementação de diretrizes concretas objetivas, dentre elas: “(a) a constatação prévia, inequívoca, e objetiva do erro na sentença e de qual seria a solução mais correta; (b) a identificação dos valores envolvidos (inclusive a boa-fé), com a consideração de seu correspondente peso no caso concreto; (c) a comparação dos benefícios e sacrifícios concretos aos valores constitucionais envolvidos, em caso de manutenção ou de “quebra” da coisa julgada, considerando-se inclusive as possíveis

3.4. Hipóteses de coisa julgada inconstitucional

A inconstitucionalidade da coisa julgada configura-se em segmentos distintos.

Deste modo, pode haver (a) sentença transitada em julgado diretamente violadora de norma constitucional. A expressão “norma”, ora empregada, engloba tanto regras quanto princípios constitucionais, recebendo a sentença inconstitucional disciplina semelhante em ambos os casos.

Mister se faz salientar ser insuficiente, para a configuração deste caso, a mera “ofensa reflexa” à Constituição Federal. É necessário que a violação à Constituição possa ser verificada autonomamente. Por conseguinte, em se tratando de ofensa à ordem jurídica infraconstitucional, com repercussão indireta sobre a disciplina constitucional – havendo, por exemplo, ofensa reflexa ao princípio da legalidade – não se configura a hipótese ora apontada⁷⁴.

Sob outro aspecto, pode-se caracterizar (b) sentença transitada em julgado que aplica norma considerada inconstitucional ou recusa a aplicação de uma norma que não afronta a Constituição Federal, situações em que (b.1) a decisão aplicou norma já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou (b.2) o controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo ocorreu após o trânsito em julgado ou (b.3) não houve controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

soluções parciais.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e Constituição: limites da “relativização da coisa julgada”*. Obra inédita).

⁷⁴ *Idem*.

4. COISA JULGADA DIRETAMENTE OFENSIVA A NORMAS CONSTITUCIONAIS

4.1. Princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, segundo lição de Jorge Miranda, possuem uma função ordenadora e uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora⁷⁵.

Compõem a função ordenadora uma função imediata, “enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais”, e uma função mediata. Esta consiste, em primeiro lugar, “em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema”. Servem, ademais, de “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios”.

Da função prospectiva, dinamizadora e transformadora sobrevém a “exigência que contém ou o convite que sugerem para a adoção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da Constituição”.

Infere-se destas assertivas restar inquestionável a relevância dos princípios constitucionais na busca da solução dos conflitos de interesses levados à apreciação do Poder Judiciário, bem como os efeitos nocivos possivelmente advindos de sua negação.

Os sistemas jurídicos contemporâneos, realmente, vêm dando importância cada vez mais significativa aos princípios⁷⁶.

⁷⁵ MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 199-200.

⁷⁶ Asseveram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “ser efetivamente possível que o juiz decida com base em princípios, pelo menos fundamentalmente, embora no nosso sistema, como regra, não se possa dispensá-lo de apoiar-se também na lei. *Mas às vezes os princípios desempenham função tão relevante na formação da “solução normativa”, que acabam por contribuir para a produção de uma decisão contrária à letra da lei, mas perfeitamente compatível com o sistema.*” (WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 174).

Uma decisão judicial contrária aos princípios consagrados na Constituição Federal acaba, em geral, por configurar-se em veículo de injustiça, demandando do sistema medidas cabíveis à sua revisão.

Oportuna, entretanto, é a observação de Ovídio A. Baptista da Silva:

Exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se ‘confrontar’ com algum princípio constitucional, ou com princípios normativos de grau inferior – testando sua validade a partir de sua ‘legalidade’ –, é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada. Por sua própria natureza, os **princípios** são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de ‘otimização’, estranha à incidência das **regras** legais. O princípio, mesmo que seja afastado, em atenção ao caso concreto, nem por isso se terá, necessariamente, como violado pelo julgador.⁷⁷

Não se pode discordar das dificuldades em se demonstrar o desacerto de uma decisão judicial baseando-se em princípios. Não se trata, todavia, de tarefa impossível. Exatamente por isso se deve aplicar o princípio da proporcionalidade e o princípio da legalidade, na concepção de vinculação do juiz ao sistema, englobando lei, doutrina e jurisprudência. Não se pode olvidar, ademais, o papel da Constituição Federal como Lei Fundamental, a servir de parâmetro obrigatório para a atuação dos juízes⁷⁸.

Merece atenção especial, outrossim, o princípio da isonomia. A idéia de igualdade confunde-se com a própria idéia de Justiça⁷⁹; a consagração constitucional do princípio da isonomia visa à preservação do valor Justiça. A não-discriminação, indubitavelmente, é um dos principais valores a serem alcançados no Estado Democrático de Direito. A disparidade de tratamento de casos idênticos levados à apreciação do Poder Judiciário, deste modo, enseja um sentimento de insatisfação e descrença por parte dos jurisdicionados, devendo ser evitada ao máximo. Consubstancia-se, no entanto, em algo inerente à atuação jurisdicional. “O sistema pode e deve conceber modos de diminuí-lo, mas não tem como concretamente eliminá-lo”⁸⁰. Mesmo o princípio da isonomia, destarte, deve ser

⁷⁷ SILVA, O. B., *Coisa julgada...*, p. 794.

⁷⁸ Vide itens 3.1 e 3.3.

⁷⁹ Vide item 2.2.

⁸⁰ TALAMINI. *Embargos...*, p. 79.

conjugado aos outros princípios constitucionais, principalmente, aqui, a segurança jurídica⁸¹.

4.2. Natureza do vício da sentença ofensiva a princípios constitucionais

Admitida a possibilidade de revisão de julgados violadores a princípios constitucionais, mesmo se acobertados pela autoridade da coisa julgada, excepcionalmente e mediante critérios de proporcionalidade e razoabilidade, necessário estabelecer-se a natureza do vício que contamina referidas decisões, para posteriormente se indagar sobre os instrumentos adequados à sua desconstituição.

A declaração de inconstitucionalidade das normas⁸² opera, segundo a doutrina majoritária⁸³, efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada. Trata-se, pois, de pronúncia de nulidade do ato atacado. A decisão judicial não desconstitui a lei, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado⁸⁴.

A teoria da nulidade *ab initio* dos atos normativos declarados inconstitucionais não pode, porém, ser simplesmente transposta para o regime jurídico da coisa julgada inconstitucional⁸⁵. Tampouco implica, automaticamente, a nulidade desta em caso de declaração de inconstitucionalidade.

Deve-se distinguir os efeitos da inconstitucionalidade incidentes no plano da norma e no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma)⁸⁶. Neste se encontram as sentenças inconstitucionais.

⁸¹ Não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Discorda-se, por conseguinte, da opinião de Hugo de Brito Machado, ao afirmar “É a clara opção feita pelo constituinte de 1988, no sentido da prevalência do princípio da Justiça, a garantir a isonomia. E esta na verdade se impõe, por ser o mais fundamental de todos os princípios jurídicos.” (MACHADO, p. 23).

⁸² Considera-se aqui tanto o controle de constitucionalidade por via direta como incidental. Ressalva-se, porém, que neste os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se restringem às partes litigantes (*inter partes*), até que ocorra a suspensão da executoriedade da norma pelo Senado Federal (artigo 52, X, CF), cujos efeitos – *ex tunc* – se estendem a todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional.

⁸³ Pode-se citar Clèmerson Merlin Clève e Gilmar Ferreira Mendes. Em sentido contrário, as opiniões de Regina Maria Macedo Nery Ferrari e José Afonso da Silva.

⁸⁴ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...* p. 244.

⁸⁵ No sentido de submeter-se a coisa julgada inconstitucional ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo, ver THEODORO JÚNIOR; FARIA, *A coisa julgada...*, p. 150.

⁸⁶ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...* p. 253.

Com efeito, o dogma da nulidade absoluta deve, em determinados casos, sofrer certa dose de temperamento, no atinente ao plano dos atos concretos⁸⁷, em favor dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Dentre estes temperamentos encontra-se o respeito à coisa julgada.

O sistema de nulidades aplicável ao direito processual, ademais, possui suas particularidades.

Pode-se dizer, seguindo em parte a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier⁸⁸, configurarem-se juridicamente inexistentes (i) as sentenças que padecem de um grave defeito intrínseco, que as desfigura como sentença, comprometendo sua natureza de ato sentencial (como, p. ex., a falta de *decisum*) e (ii) as sentenças que herdaram do processo determinados vícios, atinentes à ausência dos pressupostos processuais de existência – correlatos à identificação do processo como relação jurídica estabelecida entre autor, juiz e réu⁸⁹.

Referida doutrinadora inclui ainda dentre as sentenças juridicamente inexistentes aquelas proferidas quando ausentes as condições da ação⁹⁰. Diverge-se, neste ponto, de sua orientação, por se entender que as condições da ação não são condições de existência da própria ação, mas condições para o seu exercício. A carência de ação, por conseguinte, não se identifica com a inexistência desta⁹¹.

⁸⁷ O legislador brasileiro, inclusive, passou a prever tal possibilidade nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei ou normativo pelo STF, no artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Este dispositivo, consoante assevera Gilmar Ferreira Mendes, “permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e interesse social, de outro.” (MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99”. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, p. 13).

⁸⁸ A doutrina apresenta divergências quanto aos planos da existência, validade e eficácia no direito processual civil. A respeito, ver ASSIS; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória”. *Revista de Processo*, n. 48. Editora Revista dos Tribunais, 1987; TESHEINER, José Maria. *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>.

⁸⁹ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 28 e 237. Corroborar a orientação aqui exposta o escólio de Barbosa Moreira: “A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em ‘processo’ a que falte pressuposto de existência, como seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença *inexistente*, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1993. V, p. 96).

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 31.

⁹¹ Em relação às condições da ação, divergente é o posicionamento doutrinário. “Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício” (CINTRA *et al.*, p. 256). Segue-se aqui a segunda orientação, igualmente adotada por Rodrigo da Cunha Lima Freire: “as condições da ação, em verdade, são condições para

As sentenças juridicamente inexistentes são incapazes de gerar efeitos. Podem, portanto, ser assim declaradas a qualquer tempo, sendo prescindível – e até incabível – sua desconstituição.

