

PAULA ANGÉLICA BAEK

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

**CURITIBA
2003**

PAULA ANGÉLICA BAEK

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia de final de curso apresentada pela acadêmica PAULA ANGÉLICA BAEK, sob a orientação do Professor JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO e co-orientação do Professor SÉRGIO CRUZ ARENHART, representando requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

**CURITIBA
2003**

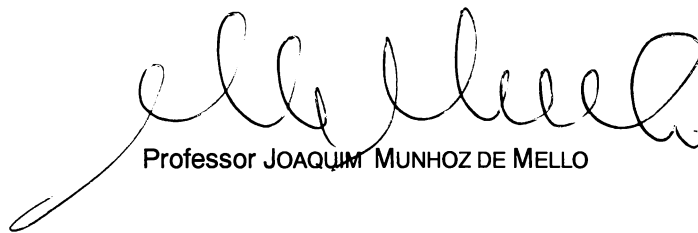
TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA ANGÉLICA BAEK

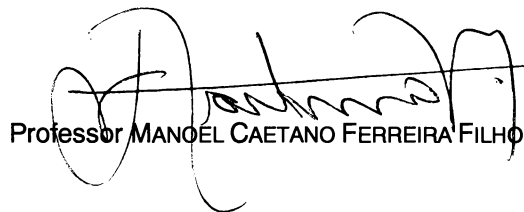
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Professor JOAQUIM MUNHOZ DE MELLO



Professor MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO



Professor EDUARDO TALAMINI

À família, meu amor eterno,
Ao Pedro, Chico e Lisieux, meus novos amores,
Aos amigos e amigas, pelo companheirismo e paciência,
Aos professores, mais do que educadores, verdadeiros inspiradores,
Ao Desembargador, Toninho e colegas do gabinete, pela experiência.

*"Loyalty to petrified opinions never yet
broke a chain or freed a human soul"*
Mark Twain. *Consistency.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
I - NOÇÕES PRELIMINARES	04
1.1. Breve histórico	04
1.2. Terminologia	06
1.3. Fins da coisa julgada	07
II - NATUREZA JURÍDICA	10
2.1. Ficção legal	10
2.2. Teoria processual e teoria substancial	11
2.3. Chiovenda	14
2.4. Polêmica Carnelutti x Liebman	17
2.5. Teoria da eficácia da declaração	26
III - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	32
3.1. Sentença injusta	33
3.2. Sentença em desconformidade com a ordem <i>infraconstitucional</i>	35
3.3. Sentença em desconformidade com a ordem constitucional	36
3.4. Artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil	36
3.5. <i>Querela nullitatis</i>	45
IV - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	48
4.1. Paulo Otero	50
4.2. Carlos Valder do Nascimento	59
4.3. José Delgado	61
4.4. Cândido R. Dinamarco	64
4.5. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria	69
V - NÃO RELATIVIZAR A COISA JULGADA	73
5.1. Devido processo legal	76
5.2. Reformas legislativas	79
5.3. Certeza, estabilidade, verdade, justiça	80
5.4. Direito Canônico	81
5.5. Aspectos sociológico e político	81
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

RESUMO

A presente pesquisa objetiva compreender o sentido da *coisa julgada inconstitucional*, tema emergente na doutrina processualista, paralelamente à evocação da relativização da coisa julgada. Perfilando o instituto da coisa julgada, é necessário retornar aos debates acalorados em torno de sua natureza jurídica, a fim de compreender decisões judiciais que aparentam estar dimensionando a coisa julgada, quando na verdade decorrem puramente da adoção da correta teoria acerca de sua natureza. A inclusão do parágrafo único ao artigo 741, do Código de Processo Civil reacendeu a discussão, uma vez que permitiu a discussão da constitucionalidade de título executivo fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal. Surgem as questões de como se interpretar o novo dispositivo e qual o seu âmbito de abrangência. Além disso, foram trazidos os argumentos da doutrina a favor da relativização da coisa julgada para analisá-los criticamente, propondo novas problemáticas a fim de que se possa chegar a uma conclusão calcada em pilares seguros para a aceitação ou não da relativização do instituto.

INTRODUÇÃO

A doutrina processualista sempre relacionou o instituto da coisa julgada aos conceitos de imutabilidade e estabilidade, tomando-se em conta não somente a acepção literal dos vocábulos, como notou COUTURE, ao lecionar que “*En ninguno de esos idiomas [espanhol e alemão] los vocabulos expresan plenamente el concepto. Éste deve ser extraído por el jurista, del conjunto de normas positivas.*”¹

Além disso, a doutrina predominante caracteriza a coisa julgada como garantia constitucional em face do papel significativo que desempenha no alcance do escopo maior da jurisdição que é a pacificação social, através da estabilidade das decisões emanadas do Poder Judiciário.

Não raro os juristas dedicados à disciplina dedicaram algumas linhas de seus estudos à problemática da “*sentença injusta*” em meados da década de 1930, como ALLORIO² e LIEBMAN³ e, no Brasil, PONTES DE MIRANDA, porém sem análises significativas.

Há menos de uma década, processualistas brasileiros passaram a questionar a mutabilidade da coisa julgada denominada “*inconstitucional*”. Cândido Rangel DINAMARCO⁴ propôs “*relativizar a coisa julgada material*”, pois, como explica Carlos Valder NASCIMENTO, “*A coisa julgada é intocável, (...), se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade*”.⁵

Humberto THEODORO JUNIOR sustenta que o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, teria explicitado a coisa julgada inconstitucional, afirmando categoricamente que com a inovação no ordenamento, “*Dúvida não mais pode*

¹ COUTURE, E. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 401.

² ALLORIO, E. *Natura della cosa giudicata*. p.215.

³ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença*. Capítulo 3.

⁴ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 11-32.

⁵ NASCIMENTO, C. V. do. *Coisa julgada inconstitucional*. p.14.

subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula ...”⁶ o que a faz independente de ação rescisória, podendo ser verificada a qualquer tempo e em qualquer processo.

Não obstante o estrondoso giro que tal proposta pode ocasionar na prática forense, pouco se tem discutido acerca do tema, tampouco há vultosa manifestação acerca da matéria, motivos pelos quais interessa auscultá-la neste estudo a ser realizado para a conclusão do curso de graduação em Direito.

SATTA expõe que a “...essência da coisa julgada (...) [é] sua indiscutibilidade ...”⁷. Relativizar a coisa julgada seria retirar característica fundante do próprio instituto, bem como modificar centenas de manuscritos acerca da indiscutibilidade da sentença transitada em julgado. Por isso o cuidado no trato do tema e sua importância.

Segundo leciona Egas Moniz de ARAGÃO⁸, a “*Finalidade precípua da sentença, como provimento jurisdicional que extingue o processo com julgamento de mérito, é compor o conflito de interesses e estabelecer certeza onde até então reinava incerteza*” [sem grifo no original]. Uma vez aceita a relativização da coisa julgada material, perpetuar-se-ia a incerteza da relação jurídica material controvertida.

Por outro lado, a inclusão do instituto em nosso sistema processual repugnaria decisões em dissonância com o estatuto jurídico supremo da Federação, afastando sentenças “*inconstitucionais*”.

Deve-se levar em conta os limites subjetivos da coisa julgada e de que modo podem influenciar terceiros não envolvidos numa relação processual resolvida por decisão “*inconstitucional*”. Por este motivo, fica dedicada uma seção deste estudo aos limites subjetivos da coisa julgada.

Desta maneira, importa ao jurista as conseqüências fáticas advindas da relativização da coisa julgada pois o instituto carrega potencial carga de mudança na vida de terceiros e não somente daqueles formalmente envolvidos na relação processual.

⁶ THEODORO JUNIOR, H.; FARIA, J. C. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p. 157.

⁷ SATTA, S. *Direito processual civil*. p. 241.

⁸ ARAGÃO, E.M. de. *Sentença e coisa julgada*. p. 122-123.

Após a breve exposição da pertinência do tema ao debate acadêmico, cumpre relatar qual o caminho a ser seguido a fim de que se alcance conclusão lógica e útil ao desenvolvimento da ciência e da prática.

Primeiramente é indispensável que se analise a natureza jurídica da “*res iudicata*”, passando pelos ensinamentos divergentes existentes na doutrina, os quais, não obstante irritações entre seus diferentes defensores, mostram-se deveras ricos à definição da natureza da ‘*autoridade da coisa julgada*’⁹.

A partir daí, serão expostos e analisados os argumentos deduzidos por aqueles que defendem a relativização da coisa julgada material, assim como suas conseqüências para que se possa apresentar as benesses e as dificuldades que o instituto representaria ao processo civil, convergindo à uma resposta racionalmente fundamentada e logicamente construída, pela aceitação ou não da “*coisa julgada inconstitucional*”.

⁹ LIEBMAN prefere a referência ao instituto como “*autoridade*” da coisa julgada ao assegurar que “*Hoje não se fala de coisa julgada senão para usar uma forma elíptica, afim de designar a autoridade da coisa julgada*”. LIEBMAN, E. T. Op. cit., p. 15.

I - NOÇÕES PRELIMINARES

Aparentemente pensar-se-á que não há utilidade alguma em se verificar o histórico ou a natureza jurídica da coisa julgada porquanto a doutrina ecoa unânime ao apregoar que se trata do previsto no artigo 467 do Código de Processo Civil, ou seja, “... a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Entretanto, a aparência de algo absolutamente trivial dissipa-se no exato momento em que se decide sondar o instituto e mesmo que o faça com a profundidade de um pires, sua complexidade emerge imediatamente. Com razão Sérgio Gilberto PORTO ao inaugurar seu estudo sobre a coisa julgada com a constatação de que “*Inexiste, na doutrina, unidade de pensamento sobre o fundamento jurídico da coisa julgada [sem grifo no original].*”¹⁰

Trata-se de divergências substancialmente relevantes, isto é, não compreendem apenas debates acadêmicos nos quais cada defensor enfuna seu lado narcisista, construindo uma aparência de seu ser com os títulos que se aderem ao seu nome. Deseja-se expor à vista que a discussão doutrinária acerca da matéria foi e é fértil, com fortes repercussões na prática forense.

Como o objetivo do presente estudo não é especificamente o de dissecar tão somente o instituto da coisa julgada, não se adentrará profundamente em sua evolução histórica tampouco sobre os debates doutrinários acerca de sua natureza jurídica mas, ao revés, serão abordados determinados pontos relevantes à temática proposta.

1.1. Breve histórico

Aureliano de GUSMÃO¹¹ inicia seu estudo discorrendo sobre a exigência da segurança no campo das relações jurídicas cuja indispensabilidade foi reconhecida muito antes da LEI DAS XII TÁBUAS, fundando-se a coisa julgada no

¹⁰ PORTO, S. G. *Coisa julgada cível*. p 39.

¹¹ GUSMÃO, M. A. de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. p. 8.

brocado “*de eadem rene sit actio*”. CÍCERO fundava a estabilidade dos próprios Estados sobre a coisa julgada, ao estatuir que “*Status Reipublicae maximé iudicatis rebus continetur*”.

Atente-se que no direito romano, a locução *res iudicata* por vezes designava a própria sentença, sendo que em seu sentido técnico, *res iudicata* correspondia ao direito reconhecido e fixado pela sentença - *res de qua agitur*¹². Este último sentido foi o que se afixou na doutrina e nas legislações até a atualidade.¹³

A atual disparidade semântica da locução *res iudicata* com a concepção romana é apontada por Barbosa MOREIRA, porquanto “... o *participio* iudicata qualificava o substantivo *res*, para indicar, em relação a este, a situação particular que advinha de já se ter proferido o julgamento ...”.¹⁴

No direito romano, a sentença deveria ser *irrevogável*, *definitiva* e *válida* para que transitasse em julgado. Por *válida*, Aureliano GUSMÃO¹⁵ explica que os romanos se referiam à sentença em conformidade com o ordenamento jurídico, caso contrário tratar-se-ia de nulidade *de pleno direito*, sendo *inexistente* ou, “*morta antes de nascer*”.

Entretanto, esse não foi o entendimento adotado pelo legislador pátrio pois embora *nula*, a sentença produz todos seus efeitos enquanto não declarada como tal pelo Judiciário.

Como os conceitos variam no tempo, houve período em que a coisa julgada era *disponível* ao interesse das partes em litígio. Leciona Aureliano de GUSMÃO¹⁶ que antes da afirmação do instituto como de interesse público para a garantia da ordem social, foi de domínio das partes em antigo regulamento austríaco que preceituava que “... os efeitos [*sic*] da coisa julgada só devem ser tomados em consideração pelo juiz sob proposta ou oposição [*sic*] por uma das partes ...”.¹⁷

Veio do direito canônico a noção de “*trânsito em julgado*” da sentença. Segundo Eduardo TALAMINI¹⁸, o Decreto de Graciano, datado de 1.140, acolheu a

¹² “*res de qua agitur*” significa “a coisa de que se trata” e não se confundia com a sentença propriamente dita. GUSMÃO, M. A. de. Op. cit., p. 32.

¹³ *Ib.*, p. 15.

¹⁴ MOREIRA, B. Direito processual civil, p. 133 *apud* GAZZI, M. *Os limites subjetivos da coisa julgada*. p. 80.

¹⁵ GUSMÃO, M. A. de. Op. cit., p. 26.

¹⁶ LESSONA. *Scritti Minori*, v.2, p. 4, 1912 *apud* GUSMÃO, M. A. de. *Ib.*, p. 13.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ TALAMINI, E. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. p. 27.

noção romana de coisa julgada, ou seja, aquela que a tomava como a decisão judicial. “A noção de ‘passagem em julgado’ (*transitus in rem iudicatam*), no sentido de uma qualidade de irrevogabilidade da sentença - e não a sentença em si mesma -, é uma criação canônica, mas posterior a Graciano.”¹⁹

Explica TALAMINI que a separação entre a sentença e a noção de *res iudicata*, que até então se confundia com o próprio ato decisório teve como propulsores os glosadores dos *Decretos de Papas*, bem como outros doutrinadores, a partir do momento em que se estabeleceu o princípio da não passagem em julgado²⁰, possibilitando-se a permanente revisão de determinadas causas, como as sentenças proferidas contra o matrimônio. Daí se formulou o conceito de *transitus in rem iudicatam* (trânsito em julgado). Como algumas sentenças não eram imutáveis, não havia como se identificar a sentença em si mesma e a sua ‘passagem em julgado’.

No mesmo sentido, Moniz de ARAGÃO, relata que “Somente por obra do Direito Canônico é que ‘mudou a fraseologia’ e a expressão *res iudicata* passou a significar a sentença investida da ‘autoridade de coisa julgada.’”²¹

A partir das contribuições do direito romano e do direito canônico, paulatinamente o instituto passou a integrar o ordenamento de diversos países. Importa perceber que o direito brasileiro se ateuve fiel à tradição da regra *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*, com exceção das ações concernentes ao estado das pessoas que será retomada em breve.

1.2. Terminologia

Atentam a este tópico Egas Moniz de ARAGÃO e Eduardo COUTURE, ambos criticando a fixação dos termos “coisa” “julgada”, pois dificulta a tarefa do estudioso para conceituar juridicamente instituto invocado pelo substantivo “coisa”.

Afirma Moniz de ARAGÃO²² que “coisa” integra a locução para designar um “bem”, só que “bem” não coincide com o objeto material discutido. Citando

¹⁹ *Ib.*, p. 28.

²⁰ *Id.*

²¹ ARAGÃO, E. M. de. *Sentença e coisa julgada*. p. 193.

²² *Ib.*, p. 191.

CARNELUTTI, afirma Egas Moniz de ARAGÃO que “res” não significa “bem”, mas a relação jurídica, o conflito levado ao juiz.

Neste tópico, interessa fixar a lição de COUTURE de que “... *el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos. (...), la cosa juzgada es una forma de autoridad y una medida de eficacia*”²³, referindo-se aos termos alemães “*Recht*” e “*Kraft*” que designam “... *derecho y fuerza, fuerza legal, fuerza dada por la ley.*”²⁴

1.3. Fins da coisa julgada

A propalada concepção dos fins da coisa julgada se funda em sua contribuição à segurança jurídica, estabilidade, imutabilidade e paz social, entre outros argumentos. Nada disso está incorreto, no entanto, o objetivo da coisa julgada já foi circundado por diferentes justificativas.

Notando tal ocorrência, COUTURE escreveu que se deve eliminar a concepção da coisa julgada como direito natural ou de que seria pressuposto da essência do próprio direito e sem o qual este seria ilusório, reinando a incerteza sobre as relações sociais, imperando o caos e a desordem. Cita o famoso ditado de SCACCIA: “*La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falo en verdadero.*” [sem grifos no original]²⁵

Como observa COUTURE²⁶, a assertiva de SCACCIA é exagerada, remodelando o ditado, estatuinto que a *certeza* é necessária no sistema do direito, mas por vezes, esta deve ceder ao triunfo da *verdade*. Para COUTURE, “*La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propriamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica*” [sem grifo no original]²⁷. Aduz que “*La cosa juzgada es el fin del proceso*”²⁸ e que é um atributo da jurisdição.

²³ COUTURE, E. J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 400-401.

²⁴ *Ib.*, p. 401.

²⁵ *Ib.*, p. 405.

²⁶ “*Esta justificación no es absoluta. Es verdad que en el sistema del derecho la necesidad de certeza es imperiosa; (...). Pero la verdad es que aun siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad.*” *Ib.*, p. 405-406.

²⁷ *Ib.*, p. 407.

²⁸ *Ib.*, p. 411.

CHIOVENDA parte de um ponto de vista sociológico, afirmando que se trata de “...suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar;”²⁹

Genericamente, para WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, é “... um instituto ligado ao fim do processo e à imutabilidade daquilo que se tenha decidido. Trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito.” [sem grifos no original]³⁰

Lembram os autores que “Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel.”³¹ Acrescentar-se-ia à assertiva, que a coisa julgada garante igualmente, ainda que de forma indireta, a unidade do ordenamento jurídico.

Muito além de assegurar a estabilidade das relações jurídicas entre pessoas, sejam físicas, jurídicas ou patrimônios personalizados, Aureliano de GUSMÃO conecta a importância da coisa julgada à própria sobrevivência do homem e como “... condição essencial á [sic] marcha evolutiva dos estados e das nações”³², ressaltando que “A insegurança dos direitos seria a implantação da anarquia [sic], a completa desorganização da vida social” [sem grifo no original].³³

João MONTEIRO³⁴ cita BAGEHOT³⁵, antropólogo social que observou que mesmo nos povos mais antigos, travava-se de necessidade política a instituição da coisa julgada para excluir rediscussões e, *a fortiori*, a reconsideração dos fatos judicialmente estabelecidos. Enfim, o instituto é condição vital da estabilidade fisiológica das relações de direito e, portanto, da paz das famílias, fundamento inicial da paz dos Estados.

Pior seria a emanção de decisões contraditórias se não existisse a coisa julgada que, segundo LACOSTE, “La contrariété des jugements produirait un résultat

²⁹ CHIOVENDA, G. *Instituição de Direito Processual Civil*. v. 1. p. 452.

³⁰ WAMBIER, L. R.; ALMEIDA; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. p. 640.