Resta evidente não se caracterizarem as decisões ofensivas a princípios constitucionais como atos inexistentes. Em regra, elas não se encaixam em quaisquer das hipóteses acima citadas.

Nem mesmo o ato normativo inconstitucional, registre-se, configura-se inexistente (não obstante inválida, a lei inconstitucional existe).

Os atos judiciais juridicamente inexistentes, ressalte-se, sequer transitam em julgado. A este respeito Paulo Otero: “os atos aparentemente judiciais mas juridicamente inexistentes, ao invés de atos judiciais inconstitucionais, nunca poderão gerar qualquer aparência de caso julgado, nem sequer inválido, ou mesmo produzir efeitos de fato tuteláveis pelo Direito.”⁹²

As sentenças de mérito nulas ou inválidas, por sua vez, consistem naquelas proferidas em processo a que tenham estado ausentes pressupostos processuais de validade, necessários ao desenvolvimento válido e regular do processo.

O ato inválido entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais⁹³, até que seja desconstituído. As nulidades em direito processual, além disso, mesmo as consideradas absolutas, são sanáveis, no sentido de poderem ser reparadas efetivamente⁹⁴.

As sentenças nulas, especificamente, decidindo o mérito da ação, geram efeitos, os quais ficam acobertados pelo fenômeno da coisa julgada. Esta é considerada sanatória geral do processo e torna os efeitos da sentença marcadamente estáveis⁹⁵. Este fenômeno se justifica pelo princípio do aproveitamento ou da conservação.

o regular exercício da ação, conduzindo o processo ao exame do mérito, mas não determinam a existência ou inexistência da ação, do processo ou da decisão judicial eventualmente proferida neste processo.” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 62).

⁹² OTERO, p. 64.

⁹³ ASSIS, p. 14.

⁹⁴ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 211.

⁹⁵ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery falam em *efeito substitutivo* da coisa julgada material: “a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades das partes e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca.” (NERY JUNIOR; NERY, p. 788).

À sentença eivada de nulidade, destarte, não basta a simples declaração. Uma vez “protegida” pela coisa julgada, esta deve ser desconstituída, a fim de, indiretamente (mediatamente) atingir o vício da sentença⁹⁶.

Feitas tais ponderações, importa ao presente trabalho afastar o caráter de nulidade dos casos julgados inconstitucionais, pois estes não se relacionam à ausência de pressupostos de validade do processo.

Acolhe-se, por conseguinte, a abalizada opinião de Eduardo Talamini:

A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional não é só por isso ‘nula’ ou ‘inexistente’. (...) nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma ‘não-lei’ ou ‘lei inexistente’: ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que pudéssemos dizer que a lei inconstitucional é uma ‘não-lei’, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade, propriamente, padece essa sentença. **Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade.** Para confirmar o que ora se diz basta comparar essa hipótese com aquelas em que: a) o juiz, por falha de interpretação, resolve a causa ‘aplicando’ uma norma que não existe nem jamais existiu; b) o juiz aplica uma norma que já estava revogada por ocasião dos fatos da causa. Em tais hipóteses, verdadeiramente não há norma a amparar a sentença, mas nem por isso dir-se-á que o provimento inexistente. A decisão conterá um *error in iudicando*, um defeito de conteúdo. Só poderá ser revista através de mecanismos de revisão legalmente previstos (sem grifo no original).⁹⁷⁻⁹⁸

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 212.

⁹⁷ TALAMINI. *Embargos...*, p. 52-53.

⁹⁸ José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria e Cândido Dinamarco elaboram teses diversas para explicar a natureza do vício que contamina as sentenças inconstitucionais. José Augusto Delgado aduz a inexistência das decisões inconstitucionais. Para ele, sentença e coisa julgada “só se afirmam como verdadeiras e seus atos só têm capacidade de produção de efeitos quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade. Além desses limites, elas inexistem porque recebem configurações que ultrapassam as perspectivas democráticas perseguidas pela Constituição Federal.” (DELGADO, p. 12). Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem tratar-se de nulidade. Segundo os doutrinadores, “a validade de uma norma ou ato emanado de um dos Poderes Públicos está condicionada à sua adequação constitucional” (THEODORO JUNIOR; FARIA. *A coisa julgada...*, p. 130). Cândido Dinamarco defende a tese das “impossibilidades jurídicas”, segundo a qual “incidindo a *auctoritas rei iudicate* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material. (...) Só aparentemente elas (sentenças de mérito com preceito *juridicamente impossível*) produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional. (...) uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes. (...) não havendo efeitos a serem imunizados pela coisa julgada material, essa autoridade cai no vazio e não tem como efetivar-se. A sentença com o enunciado de efeitos impossíveis não será um ato jurídico inexistente, embora inexistentes os efeitos substanciais por ela programados. (...) Faltar-lhe-á somente a *eficácia* pretendida.” (DINAMARCO, p. 26-27).

Note-se que o autor se refere apenas a “sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional”, discorrendo a respeito dos casos do parágrafo único do artigo 741 do CPC, porém seus ensinamentos são plenamente aplicáveis a qualquer caso de coisa julgada inconstitucional, inclusive às sentenças diretamente ofensivas aos princípios constitucionais.

De fato, como acima demonstrado, a inexistência e invalidade da norma referem-se a aspectos de índole formal. Não podem ser relacionadas à inconstitucionalidade presente no mérito de sentença que, mediante interpretação judicial, contraria os princípios constitucionais.

Vale citar o escólio de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, ao discorrer sobre a validade: “Resta ainda a observação de Garcia Maynez, quando afirma que os citados requisitos (de validade) são de índole extrínseca, por considerarem somente a forma sob a qual as iniciativas devem ser apresentadas, discutidas, aprovadas; porém, neles nada se indica sobre a justiça ou injustiça do conteúdo legal.”⁹⁹

Deste modo, a existência e validade da sentença correspondem à presença dos respectivos requisitos. Somente se a inconstitucionalidade do julgado se relacionar à ausência destes poderá ensejar a declaração de sua inexistência ou nulidade¹⁰⁰.

Conclui-se, destarte, caracterizar-se – em regra – injusta a coisa julgada contrária a princípio constitucional. E, vale asseverar, um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, consiste também, em geral, em um resultado juridicamente errado¹⁰¹.

4.3. Instrumentos adequados à revisão da coisa julgada ofensiva a princípios constitucionais

A natureza do vício do caso julgado inconstitucional, como se verificou, possui direta relação com os instrumentos processuais adequados à sua desconstituição e com os efeitos desta advindos.

⁹⁹ FERRARI, p. 52.

¹⁰⁰ Quanto a estas hipóteses excepcionais, ver, adiante, item 5.1.

¹⁰¹ Cf. MENDES, p. 10.

Pressupondo a nulidade¹⁰² da *res iudicata* inconstitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria defendem não ser possível aos tribunais “se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.” Mais adiante complementam: “Em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada.”¹⁰³

Entendimento semelhante segue Cândido Dinamarco, a partir da lição de Pontes de Miranda, sugerindo “a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, b) a resistência à execução, por meio de embargos ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.”¹⁰⁴

A amplitude das alternativas técnicas processuais supracitadas podem ensejar, contudo, inconvenientes insustentáveis à ordem jurídica e à estabilidade social.

Aceita-se, conforme exposto, a mitigação da coisa julgada inconstitucional, em homenagem à justiça das decisões. Esta idéia, todavia, não pode ser levada ao extremo, oportunizando-se, em qualquer caso, a qualquer tempo e por qualquer juízo a simples desconsideração da *res iudicata*, com fundamento em suposta nulidade.

Nesta linha a observação de José Maria Tesheiner, para quem ao exame das propostas que vão se fazendo, no sentido de criar outros casos de sentenças nulas, além do apontado pelo artigo 741, I, do Código de Processo Civil, deve impor-se extrema cautela. Segundo o autor,

com elas subverte-se o sistema processual, negando-se a existência de coisa julgada, dispensando-se ação rescisória e atribuindo-se a qualquer juiz o poder de decretar a nulidade¹⁰⁵. Saltam aos olhos os inconvenientes, sobretudo no que se refere aos limites da competência de cada órgão jurisdicional. Órgãos inferiores,

¹⁰² Necessária se faz uma ressalva no atinente à questão terminológica. Utilizam os autores mencionados o termo “nulidade”, com o sentido de “inexistência”, segundo a classificação de Teresa Arruda Alvim Wambier, parcialmente adotada no presente trabalho.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 156.

¹⁰⁴ DINAMARCO, p. 33.

¹⁰⁵ Vide nota 102, a respeito da questão terminológica.

inclusive juizes de primeiro grau, arrogar-se-ão o poder de decretar a nulidade de acórdãos de órgãos superiores, a pretexto, por exemplo, de falta de motivação, constitucionalmente exigida (Const. Federal, art. 93, IX).¹⁰⁶

Com efeito, o sistema jurídico vigente estabelece, inclusive constitucionalmente, regras expressas de divisão de competência, cabendo a cada órgão somente o exercício da jurisdição nos limites fixados por estas regras. A formação da coisa julgada, por sua vez, proíbe a todos os juizes a pronúncia sobre situação jurídica substancial já definida por sentença não mais sujeita a recurso. Pode-se dizer, inclusive, que o julgamento da ação rescisória, destinada especificamente à desconstituição de sentença de mérito transitada em julgado, possui regra geral de competência, a saber: “competência do tribunal, para rescindir suas próprias sentenças, bem como as dos juizes de primeiro grau, relativamente às ações para as quais tenha competência recursal.”¹⁰⁷

A possibilidade de qualquer juiz rever, até mesmo de ofício, casos julgados, ainda que inconstitucionais, como se eles fossem desprovidos de um mínimo grau de eficácia, desvirtua completamente o sistema, ocasionando afronta irreparável a todo o ordenamento jurídico, neste inserido a Constituição Federal.