³¹ Id.

³² GUSMÃO, M. A. de. Op. cit., p.9.

³³ Id.

³⁴ MONTEIRO, J. *Teoria do Processo Civil*. tomo II. p. 749.

des plux fâcheux: le spectacle de ces décisions contradictoires ne saurait qu'affaiblir dans une mesure plus ou moins grande le respect du à la justice. [sem grifo no original]³⁶

Segundo João MONTEIRO³⁷, a coisa julgada realiza satisfação de dupla necessidade social: **segurança** jurídica pela **estabilidade** das relações de direito.

Finalizando com LAURENT acerca da exigência de um fim aos litígios, “... *les procès sont un grand mal; ils laissent les droits dans l'incertitude, ce qui entrave et arrête les transactions civiles; ils entretiennent et enveniment les mauvais passions, la haine et la discorde; il importe donc d'y mettre une fin, afin de acalmer les dissentiments et afin de doner de la certitude et de la stabilité aux droits.*” [sem grifos no original]³⁸

Do mesmo autor,

Le législateur a tenu compte des chances d'erreur; comme remédie au mal, il a établi deux degrés de juridiction (...). Mais quand les recours que la loi organise sont épuisés il faut que les procès aient une fin; si l'on pouvait toujours les renouveler sous prétexte d'erreur, les contestations se perpétueraient et le monde ne serait qu'un immense procès. (...) la chose jugée est plus qu'un intérêt: sans l'autorité qui y est attachée, il n'y aurait pas de société possible; or, la conservation de la société est la base des droits qui appartiennent aux individus; le droit de tous doit l'emporter sur le droit, pour mieux dire, sur les prétentions de quelques-uns [sem grifos no original].³⁹

Correta a observação de LAURENT acerca de um segundo julgamento de uma mesma causa, estatuinto que

... la condition des choses humains que les hommes ne peuvent jamais affirmer la certitude absolue d'un fait litigieux. À quoi servirait donc la nouvelle instance que les parties voudraient tenter? Qui garantit que la décision d'un nouveau juge serait l'expression de la vérité, étant rendue par des hommes faillibles? Quand il y a toujours des chances d'erreur, mieux vaut mettre un terme aux débats que de perpétuer les procès. [sem grifos no original]⁴⁰

Em suma, trata-se de instituto de importância social e política uma vez que estabelece o momento em que se ultimam os litígios, assegurando-se a estabilidade das relações jurídicas assim como a sobrevivência do próprio Estado.

³⁵ *Leis científicas do desenvolvimento das nações apud* MONTEIRO, J. Ib., p. 748.

³⁶ LACOSTE. De la chose jugée, n.3, 1894 *apud* MONTEIRO, J. Ib., p. 750.

³⁷ Ib., p. 749.

³⁸ LAURENT *apud* MONTEIRO, J. Ib., 747.

³⁹ Id.

⁴⁰ Id.

II - NATUREZA JURÍDICA

Quando se pretende discutir um instituto, deve-se ao menos dissecá-lo, avistando seu conteúdo, do que é composto e como funciona sua engrenagem. Só assim para se realizar uma análise apropriada da coisa julgada inconstitucional.

Ainda não há consenso sobre a matéria, condescendendo-se a generalidade dos manuais em apenas repetir as lições proferidas por LIEBMAN em “*Efficacia e autorità della sentenza*”.

Porém, antes da discussão entabulada entre os processualistas italianos, diversas foram as teorias construídas a fim de explicarem o que seria a *res iudicata*. Moacyr Amaral SANTOS⁴¹ as expõe e explica, assim como Pontes de MIRANDA⁴² e COUTURE. As mais citadas são: (a) presunção da verdade: de Ulpiano; (b) ficção da lei: defendida por Savigny; (c) teoria de Endemann que dizia se tratar da derivação do “contrato judicial”; (d) lei concreta ou *lex specialis* de Büllow; (e) teoria da força legal, substancial da sentença: de Pagenstecher; (f) teoria da eficácia da declaração: Hellwig, Binder, Stein; (g) teoria da extinção da obrigação jurisdicional de Arturo Rocco; (h) teoria da vontade do Estado de Chiovenda; (i) teoria de Carnelutti e; (j) teoria de Liebman.

Algumas destas teorias serão expostas.

2.1. Ficção legal

Citando LACOSTE, Paul CUCHE leciona que “*L’autorité de la chose jugée est la présomption irréfragable de vérité qui s’attache aux jugements contentieux, dès le moment où ils sont prononcés.*” [sem grifo no original]⁴³

Segundo MONTEIRO⁴⁴, SAVIGNY⁴⁵ entendia que a coisa julgada seria uma *ficção da verdade* ou uma *presunção* que protegeria as sentenças definitivas contra qualquer ataque ou modificação. Muitos seguiram os passos de Savigny, gerando

⁴¹ SANTOS, M. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. p. 426-434.

⁴² MIRANDA, P. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. V, p. 111.

⁴³ CUCHE, P. *Précis de Procédure Civile et Commerciale*. p. 407.

⁴⁴ MONTEIRO, J. *Teoria do Processo Civil*. t. II. p. 745.

⁴⁵ SAVIGNY. *Direito Romano*, VI, p. 257 *apud* MONTEIRO, J. *Op. cit.*, p. 745. Além de sua tese da ficção de verdade, SAVIGNY defendia a extensão da coisa julgada aos *motivos* da sentença.

uma controvérsia que hoje já foi superada, sustentando MONTEIRO que a coisa julgada não seria ficção nem presunção, mas uma *criação da lei*, até porque o Digesto descreveu “*pro veritate habetur*”, e “*habetur*” significa que é a lei que determina que se tenha como verdade a sentença que passou em julgado.

COUTURE afirma que essa doutrina teve caráter eminentemente político em face da necessidade de prestigiar definitivamente a autoridade da jurisdição. No mesmo sentido CHIOVENDA, ao observar que “... *é tão-só a justificação política da coisa julgada. Juridicamente, (...) a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos fatos, mas da existência de uma vontade de lei no caso concreto.*”⁴⁶

2.2. Teoria processual e teoria material

Essa foi a discussão ponderada por COUTURE de que a essência da coisa julgada depende da natureza da decisão judicial, reduzindo-se a controvérsia na questão de se determinar “... *si la cosa juzgada obliga bajo la forma de derecho nuevo, no existente antes de la sentencia (función creativa), o si, por el contrario, eso ocurre por la mera declaración (función declarativa) de los mismos derechos que se hallaban instituídos en el orden jurídico de la demanda y de la sentencia.*”⁴⁷

ROSENBERG⁴⁸ leciona que a teoria da coisa julgada de *direito material* vê na sentença o fundamento para a constituição do direito das partes em litígio. Assim, a sentença *justa* confirmaria a situação jurídica presente e criaria para ela um novo fundamento. A sentença *injusta* dependeria do seu conteúdo, por exemplo, extinguiria um direito erroneamente desconhecido e faria nascer um direito erroneamente reconhecido.

As críticas a esta teoria são as de que não se coaduna com o direito processual, contradiz-se com a limitação subjetiva da coisa julgada, assim como não explica, como ROSENBERG chama, a “*extensão da coisa julgada a terceiros*”, posteriormente esclarecida por LIEBMAN. Além disso, a teoria não explica como operaria uma sentença declaratória pois se para essa teoria a sentença ‘cria’ o direito do caso concreto, qual seria a norma que a ordenaria para tanto.

⁴⁶ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. p. 449.

⁴⁷ COUTURE, E. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p. 409.

⁴⁸ ROSENBERG, L. *Tratado de derecho procesal civil*. p. 449.

A teoria processual⁴⁹, de STEIN e HELLWIG nega qualquer influência da sentença transitada em julgado sobre o direito material e vê a natureza da coisa julgada como a vinculação dos juízes à declaração contida na sentença, sendo obrigados a resolver uma mesma questão no mesmo sentido.

ROSENBERG concorda com a teoria processual pela qual o juiz não cria lei ao decidir um caso, assim como “... no reconece diferencia entre sentencia justa e injusta, que sólo conduce a inutiles discusiones sobre la justicia e, precisamente, eliminadas por la autoridad de cosa juzgada.” [sem grifo no original]⁵⁰

As conseqüências da teoria processual da coisa julgada são apontadas por ROSENBERG⁵¹: (a) Como se trata de uma instituição de direito processual, a *lex fori* vigente deve prescrever qual o momento em que se produz a coisa julgada material; (b) Por ser de direito processual, é matéria de direito público que deve ser observada de ofício por qualquer juízo, assim como as partes não podem outorgar tal autoridade à sentença, tampouco podem renunciá-la; (c) “... *en principio* ...” a coisa julgada só surte efeitos entre as partes, pois ela produziria efeitos em face de terceiros em causa especiais.

Para ALLORIO, “*La cosa giudicata è l’efficacia normativa dell’accertamento giurisdizionale; la cosa giudicata tronca e rende inutili le discussioni sulla giustizia o ingiustizia della pronuncia; la cosa giudicata lega le parti e ogni futuro giudice: in forza del giudicato, ciò che s’è deciso è diritto*” [sem grifo no original]⁵².

Por isso o autor liga as duas teorias à definição do que é processo. Se for tomada a concepção de CHIOVENDA do processo como “*atuação da vontade concreta da lei*”, o processo é meio para atuar o direito, o que significa que não é mais que uma forma de atuação do direito. Deste pensamento descende a teoria *processual* da coisa julgada.

De outro modo, se a destinação do processo é a “*composição da lide*”, a atuação do direito é meio e limite à consecução deste escopo e a sentença é um comando que tem eficácia de direito *material*.

⁴⁹ ROSENBERG, L. Op. cit., p. 453.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Ib., p. 459-460.

⁵² ALLORIO, E. *Natura della cosa giudicata*. p. 216.

ALLORIO explica que pela teoria substancial, a decisão judicial modifica o estado do direito preexistente, dando à situação fática uma nova configuração. A partir das duas teorias, ALLORIO passa a dissertar acerca da sentença **injusta**, “... *eventualità frequente, la quale può esser dovuta a una molteplicità di cause: dall’errata valutazione dei fatti e interpretazione e applicazione delle norme giuridiche, da parte del giudice, all’esistenza di quell’ordine di norme di diritto processuale, le quali, a un accertamento dei fatti che sai conforme a verità, sbarrano talora inesorabilmente la via ...*” [sem grifos no original].⁵³

SATTA discorre acerca da disputa travada entre as duas teorias. Relata que a teoria substancial “... *respeita a sentença injusta, entendida como constitutiva de uma nova realidade ...*”⁵⁴. Segundo ele, a concretização realizada pela sentença é sempre *constitutiva* a uma ação futura e não a uma passada, assim, “*A sentença injusta não existe senão opinativamente, não tendo qualquer importância no mundo do direito ...*” [sem grifo no original].⁵⁵

Para o processualista italiano, “*A coisa julgada é o extraordinário ensaio de o ordenamento dar uma estaticidade à concretização, mas para esse fim não pode ele alcançar o objetivo senão pela via dinâmica, ou seja, tornando ineficaz ou irrelevante a contestação*”. Sua conclusão remete-se à “*exceptio rei iudicatae*” da qual surge a “*vitalidade do julgado*” que, “... *sem a coisa julgada nem a ação, nem a jurisdição, nem o juízo seriam concebíveis.*”⁵⁶

LIEBMAN⁵⁷ aponta problema essencial da teoria material, pois se a coisa julgada sustenta a criação de um novo fundamento substancial à declaração acerca da existência ou não da relação jurídica submetida em juízo, no caso da sentença *injusta*, dar-se-ia vida a um direito inexistente ou extinguiria o antes existente.

LIEBMAN põe termo à discussão, pois não interessa saber se a declaração contida na sentença tem eficácia modificativa ou meramente declarativa das relações jurídicas materiais uma vez que quaisquer que sejam os efeitos da

⁵³ ALLORIO, E. Op. cit., p. 224.

⁵⁴ SATTA, S. *Direito processual civil*. p. 240.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença*. p. 39.

sentença, entende que sobre eles operará a coisa julgada que não é “... *por si só, (...) nem ‘processual’ nem ‘material’.*”⁵⁸

2.3. Chiovenda

Na opinião de LIEBMAN⁵⁹, foi CHIOVENDA quem deu novo impulso ao estudo da coisa julgada, conjugando sua concepção jurídica com suas justificações político-sociais, distinguindo a autoridade da *res iudicata* da simples preclusão, bem como a *coisa julgada formal* da *material*, limitando-a à decisão que decide o mérito da ação, acentuando sua finalidade prática e o seu caráter publicístico.

Conforme LIEBMAN⁶⁰, formam o conceito de coisa julgada de CHIOVENDA: (a) o conteúdo da sentença (afirmação de uma vontade da lei); (b) seu efeito (obrigatoriedade) e; (c) qualidade do efeito (indiscutibilidade).

Segundo CHIOVENDA, “*Preclusas (...) todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.*”⁶¹

Retira-se da assertiva que para CHIOVENDA⁶², a coisa julgada contém em si a preclusão de qualquer questão futura, asseverando que a coisa julgada “*substancial*”, ou seja, a obligatoriedade de observação do que foi decidido em um processo, tem como pressuposto a coisa julgada *formal* que é a preclusão das impugnações.

Resume que “*A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda ...*” [sem grifo no original].⁶³

CHIOVENDA Admite que a resolução judicial não traz o “... *selo da verdade eterna ...*”, estando consciente de que a questão pode ser renovada em processos futuros, “... *toda vez que se possa fazer isso sem atentar contra a*

⁵⁸ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 40.

⁵⁹ *Ib.*, p. 11.

⁶⁰ *Ib.*, p. 43.

⁶¹ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. p. 452.

⁶² *Id.*

⁶³ *Ib.*, p. 448.

integridade da situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida controvertido.” [sem grifo no original]⁶⁴

Afirma o autor que “... la cosa juzgada exista sólo desde el momento en que la sentencia sometida a impugnación llegue a ser firme, y no se retrotraiga al momento de su publicación.”[sem grifo no original]. Ressalta que “... la sentencia pendiente de (...) impugnaciones, tenemos simplemente una situación jurídica.”⁶⁵

É que para CHIOVENDA, “... la sentencia no firme, no existiendo aun como declaración del derecho, no puede producir efectos tales, sino cuando taxativamente la ley lo diga; (...) La sentencia no firme, pues, no es aún ‘la ‘sentencia’ de la causa, sino (...), un acto que puede llegar a ser la sentencia ...” [sem grifos no original]⁶⁶

Para CHIOVENDA⁶⁷, o **conteúdo** da sentença compreende a afirmação de uma vontade concreta da lei. **Efeito** da sentença é a sua obrigatoriedade e sua indiscutibilidade é **qualidade** do efeito.

Quanto a *questão prejudicial*, em regra esta não se submete à autoridade da coisa julgada se resolvida incidentalmente, como motivo da sentença, devendo ser proposta demanda autônoma de declaração incidente.

Lembra o autor que só transitam em julgado as *sentenças de mérito*, fazendo menção a lei germânica que estende a coisa julgada às decisões sobre questões processuais. Ao comentar a regra do Código de Processo Civil que admite o trânsito em julgado das sentenças de juízes que se declarem competentes ou não para uma mesma causa diz que só poderia se tratar do sentido *formal* do instituto pois não ocorre um conflito entre julgados, mas de atividades.

O ordenamento jurídico alemão dá tratamento diverso ao tema pois, segundo ROSENBERG, “... es susceptible de cosa juzgada toda resolución que contenga un pronunciamiento definitivo y sin reserva sobre una consecuencia jurídica pretendida.” [sem grifo no original]⁶⁸

Na Alemanha, não transita em julgado somente a sentença de mérito, mas também a “... *sentencia procesal* (RG, 159, 176); es decir, cuando rechaza la

⁶⁴ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. p. 453.

⁶⁵ CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, v. III, p.349.

⁶⁶ *Ib.*, p.349.

⁶⁷ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 48.

⁶⁸ ROSENBERG, L. *Op. cit.*, p. 461.

demanda como inadmissible (...), falta outro presupuesto procesal o existe un impedimento."⁶⁹

O professor da Universidade de Munique explica que a sentença sem julgamento de mérito também tem interesse prático, não havendo a necessidade dos tribunais resolverem repetidamente a mesma questão jurídica. Dá como exemplo a decisão que repele uma demanda por incompetência, explicando que a coisa julgada dessa classe de sentença se limita à questão processual resolvida e entre as mesmas partes. No caso da incompetência, também só vale a coisa julgada se a mesma demanda for apresentada perante o mesmo juízo.⁷⁰

CHIOVENDA alude à *exceptio rei iudicatae*, decorrente da obrigatoriedade da coisa julgada ser observada por qualquer juiz de futuros processos, citando sua dupla função. A **função negativa** não só exclui uma decisão contrária à precedente, mas impede qualquer nova decisão sobre o que já foi julgado. A **função positiva** é aquela que "... *constrange o juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demandas que o pressupõem.*"⁷¹

Para a oposição da exceção de coisa julgada, deve-se identificar a *tríplice identidade da demanda*, isto é, é necessário que seja a mesma coisa demandada sobre a mesma causa e entre as mesmas partes, propostas por elas e contra elas nas mesmas qualidades.

LIEBMAN⁷² entende que a chamada função positiva nada mais é do que a eficácia natural da sentença, ou seja, a característica da *imperatividade*. Como função propriamente dita da coisa julgada, seria somente a negativa, que impede todo juízo diferente que contradiga a sentença precedente.

Explica CHIOVENDA que até então imperava na Itália a concepção privatística francesa do processo, o que permitia a *renúncia* da coisa julgada pelas partes, assinalando que surgiam na Alemanha os defensores do conhecimento de ofício pelo juiz.

⁶⁹ ROSENBERG, L. Op. cit., p. 461.

⁷⁰ Em sentido contrário, José Maria TESHEINER. "Afirma-se, pois, que o exame das condições da ação envolve o mérito é um absurdo (autor carecedor da ação e com ação; entrega de uma sentença de mérito a quem não tem direito à prestação jurisdicional de mérito)." TESHEINER, J. M. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. p. 16.

⁷¹ CHIOVENDA, G. *Instituições ...*, p. 462.

⁷² LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 56.

Defende que a coisa julgada se produz entre as partes, motivo pelo qual ambas podem invocar a exceção de coisa julgada, independentemente de quem tenha vencido a demanda precedente. Ressalta que é a sentença que existe e vale contra todos, reconhecendo que ela não pode prejudicar terceiros que permaneceram estranhos à lide.

LIEBMAN⁷³ esclarece que a natureza publicística da autoridade da coisa julgada impõe o conhecimento de ofício pelo juiz da existência de uma sentença precedente passada em julgado, entendimento absolutamente confirmado hodiernamente.

No tocante à extensão da coisa julgada, CHIOVENDA a limita àquilo que constituiu a demanda de mérito da parte autora, sem excluir o pedido reconvenicional, restringindo-se à parte dispositiva da decisão, não transitando em julgado os motivos da sentença pois o objeto do julgado é somente a “... *conclusão última do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série de fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado.*”⁷⁴

2.4. Polêmica Carnelutti x Liebman

Tornou-se polêmico o embate travado entre CARNELUTTI e LIEBMAN na década de 1930, acerca da coisa julgada.