Sérgio Gilberto Porto igualmente analisa a questão, concluindo ser possível a revisão do julgado somente após sua prévia invalidação. Anota o processualista que

a única forma válida e eficaz de redecidir diferentemente daquilo que já foi normado por decisão anterior que adquiriu o selo da imutabilidade é (...) a busca prévia da invalidade da decisão que se quer superar e tão-somente após sua invalidação é que poderá ser cogitado novo *accertamento* em torno da relação jurídica de direito material, vez que, nesta hipótese, resulta desconstituída a proteção jurídica que lhe atribuía a qualidade de imutável.¹⁰⁸

Compartilham-se as críticas referidas, mesmo porque, conforme já discutido, não se considera nula ou inexistente a coisa julgada contrária aos princípios constitucionais, mas injusta e, por conseguinte, juridicamente errada.

¹⁰⁶ TESHEINER. *Relativização...*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ PORTO, p. 30.

Acrescente-se que somente se configura prescindível o emprego da rescisória para combater provimentos judiciais inexistentes ou ineficazes, os quais não vinculam as partes, não produzindo a eficácia de coisa julgada¹⁰⁹.

Assentes tais pressupostos, conclui-se ser a ação rescisória o meio mais adequado à desconstituição das coisas julgadas eivadas de inconstitucionalidade por violação a princípio constitucional.

Neste sentido os escólios de José Maria Tesheiner¹¹⁰ e Sérgio Gilberto Porto¹¹¹.

Com efeito, a ação rescisória possui natureza jurídica de ação constitutiva negativa, produzindo, assim, uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente¹¹².

Estabelece o artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil a possibilidade de rescisão da sentença de mérito transitada em julgado quando esta violar literal disposição de lei.

Uma interpretação mais abrangente deste dispositivo permite dele extrair a hipótese de decisão desconforme com os princípios constitucionais. O vocábulo “lei” utilizado, com efeito, não possui o significado de lei em sentido estrito, referindo-se apenas à lei ordinária, mas engloba todas as espécies de normas jurídicas. Deve ser admissível a ação rescisória com base no inciso V do artigo 485 do CPC, portanto, por ofensa às regras constitucionais ou infraconstitucionais, à analogia, aos costumes e – aqui o ponto relevante – aos princípios gerais de direito¹¹³.

¹⁰⁹ ASSIS, p. 17.

¹¹⁰ TESHEINER. *Relativização...*

¹¹¹ Afirma o autor: “Limitando aqui o debate às hipóteses de relativização da coisa julgada, porque esta se apresenta inconstitucional, (...) cumpre observar que em qualquer das hipóteses levantadas a demanda rescisória é – ordinariamente – o instrumento hábil para revisão de decisões que adquirem autoridade de coisa julgada, pena de promover-se o verdadeiro caos na ordem jurídica, gerado pela conseqüente ausência de estabilidade nas relações sociais.” (PORTO, p. 31).

¹¹² WAMBIER L. R. *et al.*, p. 739.

¹¹³ Assim a lição de Barbosa Moreira: “O ordenamento jurídico não se exaure naquilo que a *letra* da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar *literalmente* de texto algum. ‘Lei’, no dispositivo sob exame, há de entender-se em sentido amplo.” (MOREIRA. *Comentários...*, p. 117). Os tribunais pátrios igualmente têm firmado entendimento neste sentido: “A interpretação do artigo 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4º da LICC)” (STJ, AR 822/SP, rel. Min. Franciulli Neto, j. 26.04.2000). No mesmo sentido RSTJ 45/129. Em sentido diverso: “O CPC é ofendido, quando o tribunal, ultrapassando os limites dos permissivos nele contidos, rescinde acórdão ao fundamento de que nele se praticou injustiça e se violou princípio geral de direito” (STJ, REsp 174.383-RO, j. 11.05.1999).

Deve-se considerar, deste modo, a relevância dos princípios constitucionais na busca da solução dos conflitos de interesses levados à apreciação do Poder Judiciário. Esta é a opinião de Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina: “Concebe-se hoje que o desrespeito aos princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais. Logo, a conclusão não poderia ser outra se não a de que o desrespeito a princípios deve entender-se hoje como alcançado pelo art. 485, inc. V, do CPC.”¹¹⁴

As situações concretas que se apresentam, todavia, estão ainda a exigir um redimensionamento da ação rescisória e dos limites de sua admissibilidade, a fim de abarcar-se todos os casos de violação aos princípios constitucionais.

Esta se constitui na mais apropriada opção trazida por Cândido Rangel Dinamarco, que assevera ser imperioso, na nova ordem de relativização da coisa julgada material,

abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento de outra etc.¹¹⁵

Entende-se, pois, ser a ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, *de lege lata* e *de lege ferenda* – sempre se considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, seja quando da elaboração legislativa, seja quando da apreciação da ação rescisória no caso concreto – uma das medidas necessárias à efetivação da justiça no atual ordenamento jurídico¹¹⁶.

Propõe-se, outrossim, na esteira de Sérgio Gilberto Porto¹¹⁷, a dilação do prazo decadencial para interposição da demanda de cunho rescisório, bem como a

¹¹⁴ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 179.

¹¹⁵ DINAMARCO, p. 34.

¹¹⁶ Vale registrar, consoante lembram Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, que se pretendeu, mediante medida provisória, estabelecer uma nova hipótese de cabimento de rescisória, quando “a indenização fixada em ação de desapropriação for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial” (inc. X, acrescido ao artigo 485 do CPC). Tal dispositivo, entretanto, veio a ser suspenso pelo STF, através de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, entendendo o Plenário do Supremo não estarem presentes a relevância e urgência necessárias à disciplina da matéria por Medida Provisória. (WAMBIER, L. R. *et al.*, p. 749).

¹¹⁷ PORTO, p. 32.

supressão daquele para hipóteses excepcionalíssimas, portadoras de vícios inconvalidáveis.

Esta é também a solução apresentada por José Maria Tesheiner, para casos excepcionais. Em suas palavras, “a melhor solução, para os casos, relativamente raros, em que se impõe a desconstituição de sentenças válidas, mas objetivamente desarrazoadas, é abrir-se a possibilidade de sua rescisão, a qualquer tempo, pelo órgão competente.”¹¹⁸

Igualmente Eduardo Talamini, comentando a respeito dos subsídios oferecidos pelo processo canônico no tangente aos prazos para propositura de medidas destinadas a atacar sentenças firmes, assevera não ser descartável o aumento do prazo da ação rescisória em hipóteses de defeitos que envolvam os valores mais caros ao ordenamento. E exemplifica: “poder-se-ia cogitar da ampliação do prazo de rescisória na hipótese em que ‘a literal disposição de lei’ violada for uma norma constitucional.”¹¹⁹

Mister se faz salientar, ademais, que a desconstituição da coisa julgada, nos casos ora tratados, não exige prévia previsão legal, podendo se dar ainda quando ausentes instrumentos processuais típicos para tanto. O próprio fato de se estar referindo aqui a conflito entre princípios constitucionais impede uma definição geral e abstrata de todas as possíveis situações de “coisa julgada inconstitucional”. A essência dos princípios, considerados “mandados de otimização”, cuja incidência se caracteriza pela maleabilidade, em face de aspectos concretos, obsta a tipificação plena e taxativa das hipóteses de desconstituição da coisa julgada.

Por outro lado, o princípio do acesso à Justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, permite o emprego de uma ação para a “quebra” atípica da *res iudicata*, em caráter subsidiário aos meios típicos de rescisão e de cunho igualmente rescisório. Deverão, contudo, ser observados alguns pressupostos, como o princípio da proporcionalidade, a necessidade de prévia desconstituição da coisa julgada anterior e o emprego das regras de competência da ação rescisória¹²⁰.

¹¹⁸ TESHEINER. *Relativização...*

¹¹⁹ TALAMINI. *Eficácia e autoridade...*, p. 59.

¹²⁰ Cf. TALAMINI. *Coisa julgada...* A respeito, ver também o item 5.10.

4.4. Possibilidade de revisão da revisão

Embora o Código de Processo Civil silencie a respeito, admitem a doutrina e a jurisprudência a possibilidade de rescisória de rescisória.

Razão não há para diferenciar-se a ação rescisória fundada em ofensa a princípio constitucional ou a ação atípica de cunho rescisório. Deve-se atentar, contudo, à ressalva feita por Humberto Theodoro Júnior: “a rescisória da rescisória não pode se apresentar como simples reiteração da matéria decidida na ação anterior.”¹²¹

Deste modo, proposta a ação rescisória com fundamento em ofensa a princípio constitucional e julgado procedente o pedido no *iudicium rescidens*, julgando o tribunal novamente a matéria no *iudicium rescissorium*, contra estas decisões poderá caber nova ação rescisória, se, nelas, novamente configurar-se ofensa a princípio constitucional ou quaisquer das outras hipóteses do artigo 485 do CPC. No caso de ação atípica, será igualmente defeso discutir matéria anteriormente analisada, apenas sendo admissível se a nova decisão também ofender princípios constitucionais e observados os requisitos já citados.

4.5. Ofensa direta a regras constitucionais

A violação às normas constitucionais, consoante já exposto, engloba tanto ofensa às regras constitucionais quanto aos princípios constitucionais. Tratou-se, até aqui, tão somente desta segunda hipótese, por ser considerada a mais grave, a contrariar a própria estrutura e os valores consagrados no sistema jurídico, traduzidos em princípios.

A possibilidade de se configurar a coisa julgada inconstitucional por violação a regra constitucional caracteriza-se ainda como mais evidente em comparação à inconstitucionalidade por ofensa a princípio constitucional. Com efeito, as regras

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1v, p. 672. Bem assim têm entendido os tribunais pátrios: “O sistema processual brasileiro admite o ajuizamento de nova ação rescisória promovida com o objetivo de desconstituir decisão proferida no julgamento de outra ação rescisória. A via excepcional da rescisão do julgado, contudo, não pode ser utilizada com o propósito de reintroduzir, no âmbito de nova ação rescisória, a mesma discussão já apreciada, definitivamente, em anterior processo rescisório” (STF, Pleno, EdclAR 1279/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.02.2002).

diferenciam-se dos princípios por serem mais objetivas, possuindo menor grau de abstração. A aferição de sua violação, conseqüentemente, mostra-se mais simplificada.

Diante de tais circunstâncias, aplicam-se aos casos de coisa julgada diretamente ofensiva às regras constitucionais os mesmos pressupostos acima explicitados, referentes à coisa julgada diretamente ofensiva aos princípios constitucionais. Coincidem, em ambos os casos, a natureza do vício da sentença (injustiça da decisão) e os instrumentos adequados à revisão da coisa julgada (a admissibilidade da ação rescisória com base no artigo 485, inciso V, do CPC, inclusive, não suscita maiores questionamentos).

5. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL POR APLICAÇÃO DE NORMA INCONSTITUCIONAL OU POR RECUSAR APLICAÇÃO DE NORMA NÃO OFENSIVA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

5.1. Natureza do vício da sentença

Aplicam-se a estas hipóteses grande parte das observações realizadas quando se analisou os casos de violação direta aos princípios constitucionais.

Considera-se, inicialmente, não ser de natureza diversa o vício de que padecem as sentenças ora referidas. Trata-se, igualmente – em regra – de vício de natureza substancial, concernente à injustiça do conteúdo das decisões, e não de defeito formal, atinente à inexistência ou invalidade do ato jurisdicional¹²².

Cumpra mais uma vez salientar que a produção de efeitos *ex tunc* e *erga omnes* da sentença proferida em controle de constitucionalidade de lei não implica, por si só, a inexistência da decisão fundamentada em referida lei.

A norma inconstitucional, não obstante inválida desde o início, existia e, mais do que isso, revestia-se de presunção de legitimidade, podendo ter conduzido à prática de atos durante o período em que esteve inserida no sistema, muitos dos quais, pela ponderação de valores, deverão ser mantidos. A existência da norma inconstitucional – e a presunção de sua legitimidade – servirá de *fato jurídico* acarretador da incidência de outras normas, como boa-fé, segurança jurídica, irrepetibilidade dos alimentos, vedação ao enriquecimento sem causa etc¹²³. Neste sentido tem-se a preservação dos casos julgados, ao menos no aspecto formal, os quais não poderão ser considerados inexistentes ou inválidos, mas injustos.

Somente excepcionalmente estar-se-á diante de sentença inexistente ou inválida por aplicação de norma inconstitucional. Conforme Eduardo Talamini,

¹²² Diferentemente entendem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, para quem “seria rigorosamente desnecessária a propositura de ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). (...) a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. (...) O fundamento para a *ação declaratória de inexistência* seria a *ausência* de uma das *condições da ação*: a *possibilidade jurídica do pedido*.” (WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 43).

¹²³ TALAMINI. *Embargos...*, p. 51.

A inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá acarretar propriamente a nulidade da sentença quando se tratar de norma processual reguladora de requisitos de validade da sentença ou de validade de atos que repercutam necessariamente sobre a sentença. Exemplificando: i) uma hipotética lei dispensa o juiz de motivar ao sentenciar, e o juiz, amparado nessa regra, profere sentença sem fundamentação; ii) uma hipotética lei proíbe prova oral em processos de direito de família, e o juiz, com base nela, indefere o requerimento de prova testemunhal feito pelo autor, julgando a ação improcedente por falta de provas. Do mesmo modo, a inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá conduzir à inexistência ou à ineficácia de pleno direito de uma sentença quando diretamente repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Assim, se uma lei viesse a dispensar a citação do réu em ações de valor inferior a mil reais, permitindo que o processo tramitasse integralmente sem a sua participação, a sentença no processo que houvesse aplicado essa regra seria ineficaz *pleno iure* perante o réu, na medida em que ele não teria integrado a relação processual.¹²⁴

Prossegue o autor, registrando caberem ressalvas mesmo nestas hipóteses.

Em relação à nulidade da sentença de mérito, porque a coisa julgada configura sanatória geral do processo. Assim, “a sentença de mérito nula precisará ser atacada através de ação rescisória, observados os requisitos específicos desta via. Não sendo assim, permanecerá íntegra.”¹²⁵

No referente à sentença inexistente, não se forma a coisa julgada, conforme já salientado, cabendo a simples desconsideração do provimento judicial. O Supremo Tribunal Federal, todavia, mais de uma vez “preservou atos praticados sob o amparo da norma inconstitucional em situações que envolviam, precisamente, hipótese que em tese poderia conduzir à ‘inexistência’ de sentença (mais propriamente sua ineficácia perante o réu).”¹²⁶ Refere-se aqui aos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei que conferia investidura aos oficiais de justiça. Considerando-se inválidos os atos por estes praticados e, em se tratando de citação, havendo revelia, seria ineficaz a sentença em face do réu. O Supremo, entretanto, entendeu válidos os atos praticados pelos oficiais, amparando-se na teoria do “funcionário de fato”¹²⁷.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 54.

5.2. Sentença proferida com base em lei e posterior declaração de inconstitucionalidade na via direta

Assente que a decisão baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional pela via direta não se caracteriza – em regra – inexistente ou ineficaz, resta indubitável o não cabimento de ação declaratória de inexistência ou o controle incidental de constitucionalidade da coisa julgada, até mesmo de ofício, por qualquer juiz ou tribunal.

Duas serão as vias adequadas à desconstituição das sentenças sob análise: a ação rescisória e os embargos à execução de título judicial.

O embasamento legal para a propositura da ação rescisória, neste caso, consiste no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil: violação a literal disposição de lei. A ação rescisória terá como fundamento a violação da disposição constitucional afrontada pela norma infraconstitucional inconstitucional aplicada pela sentença.

Necessário se faz, entretanto, analisar o significado da expressão “literal disposição”. “Ao qualificar a violação com o adjetivo ‘literal’”, observa Teori Albino Zavascki, “o legislador certamente quis, de algum modo, especificar o conceito, limitar sua abrangência. Não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória.”¹²⁸

O Ministro Bueno de Souza, em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, sustentou que “A ação rescisória não deve ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação a disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto.”¹²⁹

Neste sentido, firmou-se o entendimento traduzido na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição

¹²⁷ RE 79.628; RE 78.209; RE 78.594/SP

¹²⁸ ZAVASCKI, p. 127.

¹²⁹ STJ, REsp 40, 4ª Turma, rel. Min. Bueno de Souza, j. 29.10.1991. No mesmo sentido: RSTJ 93/416, RSTJ 40/17, RT 643/93.

de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais”.

A discussão que se tem colocado na doutrina e jurisprudência é quanto à aplicabilidade desta súmula quando a norma violada for constitucional. A supremacia jurídica da Constituição Federal, bem como a especial gravidade inserida no descumprimento das normas constitucionais fundamenta a tese da não aplicação da Súmula 343 quando se tratar de matéria constitucional. Esta é a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça¹³⁰. Estando envolvida uma questão constitucional, afasta-se a incidência da Súmula.

Aceita-se, desta forma, a utilização da ação rescisória com o objetivo de revisar sentença acobertada por coisa julgada proferida com base em lei de interpretação controvertida nos tribunais, posteriormente objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente, não incidindo, nesta hipótese, a Súmula 343.

Importante inovação no sistema de revisão da coisa julgada inconstitucional representou a inserção, pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001¹³¹, do parágrafo

¹³⁰ “Pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o enunciado da Súmula 343/STF deve ser aplicado somente à interpretação controvertida de lei federal, e não quanto ao conflito de regra constitucional, em face da respectiva supremacia jurídica” (STJ, AR 477/CE, rel. Min. Edson Vidigal, j. 11.06.01). Ver também: AR 976/CE, rel. Min. José Amaldo, j. 22.03.00, REsp 287.148/RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 17.05.01. Em sentido diverso a orientação de Luiz Guilherme Marinoni: “pensar na eliminação da Súmula nº 343 significa dar extensão desmedida ao art. 485, V, do CPC, equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação de sua própria essência. A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só *retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio* –, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas” (MARINONI, p. 23). Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, por sua vez, defendem a não aplicação, em qualquer circunstância, da Súmula 343: “se tem como absurda a regra constante da Súmula 343 que determina não serem impugnáveis por meio de ação rescisória (no momento em que este seria evidentemente o único meio de que disporia a parte para controlar a decisão que lhe foi desfavorável) decisões que hoje se sabe afrontarem mais do que a lei, afrontarem o sistema jurídico. Isto porque, o que nos faz perceber que aquelas decisões anteriormente proferidas estavam *erradas* é a circunstância de aquele determinado problema jurídico já ter sido, por assim dizer, ‘assimilado’ (ou seja, decidido reiteradamente num determinado sentido, principalmente se se tratar de decisões emanadas de Tribunais Superiores) pelo sistema. Isso significa dizer que, em casos como esse, se está permitindo que sobreviva uma decisão que afronta *não só a lei mas a forma como o entendimento dessa ‘lei’ ‘amadureceu’ em nossos Tribunais, certamente com subsídios fornecidos pela doutrina*, o que significa algo de muito mais grave e pernicioso para a estabilidade jurídica.” (WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 62).

¹³¹ Artigo 10. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery consideram inconstitucional formal e materialmente este dispositivo. Formalmente inconstitucional por ter sido a MedProv 2180-35 editada sem os requisitos de relevância e urgência. Materialmente inconstitucional por ofensa direta aos artigos 1º, *caput*, e 5º, XXXVI da CF (NERY JUNIOR; NERY, p. 1.060). Esta não é a orientação aqui adotada, como adiante será demonstrado.

único no artigo 741 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.

A interpretação e aplicação deste dispositivo devem, todavia, ser permeadas por muita cautela, a fim de evitar abusos.

Cumpra, inicialmente, analisar a natureza dos embargos ora estudados.

Araken de Assis destaca que “o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia”, desfazendo retroativamente os efeitos da coisa julgada e apagando o efeito executivo da condenação, tornando assim inadmissível a execução. “A procedência dos embargos”, assevera, “não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado”. E, mais adiante, prossegue: “o art. 741, parágrafo único, tornou *sub conditione* a eficácia da coisa julgada do título judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. (...) A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467.”¹³²

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam não se tratar “de atribuir aos embargos à execução função ‘rescindente’, já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se”¹³³. Concluem serem os embargos à execução “ação movida pelo executado contra o exequente, via de regra com o objetivo de declarar a nulidade ou desconstituir o ato ao qual a norma atribuiu a eficácia de título executivo.”¹³⁴

Considerando-se não se caracterizar a sentença que veicula uma solução inconstitucional ineficaz nem nula, mas injusta, bem como o princípio constitucional da segurança jurídica, a demandar um juízo de proporcionalidade em relação aos casos de “coisa julgada inconstitucional”, entende-se, diferentemente das orientações supra-expostas, serem os embargos à execução previstos no artigo 741,

¹³² ASSIS, p. 22.