Explica DINAMARCO que em suas “*Lições*”, CARNELUTTI afirmava que a coisa julgada resumia-se na “... *solução de questões controversas e (...) que a imutabilidade incide sobre sua função declaratória e não sobre seu caráter imperativo (...) eficácia, para Carnelutti, é o efeito criativo do direito concreto e imutabilidade é a estabilidade da sentença já não sujeita a recurso ...*”⁷⁵ termos que em realidade correspondem, respectivamente, à coisa julgada *material* e a *formal*.

LIEBMAN, por sua vez, colocou “... *em dois planos distintos a eficácia natural da sentença, como aptidão para produzir efeitos, mais a sua efetiva produção destes; e a autoridade da coisa julgada, que é a imutabilidade da*

⁷³ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 54.

⁷⁴ CHIOVENDA, G. *Instituições ...*, p. 495.

sentença, ou uma especial qualidade dos efeitos que cada sentença tem e não (...) um ulterior efeito desta”⁷⁶. Em 1961, LIEBMAN aceitou o termo *imperatividade* para denominar o que até então chamara de eficácia natural da sentença.⁷⁷

Importa verificar que dessa polêmica surgiram grandes avanços no estudo da natureza da coisa julgada, especialmente com a inovação trazida por LIEBMAN, não obstante a dura crítica perpetrada por CARNELUTTI em seu artigo “*Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*”, pouco simpático como se nota pela seguinte passagem: “*Io credo che se Liebman avesse cominciato col ricordarsi del savio ammonimento contenuto nella prima parte dell’art. 3, delle disposizione preliminari e (...), posto mente al significato delle parole, forse questo nuovo libro [Efficacia ed autorità della sentenza] non sarebbe stato scritto*” [sem grifo no original].⁷⁸

Diz ainda que LIEBMAN poderia se tornar uma espécie de “... *pericolo processuale numero uno!*”⁷⁹, caso insistisse na idéia de que terceiros eram atingidos pela *eficácia reflexa* da sentença, sendo este “... *il secondo abbaglio del Liebman. A lui pare che la sentenza valga allo stesso modo di fronte a tutti e che la differenza fra parti e terzi (...). Liebman è arrivata all’eccesso, per non dire all’assurdo, (...), non tenendo conto della efficiacia riflessa del giudicato ...*” [sem grifo no original].⁸⁰ Ainda será discutido o tema dos limites subjetivos da coisa julgada.

A resposta de LIEBMAN⁸¹ vem através da mesma Revista, a convite de CARNELUTTI que incluiu “*giustificativas*”⁸² às suas ríspidas críticas que ecoaram mais como pedidos de desculpas.

⁷⁵ DINAMARCO, C. R. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. v. I. p. 294-295.

⁷⁶ *Ib.*, p. 293-294. LIEBMAN esclareceu que “... *la cosa giudicata sostanziale o autorità della cosa giudicata, che no è, como si vede, un effetto autonomo della sentenza, ma una qualità, un attributo dell’efficacia che la sentenza naturalmente e necessariamente produce*” [sem grifos no original]. LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 249.

⁷⁷ *Ib.*, p. 294.

⁷⁸ CARNELUTTI, F. *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. p. 205.

⁷⁹ “... *diamine!*” É a sutileza de CARNELUTTI ao criticar as idéias de LIEBMAN. *Ib.*, p. 208-209.

⁸⁰ *Ib.*, p. 208.

⁸¹ LIEBMAN aparenta profundo ressentimento em relação a CARNELUTTI. “*Mi há invece sorpreso che uno scrittore solitamente largo di simpatia e d’incoraggiamento per ogni tentativo di aprire nuove vie, qual é il Carnelutti, abbia usato tanta asprezza nel tono e in talune espressioni del suo scritto, che nulla nel mio libro poteva giustificare*”. Consciente do embate *doutrinário*, ressalta que “... *non vorrei contribuire a sommergerle in una non desiderata questione personale, indegna dell’attenzione dei terzi (...)* Credo però di poter affermare com sicurezza che in quello che ho scritto non ci sono nè « *abbagli* » nè « *eresie* »; un *opinione diversa* si ... [sem grifo no original]” LIEBMAN, E. T. *Ancora ...*, p. 239-240.

⁸² Diz CARNELUTTI que “... *il tono severo delle mie parole non tendeva a reprimere una offesa*”, tratando-se “... *del mio metodo e della mia scuola. Il Liebman è uomo e giurista troppo fine per non aver capito*”. LIEBMAN, E. T. *Ancora ...*, p.239.

2.4.1. Carnelutti

Lecionou CARNELUTTI que “*res*” se refere “... a realidade sobre a qual opera o processo, isto é, a *lide* (...) ou o *negócio* (...)”⁸³. Diz o autor que a “*res iudicata*” ou “*iudicium in re*” são duas fórmulas equivalentes e que “Coisa julgada, (...), *significa a decisão de mérito* que se obtém por meio do processo de cognição *ou, em outros termos, a decisão sobre as questões de fundo ...*” [sem grifo no original].⁸⁴

Explica o autor que a *eficácia natural* ou *autoridade* da coisa julgada reside no caráter *vinculativo* e *imperativo* da decisão sobre uma *lide*⁸⁵, pois caso contrário, se as partes fossem livres a aceitarem ou não a sentença, a controvérsia deduzida no processo continuaria sempre aberta a novas discussões. Conclui o autor que como a *eficácia* da coisa julgada é *imperativa*, “... a fórmula de coisa julgada emprega-se para significar não tanto a decisão, quanto decisão dotada de tal *eficácia*.”⁸⁶

Diz ainda que “... a fórmula mais exata para expressar a *eficácia* da coisa julgada consiste em dizer que (...) o *juízo do juiz* faz a lei ...”. Por conseguinte, os caracteres da coisa julgada são **(a) complementariedade**; **(b) particularidade** ou *singularidade*, pois “... o caráter imperativo do juízo apresenta-se ainda, porquanto depois dele a relação jurídica existe como se a própria lei a tivesse estatuído singularmente.” [sem grifo no original].⁸⁷

Para o autor, o sentido “*material*” da coisa julgada é a sua manifestação para *fora* do processo, pois seu resultado não poderia ficar contido nele. Contrapõe à *eficácia material* da coisa julgada sua *eficácia processual* que se desenvolve no próprio processo, atribuindo *imutabilidade* à decisão judicial. Tratar-se-ia da coisa julgada “*formal*”, segundo a nomenclatura utilizada por vasta doutrina.

⁸³ CARNELUTTI, F. *Instituições do Processo Civil*, v. I, p. 184.

⁸⁴ *Ib.*, p. 185.

⁸⁵ CARNELUTTI define “*lide*” como “... un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (contradicha). *El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.*” CARNELUTTI, F. *Instituciones del nuevo Processo Civil italiano*. p. 32.

⁸⁶ CARNELUTTI, F. *Instituições ...*, p. 185.

⁸⁷ *Ib.*, p. 186-187.

Neste sentido, MARINONI e ARENHART

Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial, fora do processo, em relação a outros feitos judiciais, põe-se o campo da coisa julgada material, que aqui realmente importa e que constitui, verdadeiramente, o âmbito da relevância da coisa julgada. Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete à noção de coisa julgada formal. A coisa julgada formal, como se nota, é endoprocessual (...). Já a coisa julgada material é extraprocessual ... [sem grifos no original].⁸⁸

CARNELUTTI entende que seria um erro imaginar que a coisa julgada fizesse lei somente em relação às partes. Segundo o autor, “... a *eficácia material da coisa julgada se resolve na declaração de certeza ou na constituição de uma relação jurídica, e por isso se desenvolve fora do processo, tal eficácia manifestam-se em relação **a todos***.” [sem grifo no original].⁸⁹

CARNELUTTI⁹⁰ relata que a limitação da coisa julgada às partes envolvidas na lide se refere à sua eficácia *direta* e que terceiros, sujeitos de relações jurídicas conexas àquela julgada definitivamente no processo, sofreriam a eficácia da coisa julgada por *reflexo* em suas relações jurídicas, o que denominou de “*eficácia reflexa da coisa julgada*”.

Reside aí a degeneração da teoria traçada por CARNELUTTI pois LIEBMAN demonstrará que a coisa julgada se perfaz somente entre as partes, não atingindo terceiros. O que realmente atinge terceiros é a *eficácia da sentença*, com a ressalva da resolução de controvérsias sobre o estado das pessoas que teriam eficácia *erga omnes*.

Quanto à extinção da coisa julgada, CARNELUTTI⁹¹ instiga o leitor dizendo que “*Já que a coisa julgada material é um efeito que se desenvolve fora do processo, não concerne ao direito processual o problema referente a sua extinção*” [sem grifo no original]. O autor faz alusão somente aos casos em que ocorre uma mudança no estado de fato ou de direito que existia quando se constituiu a coisa julgada, sendo o exemplo por excelência dessa circunstância o das prestações alimentícias.

⁸⁸ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Manual do processo de conhecimento*. p. 608.

⁸⁹ CARNELUTTI, F. *Op. cit.*, p. 187.

⁹⁰ *Ib.*, p. 189.

⁹¹ CARNELUTTI, F. *Instituições ...*, p. 193.

2.4.2. Liebman

LIEBMAN⁹² procura superar a tese que predominava na doutrina de que a coisa julgada seria “... um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela quer como complexo das conseqüências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita.” [sem grifos no original].⁹³

Tal consideração da coisa julgada derivava na noção romana de “*res iudicata*” já revisada no primeiro capítulo deste estudo.⁹⁴

Ao dissertar acerca dos *efeitos* da sentença, Affonso FRAGA sustentou que ainda que publicada e estando intimadas as partes da sentença, ela não passa de “... *uma peça desprovida de força vital, de um corpo adormecido até que a auctoridade [sic] da coisa julgada lhe infunda um sopro de vida jurídica [sic]*”⁹⁵. Afirma que “*Neste estado transitorio [sic] de perfeita adynamia [sic] processual, a sua vida está suspensa, e, com ella, todos os seus efeitos [sic] juridicos [sic].*” [sem grifo no original].⁹⁶

Por outro lado, LACOSTE⁹⁷ aduzia que a autoridade da coisa julgada existiria tanto para as sentenças ainda suscetíveis de recurso como para aquelas que se achavam em fase recursal, em decorrência da execução provisória admitida pela legislação francesa. Tal assertiva não é verdadeira pois se uma sentença ainda pode se submeter a recurso ou se dela foi interposta apelação, o litígio continua pendente, ou seja, *res dubia*.

⁹² LIEBMAN, E. T. *Ancora ...*, p. 240.

⁹³ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 12.

⁹⁴ Explica o autor que esse modo de entender a coisa julgada deriva do direito romano clássico pois o resultado do processo se resumia na *res iudicata* o que era a própria *res de qua agitur* depois de julgada se era devida ou não. A impossibilidade de propor a mesma ação era conseqüência natural da consumação processual.

⁹⁵ FRAGA, A. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. p. 607.

Sobre a *sentença definitiva*: “*dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absoluteione contingit*” - a sentença definitiva é a que, por pronúnciação do juiz, impõe fim à controvérsia, mediante condenação ou absolvição. FRAGA, A. *Ib.*, p. 594

⁹⁶ Affonso FRAGA criticava a doutrina que entendia que uma vez proferida a sentença, ela produziria desde logo seus efeitos porquanto irretirável quando extinto o ofício do juiz sob o argumento de que o mesmo juiz poderia reformá-la mediante embargos. Para o autor, enquanto não transitada em julgado, a sentença não passava de mero processo lógico resultante de atividade teórica de julgadores, ressaltando que a declaração do direito incidente no caso concreto carecia de força jurídica, *vis legis*, para torná-la eficaz e que só poderia adquirir tal força quando revestida da autoridade da coisa julgada. FRAGA, A. *Op. cit.*, p. 594 e 607-610.

⁹⁷ LACOSTE, P. *De la chose jugée*. Ed. Bonnetière, 1914, n.17, p. 7 *apud* FRAGA, A. *Ib.*, p. 608.

Para CARNELUTTI, “... *l'autorità non è la cosa giudicata ma un attributo della cosa giudicata (« l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata»); « l'autorità della cosa giudicata»); ciò vuol dire che per cosa giudicata la legge non intende altro che la sentenza...” [sem grifo no original].⁹⁸*

Em 1922, Aureliano de GUSMÃO já atentava à impropriedade de se denominar a coisa julgada como “*decisão*”, consoante a redação do §3º, do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, atualmente ocupando o §3º do artigo 6º da mesma lei, com redação dada pela Lei n. 3.238/57: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.*”⁹⁹

Em decorrência do pensamento até então dominante na doutrina, como mostram as teses citadas, LIEBMAN ensina que a *autoridade* da coisa julgada não é um efeito autônomo, indicando, em realidade, “... *a fôrça [sic], a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles*”¹⁰⁰. A coisa julgada é a qualidade de permanecerem os *efeitos* da sentença imutáveis no tempo, sendo a lei que a atribui. Assim, o autor deu o nome de “*eficácia natural*” à da sentença que ainda não transitou em julgado.¹⁰¹

Chega a essa conclusão a partir dos termos que explicam a fórmula jurídica, palavras como “... *imutabilidade, definitividade, intangibilidade, inconstitucionalidade, [são] tēmos que exprimem (...) uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem ...*”¹⁰²

Embora reconheça o admirável estudo feito por CHIOVENDA, LIEBMAN observa que este também via a coisa julgada como um efeito da sentença, que consistia na afirmação de uma vontade concreta da lei.

LIEBMAN critica o entendimento de HELLWIG¹⁰³ de que a autoridade do julgado se limita à *declaração* contida na sentença, aduzindo que o jurista alemão “... *acabou por identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz.*” [sem grifo no original]¹⁰⁴. LIEBMAN explica que como todas as sentenças encerram uma declaração, da procedência ou não da pretensão, sejam

⁹⁸ CARNELUTTI, F. *Efficacia, autorità ...*, p. 204.

⁹⁹ GUSMÃO, M. A. de. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁰ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 15.

¹⁰¹ *Ib.*, p. 47.

¹⁰² LIEBMAN, E. T. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁰³ HELLWIG. *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft* apud LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 20.

constitutivas ou condenatórias, para HELLWIG, a coisa julgada - “*Rechtskraft*” - consistiria tão-somente na força vinculante da declaração. Assim, o termo “*Rechtskraft*” poderia ser substituído por “*Feststellungswirkung*” que significa ‘*eficácia de declaração*’.

LIEBMAN não aceita a teoria de HELLWIG por entender que se trata de um erro lógico a sistematização da coisa julgada ao lado dos possíveis *efeitos* das sentenças, colocando-se no mesmo plano coisas substancialmente diferentes, assim como tornaria a declaração da sentença ainda não transitada em julgado destituída de importância, vindo na coisa julgada um *efeito* da sentença. Conclui que “... *non è vero che l'effetto dichiarativo non possa prodursi senza l'autorità della cosa giudicata, nè che ad esso solo la cosa giudicata sia riferibile.*” [sem grifo no original]¹⁰⁵

É que para LIEBMAN, a força obrigatória da sentença, ou seja, a eficácia jurídica de sua natureza imperativa, deriva da declaração contida na sentença, sendo indevido confundir o *efeito* com um elemento novo que o qualifica. Em sua compreensão, “*Constitui êrro [sic] de lógica definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença e - consequência inevitável - identificá-la com a eficácia declaratória da própria sentença, contrapondo-a, portanto, aos seus outros possíveis efeitos (constitutivos ou condenatórios).*”¹⁰⁶ Para o autor, “... *la cosa giudicata non è un effetto per sè stante, ma una qualità degli effetti, di tutti gli effetti della sentenza, siano dichiarativi, costitutivi o esecutivi.*”¹⁰⁷

Quanto à possibilidade da mudança de uma relação jurídica determinada por sentença em face de alterações circunstanciais, afirma LIEBMAN que isso ocorre porque todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que a coisa julgada não impede que sejam considerados os fatos supervenientes à emanção da sentença. Não ocorreria uma flexibilização da coisa julgada, mas as alterações fáticas seriam provenientes da própria natureza da relação jurídica. Ressalta que nesse caso a coisa julgada não se restringe ao conteúdo declarativo da sentença.¹⁰⁸

¹⁰⁴ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 19.

¹⁰⁵ LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza ...*, p. 241.

¹⁰⁶ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 31.

¹⁰⁷ LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza ...*, p. 250.

¹⁰⁸ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 26-28.

Assim, segundo LIEBMAN¹⁰⁹,

1. Os *efeitos* da sentença podem se produzir independentemente da coisa julgada e a *eficácia* da sentença é sua predisposição à produção desses *efeitos*, sendo aquela subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.
2. A *eficácia* da sentença é limitada ao seu objeto, não sofrendo nenhuma limitação subjetiva, valendo para todos.
3. A *autoridade* da coisa julgada não é efeito posterior e diverso da sentença, mas uma *qualidade* de seus *efeitos*, dentre eles, a *imutabilidade*. Esta é limitada subjetivamente somente às partes do processo.
4. A autoridade não pode se restringir à *imutabilidade* da sentença pois isso significa somente a preclusão dos recursos.
5. A *imperatividade* é a *eficácia natural* da sentença, independente da *definitividade* da decisão judicial.
6. Consequentemente, todos os terceiros são sujeitos à *eficácia* da sentença e não à autoridade da coisa julgada. A sentença é sempre oponível aos terceiros no limite de seu objeto e desde que comprovada uma *injustiça* causada por essa sentença de modo que fique demonstrado o *interesse jurídico* do terceiro prejudicado.

Exemplificando, LIEBMAN descreve que se uma sentença declara a nulidade de um contrato, devendo valer *erga omnes*, seus efeitos podem atingir terceiros. Esse fenômeno não poderia se restringir somente ao efeito constitutivo da sentença, mas de igual maneira para o declaratório.

Para o jurista, é possível a *eficácia* da sentença existir sem a autoridade da coisa julgada “... *perchè l’efficacia della sentenza non subisce i limiti di tempo e di estensione soggettiva propri della autorità della cosa giudicata.*”¹¹⁰

LIEBMAN concorda com CARNELUTTI quanto à distinção que este faz entre *imperatividade* e *imutabilidade* da sentença, pois esta é “... *imperativa e produz os*

¹⁰⁹ LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza* ..., p. 238-239.

¹¹⁰ LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza* ..., p. 245.

seus efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado”¹¹¹. Conclui que a autoridade da coisa julgada é a

... imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é (...) uma qualidade (...) 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.

A eficácia natural da sentença [= imperatividade], com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido.¹¹²

Além disso, a coisa julgada não abrange as questões que não constituírem objeto do processo, ainda que discutidas e decididas e que servem de premissa da questão principal.

A diferença entre a coisa julgada *formal* e a *material*, diz LIEBMAN, está somente no comando contido na sentença e nos seus efeitos, e não na coisa julgada, visto que esta continua a mesma.

Embate direto em face de CARNELUTTI se deu quanto aos terceiros afetados por uma decisão judicial, combatendo LIEBMAN¹¹³ a tese até então defendida por CARNELUTTI de “*eficácia reflexa da coisa julgada*”, pois o que pode atingir terceiros é a eficácia da sentença e não da coisa julgada, limitando-se esta a operar somente entre as partes.