¹³³ Deve-se lembrar que os autores citados entendem ser inexistente a sentença que aplica norma inconstitucional, pois baseada em “lei que não era lei”, faltando-lhe uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido.

¹³⁴ WAMBIER, T.A.; MEDINA, p. 73.

parágrafo único, do CPC um novo mecanismo de rescisão da autoridade da coisa julgada. Adicione-se ainda a possibilidade de preservação, por determinação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista “razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social”, dos efeitos oriundos da norma inconstitucional, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99¹³⁵.

Coaduna-se, por tais motivos, com o posicionamento de Eduardo Talamini, para quem, mediante o parágrafo único do artigo 741,

estariam sendo estabelecidos uma nova hipótese e um novo meio de desconstituição de um título judicial. Nos casos em que esse título estivesse acobertado pela coisa julgada material, os embargos funcionariam como novo e excepcional mecanismo de rescisão dessa autoridade. A questão constitucional relevante na formação do título haveria de ser reexaminada nos embargos, cabendo ao juiz sobre ela pronunciar-se novamente. (...) O título fundado na solução inconstitucional é em princípio eficaz e será desconstituído na medida em que o juiz constate sua incompatibilidade absoluta com a orientação do Supremo¹³⁶.

Entendendo-se que o dispositivo analisado enseja a desconstituição do título executivo, sendo figura semelhante à ação rescisória, importa reconhecer a necessidade de assegurar-se à parte a correção da solução inconstitucional, redecidindo-se o processo originário. Em determinados casos, isto será bastante simples, bastando inverter o resultado do processo anterior, sem necessidade de qualquer providência adicional. Em outros, porém, requerente e requerido podem ter se baseado em mais de um fundamento, sob a forma alternativa, o que torna a questão mais complexa¹³⁷.

Outro ponto a ser salientado consiste no fato de ser “imprescindível que a questão constitucional seja aspecto suficiente para provocar a mudança ou supressão da decisão anterior”.¹³⁸ Além disso, sendo o dispositivo da sentença formado por vários capítulos, “serão desconstituídos apenas aqueles de eficácia ‘condenatória’ e sobre os quais repercute logicamente a solução inconstitucional”.¹³⁹

A norma do artigo 741, parágrafo único, como se percebe, não merece uma visão simplista, sendo demasiadamente temerário ao ordenamento jurídico atribuir-

¹³⁵ Ver nota nº 88.

¹³⁶ TALAMINI. *Embargos...*, p. 63-64.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 69-71.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 68.

¹³⁹ *Idem*.

lhes efeitos automáticos, de modo a afastar-se, de plano, a eficácia executiva do título em face do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰.

Deve-se ainda salientar que, para a oposição dos embargos à execução, o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade somente será invocável nos limites da eficácia temporal atribuída pelo Supremo à decisão (artigo 27 da Lei nº 9.868/99).

5.3. Sentença proferida com base em lei objeto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Segundo Jorge Miranda, “em nenhum ponto da Constituição se estabelecem quais as normas exeqüíveis e quais as normas não exeqüíveis por si mesmas. Há de ser então o intérprete, utilizando todos os elementos de que possa servir-se, que tem de procurar averiguar se qualquer norma pertence ou não a cada uma dessas categorias ou situações.”¹⁴¹

Em se tratando de norma constitucional não exeqüível por si mesma, será cabível a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez presentes os demais requisitos. A omissão inconstitucional derivada de atos legislativos normativos, ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “advém da estrutura de determinadas normas constitucionais. (...) a eficácia de certas normas constitucionais não se realiza plenamente enquanto não for emitida uma legislação subsequente que venha a completar o sentido.”¹⁴²

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, portanto, pressupõe, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma declaração a respeito da necessidade ou não de regulamentação infraconstitucional daquela determinada norma constitucional. Esta decisão do Supremo produzirá efeitos *erga omnes*.

¹⁴⁰ Não é demais registrar que, quanto às questões enquadráveis no artigo 741, parágrafo único, do CPC, serão imprescindíveis os embargos à execução, sendo inadmissível sua arguição em exceção de pré-executividade. Este entendimento se justifica, do ponto de vista formal, por se tratar de matéria logicamente anterior à formação do título, embora fosse de ordem pública no processo cognitivo. Em termos principiológicos, a admissibilidade de desconstituição da coisa julgada através de mera objeção no processo executivo pode significar uma excessiva e perigosa possibilidade de “relativização” dessa garantia, em prejuízo da segurança jurídica (cf. TALAMINI. *Embargos...*, p. 72-73). Em sentido contrário: ASSIS, p. 26 e WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 73.

¹⁴¹ MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 404.

¹⁴² FERRARI, p. 222.

Pode ocorrer, no entanto, de determinada decisão judicial ter imediatamente aplicado uma norma posteriormente considerada pelo Supremo de eficácia limitada ou, ao contrário, a sentença pode ter se baseado na necessidade de regulamentação infraconstitucional de norma que, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi declarada de aplicabilidade imediata.

Em tais hipóteses será cabível a revisão da coisa julgada, nos mesmos moldes defendidos para a desconstituição de sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional em julgamento de procedência de ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência de ação declaratória de constitucionalidade¹⁴³.

5.4. Sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pela via incidental

No ordenamento jurídico brasileiro, as decisões sobre constitucionalidade da norma, na via incidental, mesmo em se tratando de pronunciamento do Supremo, não possuem, a princípio, eficácia *erga omnes*. Relativamente ao caso concreto julgado, tem-se a nulidade do ato e, por isso, a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado desde o seu nascimento, continuando, todavia, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações¹⁴⁴.

A Constituição Federal, no artigo 52, inciso X, prevê que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. A “suspensão” referida significa a supressão da norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Não consiste, pois, em providência provisória, mas definitiva, cuja finalidade é justamente permitir a extensão do reconhecimento incidental da

¹⁴³ Especificamente quanto ao cabimento dos embargos à execução, afirma expressamente Eduardo Talamini: “o pronunciamento sobre a eficácia plena ou limitada da norma constitucional emitido nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão também poderá servir de amparo aos embargos, na medida em que o título embargado estiver fundado em entendimento oposto ao do Supremo acerca da aplicabilidade (imediata ou não) da norma”. (TALAMINI. *Embargos...*, p. 66).

¹⁴⁴ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...*, p. 113.

inconstitucionalidade a outros casos. A suspensão da norma pelo Senado, desta forma, produz efeitos *ex tunc*¹⁴⁵ e *erga omnes*.

Tal competência do Senado, ademais, “consiste em atividade discricionária de natureza política”¹⁴⁶, cabendo a ele “modular a eficácia da retirada da norma do ordenamento. Se lhe é dado até recusar a retirada da norma, nada impede que a retire com eficácia *ex nunc* ou fixando algum outro termo que não o do surgimento da inconstitucionalidade”.¹⁴⁷

Considerados estes pressupostos, cabe indagar em que hipóteses a declaração incidental de inconstitucionalidade poderá servir de fundamento à desconstituição da coisa julgada.

A declaração incidental de inconstitucionalidade, conforme exposto, opera efeitos *inter partes*. Não possui, por conseguinte, o condão de, **isoladamente**, repercutir em outras situações que não a apreciada naquele processo¹⁴⁸, máxime em se tratando de relações jurídicas acobertadas pela autoridade da coisa julgada.

Destarte, no caso de simples declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade pelo Supremo, sem posterior suspensão da norma pelo Senado, entende-se ser cabível tão somente a ação rescisória¹⁴⁹. Aplica-se aqui a análise acima exposta em relação à não incidência da Súmula 343 quando a interpretação da norma ensejar ofensa à Constituição Federal.

A admissibilidade da ação rescisória se torna ainda mais evidente quando presentes decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina bem observam que “se, de um lado, é verdade que as decisões proferidas *incidenter tantum* não vinculam, de outro lado, quando têm lugar, estas decisões incidentes, *reiteradamente* no mesmo sentido, parece que se pode dizer ser essa a posição do órgão, cuja principal função é a de

¹⁴⁵ Corroboram este entendimento Clèmerson Merlin Clève e Teori Albino Zavascki. Defendem a eficácia *ex nunc* da suspensão de norma pelo Senado Federal José Afonso da Silva e Regina Maria Macedo Nery Ferrari.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁷ TALAMINI. *Embargos...*, p. 56.

¹⁴⁸ Deve-se registrar, neste ponto, que, de acordo com a regra do parágrafo único do artigo 481 do CPC, acrescido pela Lei nº 9.756/98, dispensa-se a instalação de incidente de inconstitucionalidade nos tribunais quando houver precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, ficando os órgãos fracionários dos tribunais vinculados ao precedente da Corte Suprema.

¹⁴⁹ No sentido da admissibilidade de rescisão de sentença contrária a decisão do STF em controle difuso, ver ZAVASCKI, p. 135-137.

'dizer o que a Constituição Federal diz e conformar o resto do ordenamento jurídico à sua dicção': O STF."¹⁵⁰

Vale ainda ressaltar, conforme Teori Albino Zavascki, que "Rescindir a sentença e, em novo julgamento do caso, harmonizar a situação ao precedente do STF significa, ademais, dar atendimento ao princípio constitucional da igualdade perante a lei, em face do qual não pode se ter por absoluto o valor da coisa julgada."¹⁵¹

Sobre a possibilidade de incidência da regra do artigo 741, parágrafo único, do CPC com amparo em jurisprudência do Supremo acerca de questão constitucional formada na apreciação de casos concretos, afirma Araken de Assis:

Quanto ao controle incidental, ainda que resulte de reiteradas manifestações uniformes e convergentes do STF, somente a partir da resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X, da CF/88, suspendendo a lei ou o ato normativo, enseja-se a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC. A recente valoração desses precedentes, excepcionando a cláusula da reserva do plenário (art. 97 da CF/88), através do art. 481, parágrafo único, nos tribunais inferiores, e autorizando o julgamento singular do relator (art. 557), visam à celeridade dos pronunciamentos nas instâncias ordinárias. Assim, precedentes uniformes e convergentes do STF, antes da resolução do Senado, não bastam à aplicação do art. 741, parágrafo único.¹⁵²

Em igual sentido assevera Eduardo Talamini: "Pretender que a jurisprudência reiterada, ainda que do Supremo, por si só, passe a se prestar ao desfazimento da coisa julgada independentemente de ação rescisória seria levar longe demais uma técnica que já trafega em terreno limítrofe."¹⁵³

Sob outro vértice, havendo resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, não se pode deixar de admitir o cabimento da rescisória, consideradas as explanações já exaradas.

A invocação da inconstitucionalidade da norma em embargos à execução, por sua vez, ficará subordinada aos limites temporais fixados pelo Senado Federal¹⁵⁴. Conclui-se, destarte, ser possível a alegação da declaração de inconstitucionalidade de lei (em que se baseia o título exeqüendo), por meio de

¹⁵⁰ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 55.

¹⁵¹ ZAVASCKI, p. 136.

¹⁵² ASSIS, p. 25.

¹⁵³ TALAMINI. *Embargos...*, p. 62-63.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 66.

embargos à execução, “quando o Senado a retirar do ordenamento jurídico e imprimir, a esta retirada, eficácia *ex tunc*.”¹⁵⁵

5.5. Sentença baseada na não incidência de lei considerada inconstitucional e posterior declaração de constitucionalidade em via direta

A procedência da ação declaratória de constitucionalidade, assim como a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, possuem eficácia *erga omnes*. É divergente, porém, a abrangência de cada uma das decisões.

O reconhecimento da legitimidade constitucional da norma em sede de ação declaratória de constitucionalidade atinge todos os possíveis fundamentos que poderiam afetar tal legitimidade.

O reconhecimento de constitucionalidade decorrente da improcedência de ação direta de inconstitucionalidade, diferentemente, limita-se ao motivo que leve à inexistência ou à invalidade do ato atacado. Não obstante a inexistência de vinculação do Supremo aos fundamentos apresentados pelo autor da ação, os motivos de inconstitucionalidade não aventados, quer pelo autor da ação, quer pelo Supremo, não restam preclusos ou implicitamente rejeitados. Não se aplica à hipótese o artigo 474 do Código de Processo Civil. Assim, consoante Eduardo Talamini,

quando se declara a constitucionalidade da norma no julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, tal declaração assume força vinculante e eficácia *erga omnes* nos limites dos fundamentos efetivamente apreciados pelo Supremo, tenham ou não sido eles trazidos pelo autor da ação. Haverá, então, necessidade de verificação dos aspectos constitucionais efetivamente examinados.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Desta forma, independentemente do meio processual utilizado para a desconstituição do julgado, na hipótese de a declaração de constitucionalidade

¹⁵⁵ WAMBIER, T. A.; MEDINA, p. 75.

¹⁵⁶ TALAMINI. *Embargos...*, p. 59.

¹⁵⁷ *Opinião diversa possui Teori Albino Zavascki: “declarada a procedência ou a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade ou da ação direta de inconstitucionalidade, haverá coisa julgada material insuscetível de ser modificada mediante nova ação, ainda que com outro fundamento legal. Aplica-se à hipótese o princípio segundo o qual a coisa julgada opera a preclusão do deduzido e do dedutível, que inspirou o artigo 474 do CPC”.* (ZAVASCKI, p. 107).

decorrer do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, “cabera examinar se os motivos para a inconstitucionalidade acolhidos no caso concreto são os mesmos motivos que foram rejeitados pelo Supremo”.¹⁵⁸

Sob outro aspecto, entende-se submeter-se a coisa julgada operada em processo em que se deixou de aplicar texto legal por ter sido considerado inconstitucional ao mesmo regime de desconstituição (em caso de posterior decisão em sentido contrário a respeito da questão constitucional) dos casos julgados inconstitucionais por aplicar norma assim considerada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁹.

Ressalte-se ainda que evidentemente a desconstituição do julgado somente poderá ocorrer quando a constitucionalidade da norma tiver sido apreciada incidentalmente no processo¹⁶⁰.

Os instrumentos adequados ao afastamento da decisão acobertada pela coisa julgada serão, mais uma vez, a ação rescisória e os embargos à execução fundados no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 66.

¹⁵⁹ Para alguns doutrinadores, como Humberto Theodoro Júnior, são diferentes as situações de sentença que deixa de aplicar lei ordinária a pretexto de inconstitucionalidade e de sentença que acolhe lei ordinária rejeitando arguição de inconstitucionalidade. Segundo referido autor, no caso de “não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia”. Conseqüentemente, “A recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais.” (THEODORO JUNIOR; FARIA. *A coisa julgada...*, p. 158-159). Ver também, do mesmo autor: “A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional”. *Revista de Processo*, n. 79. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁶⁰ Ressalva expressa neste sentido, em relação ao cabimento de embargos à execução, faz Eduardo Talamini: “o pronunciamento sobre a constitucionalidade da norma infraconstitucional, contido no julgamento de procedência da ação declaratória de constitucionalidade ou no de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, autoriza a interposição de embargos naqueles casos em que, para a formação do título judicial, houver concorrido uma declaração incidental de inconstitucionalidade daquela mesma norma.” (TALAMINI. *Embargos...*, p. 65).

5.6. Sentença proferida com base em aplicação ou recusa de lei posteriormente objeto das técnicas de interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

A interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto constituem-se em técnicas interpretativas perfeitamente compatíveis com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade¹⁶¹.

Pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto o Supremo Tribunal Federal mantém íntegro o texto legal, que continua a integrar o ordenamento, declarando, contudo, a inconstitucionalidade de determinado entendimento extraível daquele texto. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não incide sobre a letra da lei, mas sobre determinada interpretação que se lhe deu.

Mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, o Supremo, dentre várias interpretações possíveis do texto legal, indica qual não se caracteriza ofensiva à Constituição Federal, excluindo todas as outras, por serem incompatíveis com esta.

As decisões proferidas com base nestas técnicas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conforme preceitua o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99. Ambas, ademais, se submetem à regra do artigo 27 da mesma Lei, podendo ter sua eficácia temporal modulada pelo Supremo.

A técnica da interpretação conforme, no Brasil, “vinha conduzindo ao julgamento de improcedência da ação direta, ‘por se dar à norma exegese que a compatibiliza com o texto constitucional’”.¹⁶² A prática recente do STF, porém, vem considerando o caso “como procedência parcial da ação direta, ‘para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Constituição’”.¹⁶³

¹⁶¹ Seja em via direta, ora considerada, seja na via incidental.

¹⁶² CLÉVE. *A fiscalização abstrata...*, p. 264.

¹⁶³ *Idem*.

Quando a interpretação conforme é veiculada em um julgamento de improcedência, suscita alguns problemas. Como anota Clèmerson Merlin Clève, “porque a ‘coisa julgada’ alcança apenas a parte dispositiva da decisão (que é de rejeição de inconstitucionalidade) e não os seus fundamentos, os juízes e tribunais podem, eventualmente, continuar aplicando a norma impugnada com os sentidos apontados como inconstitucionais”.¹⁶⁴ Isto, obviamente, implicaria a prolação de decisões manifestamente ofensivas ao texto constitucional, cujo afastamento seria possível mediante a interposição de recurso extraordinário, na oportunidade própria e atendidos os pressupostos respectivos. Uma vez esgotado o prazo para recurso e formada a coisa julgada, todavia, não se pode deixar de aceitar sua desconstituição, através dos meios cabíveis, sob pena de perpetuar-se grave e evidente injustiça, decorrente de violação das normas constitucionais.

Visando a evitar tais situações, referido constitucionalista afirma ser “inevitável conferir-se às apontadas decisões uma eficácia vinculante que se estenda para além da parte dispositiva, alcançando também a fundamentação da sentença.”¹⁶⁵ Eduardo Talamini acrescenta o fato de ser possível, “a partir de um critério geral de interpretação das decisões, válido tanto para o processo tradicional quanto para o controle direto”, extrair-se uma solução para a questão: “O verdadeiro sentido e conteúdo do *decisum* não dependem tanto do que nele está formalmente consignado, mas do contexto geral em que inserido.” E conclui: “Considerada a atual função da ‘interpretação conforme’ como técnica de controle, ainda quando o Supremo formalmente ‘julgar improcedente’ a ação direta, por reputar haver uma ‘interpretação conforme’, tal decisão deverá ser interpretada como *acolhimento da arguição de inconstitucionalidade* no que tange às interpretações ‘desconformes””.¹⁶⁶

As decisões que aplicarem a norma com fundamento em uma interpretação “desconforme”, bem como aquelas que, *incidenter tantum*, reputarem a norma inconstitucional na íntegra, excluindo inclusive a “interpretação conforme”, configurar-se-ão ofensivas à Constituição Federal, sendo passíveis de desconstituição mediante ação rescisória ou embargos à execução, consideradas as observações expostas para os casos de sentença proferida com base em lei

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 266.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 267.

¹⁶⁶ TALAMINI. *Embargos...*, p. 61.

posteriormente declarada inconstitucional na via direta e de sentença baseada na não incidência de lei por reputá-la inconstitucional e posterior declaração de sua constitucionalidade¹⁶⁷.

5.7. Inexistência de controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal

Casos há de aplicabilidade de norma ofensiva à Constituição Federal ou de recusa de aplicação de norma não inconstitucional em que inexistente qualquer pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade daquela norma. Questiona-se se nestas hipóteses haveria algum meio de desconstituição da coisa julgada. Com efeito, isto poderia ensejar ofensa à segurança jurídica, especialmente porque não se tem assente um juízo sobre a constitucionalidade da lei. Por outro lado, uma resposta negativa poderia implicar a ocorrência de grave injustiça.

Anteriormente se verificou¹⁶⁸ que a simples presença de matéria constitucional basta ao afastamento da Súmula 343. O pronunciamento do Supremo sobre a questão constitucional, em via direta ou incidental, é, portanto, prescindível ao cabimento da ação rescisória, com base no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. O motivo da não-incidência da Súmula 343, reitera-se, concerne ao envolvimento de interpretação ou aplicação de norma constitucional, não importando a existência de prévia manifestação do STF.

Admite-se, assim, a propositura de ação rescisória, com base no artigo 485, inciso V, do CPC¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ver itens 5.2 e 5.5.