Explica que “... *todo efeito que a sentença produzir, (...), permanece o único e sempre o mesmo, qualquer que seja o número das pessoas que lhes sofram as conseqüências.*”¹¹⁴

Cumprir citar a questão da coisa julgada nas *questões de estado* das pessoas, cuja sentença, segundo LIEBMAN¹¹⁵, tem eficácia *erga omnes* em face da natureza personalíssima e indivisível dessas relações, o que impede que se reconheça a terceiros interesse jurídico para intervir em um debate sobre elas em face dos legítimos contraditores.

¹¹¹ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 36.

¹¹² *Ib.*, p. 50.

¹¹³ *Ib.*, p. 72.

¹¹⁴ *Ib.*, p. 78.

¹¹⁵ *Ib.*, p. 165-171.

Caracterizam-se as questões de estado “... *pelo fato de serem únicas e indivisíveis e por exercerem sua influência sobre [sic] uma série de relações jurídicas dependentes e sobre [sic] um número indeterminado de pessoas*”¹¹⁶, de modo que a coisa julgada vale *erga omnes*, com exceção de terceiros juridicamente interessados, que têm legitimação da mesma natureza e proximidade que as partes.

LIEBMAN sugere que se trata da aplicação da regra geral da autoridade da coisa julgada, pois todos devem reconhecer a sentença que declarar a paternidade ou a declaração de existência de casamento entre cônjuges, o que decorre da eficácia natural da sentença (= obrigatoriedade e imperatividade). O que ocorre, é que “... *a coisa julgada reforça essa eficácia [natural] porque torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença.*”¹¹⁷

2.5. Teoria da eficácia da declaração

Adianta-se que neste trabalho, a coisa julgada será tomada segundo esta concepção alemã, a partir das lições de HELLWIG, de que “... *a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional; declaração esta de existência ou inexistência daquela relação jurídica deduzida em juízo.*” [sem grifo no original]¹¹⁸

Assim, para que uma sentença possa transitar em julgado, ela deve ser capaz de declarar a existência ou não de um direito que dependerá do grau de cognição do juiz do processo. É o que ocorre, em regra, com as sentenças das ações cautelares, conforme leciona Ovídio Baptista da SILVA,

*... no caso da sentença cautelar, o que lhe falta, para que possa produzir coisa julgada, é a declaração que o juiz teria, para tanto, de fazer, sobre a existência ou a não-existência de uma dada relação jurídica litigiosa, que o processo cautelar protege com o simples possibilidade de existência, sem que o juiz possa declará-la existente.*¹¹⁹

¹¹⁶ *Ib.*, p. 179.

¹¹⁷ *Ib.*, p. 171.

¹¹⁸ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 610.

¹¹⁹ SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. v. 3. p. 204.

De fato, como atesta Ovídio BAPTISTA, seria impossível que a coisa julgada incidisse sobre um *juízo de fato*, por exemplo, sobre o perigo de uma situação.

O raciocínio é singelo. Tome-se como ponto de partida a lição de Barbosa MOREIRA quanto aos termos ‘*eficácia*’ e ‘*efeito*’ da sentença. **Eficácia** é a “... *aptidão, in abstracto, para surtir os efeitos próprios (...) é a potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída, para produzir efeitos.*”¹²⁰

Efeito é o que a sentença é capaz de produzir *in concreto*, ou seja, “... *ao realizar-se concretamente, estas eficácias convertem-se em efeitos concretos ...*”¹²¹. O **conteúdo** da sentença é “*O conjunto destas eficácias, somado a alguns efeitos (que ocorrem concomitantemente com a sentença) ...*”¹²². A lei é que determina o momento em que surtirão os efeitos da sentença.

Como foi explicado, a principal crítica de LIEBMAN à doutrina alemã era a de que ao considerar a coisa julgada como a imutabilidade da eficácia declaratória da sentença, estar-se-ia confundindo a coisa julgada com o efeito da sentença, o que o autor repudiava.

Ovídio B. da SILVA assevera que adota a doutrina que identifica a coisa julgada com a eficácia *declaratória* da sentença ressaltando que

*Apenas farei uma pequena distinção, para dar ênfase a essa correspondência entre eficácia declaratória e coisa julgada, e com isso negar uma total equiparação entre a declaração contida na sentença e a coisa julgada, mostrando (...) que essa distinção, até certo ponto sutil, (...), constitui um dos fundamentos da doutrina da Liebman, não torna inconciliáveis a posição desse ilustre processualista e a doutrina tradicional, por ele combatida.*¹²³

Ovídio parte da afirmação de LIEBMAN de que a coisa julgada não é uma eficácia da sentença, mas uma *qualidade* que torna os efeitos da sentença imutáveis, fazendo a ressalva de que se restrinja a tese à eficácia *declaratória*.

No mesmo sentido, ROSENBERG declara que a coisa julgada se limita ao que for solucionado pela decisão judicial e a “... *resolución sobre la pretensión, que*

¹²⁰ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. Op. cit., p. 614.

¹²¹ Id.

¹²² Id.

¹²³ SILVA, O. A. B. da. *Sentença e coisa julgada*. p. 98.

*há de llegar a cosa juzgada, es la declaración de la existencia o inexistencia de esse requerimiento [petitum] ...*¹²⁴

Ovídio B. da SILVA contesta a teoria de LIEBMAN de que todos os efeitos da sentença são atingidos pela imutabilidade, como demonstrado por Barbosa MOREIRA, cujo entendimento é o de que a coisa julgada corresponde à imutabilidade da situação jurídica concreta¹²⁵ sobre a qual versou o pronunciamento judicial.¹²⁶

Com razão Barbosa MOREIRA¹²⁷ ao afastar da incidência da coisa julgada os efeitos produzidos pela sentença. Explica o autor que é na sentença que se encontra o “*comando jurisdicional*”, ou seja, o juiz formula a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida ao seu juízo. A *norma jurídica concreta* referente àquela situação se destina a perdurar indefinidamente, mas não os *efeitos* dessa sentença.

Para ilustrar sua teoria, observe o simples exemplo dado por Barbosa MOREIRA. Após a conclusão da execução forçada, o que resta do efeito executivo da sentença condenatória? Corretamente afirma o autor que a eficácia executiva da sentença condenatória destina-se à exaustão. Quanto ao efeito da sentença constitutiva, este também é passível de modificação no futuro, caso as partes, por acordo de vontades, trouxessem outro elemento à relação, podendo até mesmo ser extinto. Os efeitos, aduz Barbosa MOREIRA, permanecem como foram estabelecidos em uma sentença até que sobrevenham fatos novos.

Outro exemplo trazido pelo autor é o da sentença que condena A ao pagamento de determinada quantia a B, o qual faz o pagamento e, posteriormente, ingressa com ação pedindo a repetição da quantia paga, alegando a inexistência da dívida. De certo que não se reabrirá a discussão em face da coisa julgada material da sentença precedente não pelo *efeito* executivo da sentença anterior pois este cessou com o pagamento. Isso demonstra que “*A subsistência do obstáculo (...), mostra que ele não consiste na imutabilidade (ou na indiscutibilidade) do efeito, mas*

¹²⁴ ROSENBERG, L. Op. cit., p. 467

¹²⁵ Willis Santiago Guerra Filho critica a denominação “*situação jurídica*”. GUERRA FILHO, W. S. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. p. 245.

¹²⁶ MOREIRA, J. C. B. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 113.

¹²⁷ *Ib.*, p. 109.

na imutabilidade (e na incontrovertibilidade) da sentença mesma, ou da norma jurídica concreta nela enunciada.” [sem grifo no original]¹²⁸

Entendida essa teoria, desnecessária seria a previsão expressa de que a sentença que determina *alimentos* não transita em julgado, pois alterada a situação fática, sobrevém novo litígio, incidindo cada sentença sobre uma situação diferente, ambas coexistindo pacificamente, assim como se afastaria a tese da cláusula *rebus sic standibus* para fundamentar tais situações.¹²⁹

Barbosa MOREIRA¹³⁰ afirma que a imutabilidade reveste o *conteúdo* da sentença e não os seus *efeitos*, bem como não se restringe ao elemento declaratório da norma jurídica concreta. Deixa de fora a motivação, mas não os demais elementos de natureza não puramente declaratória. Por exemplo, na sentença *constitutiva*, fica acobertada pela coisa julgada a declaração do direito à modificação jurídica, bem como essa modificação em si mesma, motivo pela qual o autor compreende que a coisa julgada é uma “*situação jurídica*”.

Ovídio B. da SILVA¹³¹ questiona o que se entende por “*conteúdo*” da sentença, que é o ponto de partida para a extensão objetiva da coisa julgada. Aponta contradição de Barbosa MOREIRA ao dizer que a coisa julgada torna imutável o conteúdo da sentença, incluindo aí seu efeito constitutivo, para logo após afirmar que tal efeito era plenamente modificável pelas partes.

Em artigo subsequente, explica Barbosa MOREIRA¹³² que sua tese não é contraditória pois entende que a modificação integra o *conteúdo* da sentença constitutiva, portanto, a norma jurídica concreta, sendo que **efeito** seria a situação nova conseqüente à modificação, ou seja, a situação criada por força do ato de modificar.¹³³

Retomando a discussão dos limites subjetivos da coisa julgada, Ovídio B. da SILVA, assim como LIEBMAN, entende que ela se limita às partes. Terceiros são

¹²⁸ MOREIRA, J. C. B. Op. cit., p. 110.

¹²⁹ *Ib.*, p. 110-111.

¹³⁰ *Ib.*, p. 113.