¹⁶⁸ Item 5.2.

¹⁶⁹ Teori Albino Zavascki defende o cabimento de ação rescisória nestes casos, asseverando: "mesmo não havendo precedente do STF, será admissível ação rescisória em matéria constitucional, sem os empecilhos da Súmula 343; porém, o acórdão que lhe julgar o mérito, afirmando a existência ou inexistência de violação à Constituição, estará sujeito a controle pela Suprema Corte, mediante recurso extraordinário (CF, art. 102, III)." Conforme justificativa do autor, sendo negado o acesso ao Supremo Tribunal Federal, "a decisão que o tribunal local dará na rescisória muito pouco ou nada terá contribuído para extirpar a controvérsia jurisprudencial e para dar a todos os destinatários da Constituição o tratamento igualitário requerido por elemental senso de justiça." (ZAVASCKI, p. 137-141). Ressalta-se a admissibilidade de acesso à instância extraordinária mediante ação rescisória porque segundo o entendimento atualmente predominante a respeito, em rescisória, o recurso somente poderá dirigir-se aos pressupostos da ação e não aos fundamentos da sentença rescindenda. Assim, o atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no

Inadmissível, por sua vez, o cabimento dos embargos à execução, de acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 741 do CPC. A mais correta exegese deste dispositivo indica ser sempre necessária a prévia manifestação do Supremo Tribunal Federal para a sua aplicabilidade. Poder-se-ia dizer, com base em uma interpretação puramente literal, que a parte final do texto legal (“ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”) dispensa tal manifestação do Supremo acerca da incompatibilidade da aplicação ou interpretação da norma com a Constituição. No entanto, como assevera Eduardo Talamini, “não é o entendimento de qualquer juiz ou tribunal – e muito menos o da própria parte – acerca da inconstitucionalidade de uma dada interpretação que dá ensejo aos embargos ex art. 741, par. ún. É indispensável que a consideração de incompatibilidade funde-se em pronunciamento do STF.”¹⁷⁰

5.8. Sentença proferida com base em norma já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

Aceita a possibilidade de desconstituição de sentença inconstitucional por haver juízo de constitucionalidade da norma pelo Supremo, posterior ao trânsito em julgado, em sentido diverso ao adotado na decisão ou mesmo quando inexistente qualquer pronunciamento a respeito da constitucionalidade da norma pelo STF, com ainda mais vigor deve-se admitir a possibilidade de revisão da coisa julgada que acoberta decisão baseada em norma já declarada inconstitucional pelo Supremo, antes do trânsito em julgado.

A decisão proferida na via direta possui alcance *erga omnes*, irradiando efeitos a todos os possíveis destinatários da norma e submetendo, obrigatoriamente, todos os órgãos do Poder Judiciário à força da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. A Lei 9.868/99, ademais, em seu artigo 28, parágrafo único, imprimiu efeito vinculante a tais decisões¹⁷¹, ensejando o cabimento de reclamação

ordenamento infraconstitucional, ensejaria recurso especial fundado no art. 105, III, a, da CF, impedindo-se o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida. A este respeito, MOREIRA. *Comentários...*, p. 193.

¹⁷⁰ TALAMINI. *Embargos...*, p. 57.

¹⁷¹ No referente à ação declaratória de constitucionalidade, a Constituição Federal já previa, expressamente, o efeito vinculante, em seu artigo 102, § 2º.

ao Supremo Tribunal Federal, pela parte prejudicada, na hipótese de seu desrespeito, pelos demais órgãos do Judiciário, nos casos sob seu julgamento.

Situações há, no entanto, em que mesmo já existindo pronunciamento pelo Supremo a respeito da constitucionalidade da norma, em via direta, o julgador desrespeita tal decisão e a parte deixa de manejar os recursos cabíveis ou a reclamação, formando-se coisa julgada. Nestas hipóteses, evidente é o cabimento de ação rescisória, por violação a literal disposição de lei, especialmente em se considerando que, quando da prolação da sentença rescindenda, a matéria já não se caracterizava controvertida. Haverá ocorrido, ademais, ofensa à norma constitucional que estabelece efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle direto (CF, art. 102, § 2º). Igualmente admissíveis serão os embargos à execução de título judicial fundados no artigo 741, parágrafo único, do CPC. Mesmo os defensores da inconstitucionalidade deste dispositivo, registre-se, acabam por admitir sua incidência no caso ora analisado¹⁷².

Quanto à decisão proferida na via incidental, havendo suspensão da execução da norma pelo Senado Federal, o julgado que eventualmente a aplica na verdade estará aplicando norma já suprimida do ordenamento jurídico, sendo, pois, claramente admissíveis a ação rescisória – por ofensa à norma constitucional afrontada pela norma infraconstitucional aplicada na sentença e por violação ao artigo 52, X, da Constituição Federal – e os embargos à execução de título judicial.

Inexistindo suspensão da norma pelo Senado Federal, mas apenas declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a questão se torna mais complexa, confundindo-se com a hipótese de sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pela via incidental. Não serão cabíveis os embargos ex artigo 741, par. ún. do CPC, por se

¹⁷² Assim afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “não seria materialmente inconstitucional (...) a norma ora comentada quando aplicada apenas numa situação: somente a decisão *anterior* do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em ADIn (...) é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado *posteriormente* à decisão do STF.” (NERY JUNIOR; NERY, p. 1061). E Luiz Guilherme Marinoni: “em uma operação de salvamento da norma, cabe a interpretação no sentido de que esse parágrafo único somente pode ser invocado no caso em que a sentença impugnada se fundou em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional, ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, (...) na hipótese de ausência de controvérsia jurisprudencial sobre a questão constitucional.” (MARINONI, p. 24).

tratar de decisão com eficácia *inter partes*. A ação rescisória, ao revés, será admissível, observadas as considerações expendidas no item 5.4.

5.9. Revisão de revisão

O questionamento a respeito da necessidade de revisão da decisão desconstitutiva de coisa julgada (por ter esta afrontado a Constituição Federal mediante a aplicação de norma inconstitucional ou recusa em aplicar norma constitucional) fundamenta-se na possibilidade de mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional.

Em sede de controle direto, não obstante a decisão do Supremo produza coisa julgada oponível *erga omnes*, devendo ser respeitada inclusive pelo próprio STF, ela, indubitavelmente, não “congela” (‘engessa’) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que (...) a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria”.¹⁷³ Esta mudança de orientação do Supremo, contudo, não dará ensejo à revisão de decisões desconstitutivas de coisa julgada, justamente porque baseada em circunstâncias diversas das existentes quando do primeiro pronunciamento do STF, este sim em harmonia com a situação fática presente no caso concreto.

Está-se a cogitar da “possibilidade de o Supremo rever, em nova ação direta, seu anterior pronunciamento *simplesmente por reputá-lo incorreto*”.¹⁷⁴

Uma vez declarada inconstitucional, a norma é extirpada do ordenamento, sendo claramente impossível a revisão do juízo de constitucionalidade pelo Supremo. Tal atitude significaria reipristinar a norma.

No caso, porém, de a norma ser declarada constitucional, não se afasta a possibilidade de o Supremo rever sua orientação, especialmente com base em fundamentos diversos dos apreciados na ação anterior, os quais não restam preclusos ou implicitamente rejeitados¹⁷⁵. Há doutrinadores que defendem inclusive

¹⁷³ CLÈVE. *A fiscalização abstrata...*, p. 240.

¹⁷⁴ TALAMINI. *Embargos...*, p. 75.

¹⁷⁵ Ver item 5.5.

a possibilidade de revisão do posicionamento do Supremo pelo mesmo fundamento antes rejeitado¹⁷⁶.

Aceita a idéia de modificação de orientação do Supremo Tribunal Federal, simplesmente por considerar incorreto seu anterior juízo de constitucionalidade, independentemente de alteração das circunstâncias de fato, não se pode negar a conseqüente possibilidade de revisão da decisão que, afastando a coisa julgada anteriormente formada, deu nova solução ao conflito de interesses. Para isto poderá se valer a parte dos mesmos instrumentos cabíveis à desconstituição da *res iudicata* supra tratados – ação rescisória e embargos ex art. 741, par. ún. do CPC.

A nova ação rescisória irá mais uma vez fundamentar-se no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil¹⁷⁷, atendidas as mesmas condições expostas em relação ao cabimento da primeira rescisória.

Os embargos à execução servirão à revisão do novo título formado após a desconstituição do título que se reputara inconstitucional com fundamento no primeiro juízo de constitucionalidade do Supremo¹⁷⁸.

No controle incidental de constitucionalidade, configurando-se a suspensão da execução, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, não há possibilidade de este rever sua posição. Como se viu a suspensão da

¹⁷⁶ Neste sentido Eduardo Talamini, para quem “o Supremo tem o poder de, reputando necessária a revisão da questão, tornar a examinar o mesmo objeto antes decidido, para declarar a inconstitucionalidade antes negada. A função política e a condição de guarda da Constituição atribuídas ao Supremo, somadas à sua posição no vértice da organização judiciária, dão amparo a essa conclusão.” (TALAMINI. *Embargos...*, p. 76). Para Jorge Miranda, as sentenças de rejeição de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional não vinculam sequer os tribunais inferiores (neste aspecto, diversamente ao entendimento ora adotado): “Nenhuma relevância possuem as sentenças de rejeição da inconstitucionalidade (...) Só esta concepção é compatível com a defesa da Constituição; só ela impede que tais sentenças venham como que a adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas; só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais; só ela obsta à fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não inconstitucionalidade, impedir que noutro momento, em qualquer tribunal ou no próprio Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser argüida.” (MIRANDA. *Manual de direito constitucional, t. II*, p. 384).

¹⁷⁷ Doutrina e jurisprudência, consoante já explanado, admitem a possibilidade de rescisória de rescisória. Ver item 4.5.

¹⁷⁸ Assim exemplifica Eduardo Talamini: “A sentença constitutiva do título executivo fundou-se na declaração incidental da inconstitucionalidade de uma norma. Posteriormente, o Supremo, em ação direta, reputou a mesma norma constitucional, examinando aquele mesmo fundamento que a sentença havia considerado para declarar a inconstitucionalidade. Nos embargos, o executado invocou a decisão do Supremo e conseguiu desconstituir o título. Suponha-se que disso tenha resultado um novo título, ora em favor do anterior executado. Caso o Supremo reveja seu entendimento e em outra ação direta declare inconstitucional a mesma norma com base naquele

execução da norma, ora referida, identifica-se com a exclusão da norma do ordenamento.

Nas demais hipóteses de controle incidental, é perfeitamente possível ao Supremo Tribunal Federal alterar sua orientação. Caberá, em casos tais, nova ação rescisória com base no artigo 485, V, do CPC, observadas as considerações exaradas quando se referiu à possibilidade de desconstituição de sentença proferida com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pela via incidental. Os embargos à execução, obviamente, não poderão ser manejados, por se tratarem de decisões destituídas de eficácia *erga omnes*¹⁷⁹.

Finalmente, no atinente à revisão de sentença quando inexistente prévio controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, desnecessário dizer que a possibilidade de nova revisão não se baseia em mudança de orientação deste órgão. É, porém – e até com mais razão – admissível, mediante ação rescisória.

5.10. Outros meios processuais adequados à revisão da coisa julgada

Tratou-se até aqui de casos julgados indiretamente ofensivos à Constituição Federal, estabelecendo-se os meios adequados à sua desconstituição, nos limites do ordenamento jurídico vigente.

Regra geral, dois seriam os instrumentos cabíveis ao afastamento da coisa julgada inconstitucional por aplicação de norma inconstitucional ou por recusar aplicação de norma não ofensiva à Constituição Federal: a ação rescisória e os embargos à execução fundados no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Tais técnicas processuais, todavia, não são capazes de abranger todas as possibilidades de indireta violação constitucional acobertada pela *res iudicata*.

No atinente à ação rescisória, há expressa limitação temporal, nos termos do artigo 495 do Código de Processo Civil: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

mesmo fundamento, o segundo título formado estará, tal como estava o primeiro, sujeito aos embargos ex art. 741, par. ún.” (TALAMINI. *Embargos...*, p. 76).

¹⁷⁹ Ver item 5.4.

Os embargos à execução, por sua vez, somente se aplicam às sentenças condenatórias ainda não executadas, podendo ainda estender-se aos provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*. A regra do artigo 741, parágrafo único, justifica-se, nestas hipóteses, pela circunstância destes provimentos serem, em si mesmos, “tutelas incompletas”, as quais dependem de providências práticas, materiais, concretas para se aperfeiçoar e fornecer a solução integral de que necessita o jurisdicionado. “Se foi necessária a execução – e por isso estão cabendo embargos – é porque ainda não se tem aquela situação final consolidada que corresponderia à tutela condenatória-executiva (muito embora já possa haver a coisa julgada). Sob essa perspectiva, desconstituir as eficácias declaratória e constitutiva é mais grave do que desconstituir a eficácia condenatória, no momento dos embargos”. O mesmo vale para os provimentos mandamentais e executivos *lato sensu*, embora estes dispensem a propositura de posterior processo de execução, cabendo o aperfeiçoamento da tutela no próprio processo em que proferido o provimento¹⁸⁰.

Em muitos dos casos de sentenças declaratórias e constitutivas, ou de provimentos condenatórios já executados, nos quais decorreu o prazo de dois anos para a ação rescisória, entretanto, o desfazimento da coisa julgada seria plenamente recomendável, em favor dos valores constitucionais e tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

Conforme preceitua Eduardo Talamini,

nos casos enquadráveis no art. 741, par, ún., a regra geral é a da possibilidade de desconstituição do provimento veiculador da solução inconstitucional, podendo-se excepcionalmente afastar a incidência da norma por razões de segurança jurídica. Nos demais casos (provimentos declaratórios, constitutivos, condenatórios transitados em julgado depois do início de vigência da nova norma, condenatórios já executados, condenatórios que contenham violações constitucionais ‘não-paradigmáticas’ etc.), a regra geral é a da manutenção do provimento, cabendo excepcionalmente sua desconstituição. Em ambas as exceções, deverão ser considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.¹⁸¹

Decorre da exceção referida ao final a necessidade de definição de outros instrumentos, *de lege lata e lege ferenda*.

¹⁸⁰ TALAMINI. *Embargos...*, p. 79.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 80.

Em se tratando de decisões injustas – e não eivadas de vício formal, como já suficientemente registrado – admite-se a ampliação das hipóteses de ação rescisória e do prazo para sua propositura, nos mesmos moldes expostos quando se referiu aos casos julgados diretamente ofensivos aos princípios constitucionais¹⁸².

Não se pode afastar, ademais, a possibilidade da propositura de uma ação atípica, de cunho rescisório, consoante mencionado no item 4.3.

A ação declaratória de inexistência do ato jurídico, bem como a apreciação da constitucionalidade da coisa julgada incidentalmente, inclusive de ofício pelo juiz, serão cabíveis quando a inconstitucionalidade da norma em que se baseou a decisão repercutir sobre os pressupostos de existência da sentença ou do processo como um todo. Nestes casos não se forma a coisa julgada, sendo prescindível – e até incabível – a rescisão, pois nada há a ser rescindido.

¹⁸² Ver item 4.3.

6. CONCLUSÃO

A preocupação com a justiça das decisões jurisdicionais e a busca de instrumentos processuais adequados para alcançá-la estão longe de ser algo novo no meio jurídico. Inova-se, todavia, ao se propor o afastamento de sentenças acobertadas pela autoridade da coisa julgada, em hipóteses diversas das taxativamente previstas para o cabimento da ação rescisória. Não pode tal matéria ser analisada de maneira simplista, mas merece extrema cautela, por contrapor à justiça outro dos alicerces do sistema jurídico e das relações sociais, qual seja, a segurança.

A segurança jurídica consiste em um dos principais valores do Estado Democrático de Direito e com ela a intangibilidade da coisa julgada, elevada à categoria de garantia constitucional. Esta não é, contudo, absoluta, como não o são os demais princípios e garantias constitucionais. Deve, pois, com estes conjugar-se, sofrendo, quando necessário, restrições. Os limites, a configuração e o regime de vigência da *res iudicata*, ademais, pertencem ao direito infraconstitucional.

Entende-se, por tais razões, ser admissível a revisão de sentenças revestidas pela autoridade da coisa julgada, quando direta ou indiretamente ofensivas à Constituição Federal, tão somente em situações excepcionais e sempre se considerando critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Tais sentenças não se configurarão, por isso, inexistentes ou nulas, por não se revestirem, em regra, de vício de natureza formal, referente aos pressupostos de existência e de validade do processo ou da sentença. Tratar-se-ão de decisões injustas, por ser injusto seu conteúdo, gravemente conflitante com as normas constitucionais.

Em regra, será admissível à revisão de sentenças inconstitucionais a ação rescisória. Em algumas hipóteses caberão também embargos à execução de título judicial, nos termos do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. A interpretação deste dispositivo merece muito cuidado, referindo-se, em verdade, a um novo meio de rescisão dos julgados.

Poder-se-ão, todavia, configurar situações excepcionais de grave ofensa aos valores constitucionais, já se havendo, contudo, esgotado o prazo para a ação rescisória e não sendo cabível outro meio típico de deconstituição dos julgados. Nestes casos, outros remédios processuais precisam ser definidos, *de lege lata* e

lege ferenda. Propõe-se, por exemplo, a ampliação do prazo da ação rescisória. Ainda, no caso de inadmissibilidade de ação rescisória, poderia a parte se utilizar, com fundamento no princípio de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), de uma ação atípica para o afastamento da coisa julgada, igualmente de cunho rescisório.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.
- ARENHART, Sérgio Cruz. "A verdade substancial". *Genesis – Revista de direito processual civil*, n. 3. Curitiba, 1996.
- ASSIS, Araken de. "Eficácia da coisa julgada inconstitucional". *Revista Jurídica*, n. 301. 2002.
- CAMBI, Eduardo. "Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*". *Revista de Processo*, n. 109. Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
_____. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.
- DELGADO, José Augusto. "Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais". *Revista de Processo*, n. 103. Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DIAS, Francisco Barros. "Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional". *Revista dos Tribunais*, n. 758. São Paulo, 1998.
- DIDIER JR, Fredie. "Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro". *Genesis – Revista de direito processual civil*, n. 1, Curitiba, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a coisa julgada material". *Revista de Processo*, n. 109. Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Réu revel não citado, "querela nullitatis" e ação rescisória". *Revista de Processo*, n. 48. Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; 43).

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

LIMA NETO, Alexandre Costa. "Coisa julgada – mitigação do dogma da intangibilidade". *Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará*, n. 7. Fortaleza, 2002.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. "Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais". *Revista trimestral de jurisprudência dos Estados*. n. 130. São Paulo: Ed. Jurid Vellenich Ltda., 1994.

MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 10v.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 1998. 4v.

MARINONI, Luiz Guilherme. "O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)". *Revista Jurídica*, n. 317. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99". *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de julho de 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. II.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra ed., 2001. VI.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ainda e sempre a coisa julgada". *RT*, n. 416. São Paulo, 1970.

_____"Coisa julgada e declaração". *Temas de direito processual - Primeira série*. São Paulo, Saraiva, 1977.

_____*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1993. V.

_____"Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema". *Revista de Processo*, n. 40. Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____"Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada". *Temas de direito processual - Terceira série*. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____"Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia". *Temas de direito processual - Quinta série*. São Paulo, Saraiva, 1994.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. "Coisa julgada inconstitucional". In: NASCIMENTO, C. V. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. "Cidadania processual e relativização da coisa julgada". *Revista de Processo*, n. 112. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Armando Editor, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. 3v.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Coisa julgada relativa?" *Genesis – Revista de direito processual*, n. 30. Curitiba, 2003. VIII.

_____"Conteúdo da sentença e coisa julgada". *Ajuris*, v. 33. Porto Alegre, 1985.

_____*Curso de processo civil: processo de conhecimento*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e Constituição: limites da “relativização” da coisa julgada*. Obra inédita.

_____. “Eficácia e autoridade da sentença canônica”. *Revista de Processo*, n. 107. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”. *Revista de Processo*, n. 106. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 26 de julho de 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: NASCIMENTO, C. V. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. “A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional”. *Revista de Processo*, n. 79. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 1v.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.