¹³¹ SILVA, O. A. B. da. *Conteúdo da sentença e coisa julgada*. p. 55.

¹³² MOREIRA, J. C. B. Op. cit., p. 109.

¹³³ Ovídio B. da SILVA justifica que o equívoco consistiu na afirmação de Barbosa MOREIRA de que o ato constitutivo incluso na sentença seria seu ‘conteúdo’ e não seu ‘efeito’, confundindo-se o ‘ato de modificar’ e o ‘estado modificado’ que resulta da ação. Questiona Ovídio que se o ‘efeito’ da sentença é a nova situação por ela gerada, então todas as sentenças passariam a ser constitutivas positivas e não haveria mais o ato de desconstituição de uma relação jurídica. SILVA, O. A. B. da. *Conteúdo da sentença ...*, p.59.

atingidos pelo que Ovídio denomina de “*eficácia reflexa*”¹³⁴ da sentença e que por serem titulares de relação jurídica dependente àquela julgada, possuem legitimidade a impugnar uma decisão ou a intervirem como terceiros prejudicados.

É sua tese que explica as ações com pluralidade de legitimados como por exemplo, a *ação de anulação de ato praticado por uma sociedade*¹³⁵ proposta por um sócio. A sentença que acolhe a demanda, anulando o ato, vincula os demais sócios que não participaram da ação pois se trata de sentença *constitutiva*. Todos têm que se submeter ao desaparecimento do ato anulado.

Já a sentença de *improcedência* não vincula os demais sócios que, por conseguinte, poderiam ingressar com novas demandas anulatórias, pois se trata de sentença meramente declaratória, que na tese de OVÍDIO, é a única eficácia que é acobertada pela coisa julgada, de modo que essa decisão não poderia atingir terceiros que não participaram do processo porquanto a coisa julgada se limita às partes, não restando nenhuma outra eficácia que atingisse os demais sócios.

Este ponto leva inevitavelmente à discórdia das posições de LIEBMAN e de CHIOVENDA da coisa julgada *secundum eventum litis*, sob o argumento da impossibilidade de diferentes efeitos produzidos por uma sentença, dependendo do resultado da demanda. OVÍDIO¹³⁶ demonstra sua ocorrência justamente pelo fato de que a sentença que rejeita a demanda de anulação usada no exemplo, tem efeitos menos amplos que a de acolhimento, cuja eficácia é meramente declaratória.

Ada P. GRINOVER¹³⁷ aponta a necessidade de revisão das posições contrárias à coisa julgada *secundum eventum litis*, especialmente no tocante às demandas coletivas.

Ademais, toda sentença tem eficácia declaratória, que corresponde ao juízo de subsunção realizado pelo juiz, que faz incidir ao caso concreto a regra normativa prevista pela lei.

¹³⁴ SILVA, O. A. B. da. *Sentença e coisa julgada*. p. 116.

¹³⁵ *Ib.*, p. 117.

¹³⁶ “*Está claro que a sentença constitutiva de uma sentença que acolha uma ação de tal natureza, terá uma dimensão diversa e mais ampla do que a sentença a que rejeitar. Não se trata, aí, de atribuir à sentença uma eficácia diferente segundo acolha ou rejeite a demanda, senão de reconhecer que a sentença de recebimento e a de rejeição, por serem de natureza diferente, há de ter eficácias diversas*” SILVA, O. A. B. da. *Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. p. 51.

¹³⁷ GRINOVER, A. P. *Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor* p. 8.

Enfim, na análise da extensão subjetiva da coisa julgada, podem ocorrer três situações:

1. “... a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro...”¹³⁸. Neste caso, resolve-se a questão formando-se o litisconsórcio necessário, fazendo do terceiro, parte no processo;
2. Terceiros não intervêm e são atingidos pela *eficácia reflexa* da sentença que não os impede de rediscutirem o julgado, desde que provem seu interesse jurídico, intervindo no processo;
3. Terceiros não suportam a coisa julgada em si, mas as eficácias naturais da sentença, como a constitutiva, executiva e mandamental. Estes são os *terceiros indiferentes*.

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, só transita em julgado a eficácia *declaratória* da sentença, conforme lições de Ovídio B. da SILVA e da doutrina alemã.

¹³⁸ SILVA, O. A. B. da. *Sentença ...*, p. 122.

III - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

É natural o surgimento da defesa pela relativização numa época em que surgem debates acerca do controle das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, após certa estabilização quanto aos modos e técnicas de controle de constitucionalidade dos atos emanados do Legislativo.

Daí encarnam-se debates em torno do “*governo dos juízes*”, ou “*rule of judges*”, “*gouvernement des juges*”, “*Richtersstaat*”, fundados na idéia de que “... *il y a gouvernement des juges dès lors que les juges disposent d'un pouvoir autonome, d'un pouvoir d'interprétation qui leur permet d'opérer des choix discrétionnaires.*”¹³⁹

Não se iria tão longe. A atividade judicante não se confunde àquela realizada pelo Poder Executivo, essa sim, dotada de discricionariedade. De acordo com Teresa WAMBIER,

*... parece-nos que a quase integral imunidade ao controle de que se revestem estas decisões nasce da circunstância de que a elas não se pode contrapor outra como sendo melhor, e, portanto, como sendo a decisão correta para o caso. Isto não significa, todavia, que o juiz tenha nesses casos genuína liberdade para agir. Trata-se de uma (pseudo) liberdade, percebido a posteriori, decorrente da impossibilidade técnica do controle dessas decisões. [sem grifo no original]*¹⁴⁰

Com razão, diz a autora que “... *interpretar conceito vago não implica exercício de poder discricionário. [pelo contrário] (...) a liberdade do juiz não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública.*”¹⁴¹

Interessante a observação de Aureliano de GUSMÃO de que, em 1914, em sua tese de concurso à Faculdade de Direito, defendeu a *disponibilidade* da *exceptio rei iudicata*. Explica o autor que acompanhou a opinião da doutrina majoritária italiana e francesa que afirmavam que não se tratava de instituto de ordem pública “... *sendo lícito às [sic] partes, (...) renunciar, tacita [sic] ou*

¹³⁹ BRONDEL, S.; FOULQUIER, N.; HEUSCHLING, L. *D'un non-sujet vers un concept scientifique?* p.16.

¹⁴⁰ WAMBIER, T. A. A. *Controle das decisões judiciais ...*, p. 351.

¹⁴¹ *Ib.*, p. 357.

*expressamente, ao direito oriundo da res judicata, não podendo, conseguintemente, os efeitos [sic] desta ser declarados ou proclamados pelo juiz ex officio.*¹⁴²

O próprio autor reconhece que mudou radicalmente sua opinião, convertendo-se à doutrina do professor da Faculdade de Direito do Recife - Conselheiro PAULA BAPTISTA, que se manifestou pela aplicação *ex officio* da coisa julgada, porquanto a “... *cosa [sic] julgada não provem [sic], como alguns pensam, do quasi contracto judiciario, oriundo da litiscontestação; mas é um elemento indispensável de ordem publica [sic], e, como diz Bordeaux, tem o mesmo fundamento que a autoridade das leis e a do governo.*”¹⁴³

Curioso como se anda em círculos. Explica-se melhor. Desde a concepção da disponibilidade da coisa julgada pelas partes de um processo, caminhou-se rumo à caracterização pública e indisponível do instituto, rogando-se pela sua perfeita aplicabilidade *ex officio* e sua elevação como instrumento indispensável à manutenção da ordem e da paz social. Hoje, parte da doutrina tenta reverter a condição até então perseguida, defendendo sua relativização, por motivos diversos daqueles defendidos no passado, mas visando à fragmentação da imutabilidade de uma decisão jurisdicional guiada pela coisa julgada.

3.1. Sentença injusta

Ao tratar dos efeitos da sentença em relação a terceiros, LIEBMAN¹⁴⁴ imerge no tema da sentença injusta que pode ser contrária a lei por motivos diversos como a inexata apreciação dos fatos pelo juiz ou pela violação ou falsa aplicação da norma da lei, tratando-se de caso de *nulidade*.

*Tra i vizi di illegittimità della sentenza, il più importante, (...), à la sua possibilie ingiustiza, che riguarda la sentenza nel suo contenuto di giudizio e può dipendere tanto da un errore di diritto quanto da un errore di fatto del giudice. L'ingiustizia della sentenza consiste in generale nella non corrispondenza della pronuncia alla effettiva volontà concreta dello Stato per il caso deciso. [sem grifos no original]*¹⁴⁵

¹⁴² GUSMÃO, M. A. de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. p.12.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença*. p. 122.

¹⁴⁵ LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 243.

Diante de tal sentença, o terceiro prejudicado¹⁴⁶ deve agir para repelir seus efeitos danosos, o que corresponde à *exceptio mali processus*.

Ao discorrer sobre a justificativa da coisa julgada, assegura o mestre italiano que se trata de política legislativa que se ponha um fim a uma controvérsia em um certo momento, o que ocorre quando restam preclusos os meios de impugnação de uma sentença e esta não pode mais ser alterada e o processo é encerrado, formando-se a coisa julgada formal.

Entretanto, sustenta LIEBMAN que a segurança do direito e a pacificação social exigem algo mais, pois a controvérsia pode renascer em um novo processo sobre o mesmo objeto ou conexo, podendo o juiz convencer-se de que a decisão anterior foi injusta e que, embora a sentença precedente tenha se tornado imutável, sabe-se que sua eficácia não poderia impedir que se decidisse a segunda contenda de maneira diversa, se demonstrada a injustiça da primeira sentença.

A complementação da explicação de LIEBMAN não é usualmente mencionada pelos autores que defendem a relativização da coisa julgada frente à sentença injusta, que aqui se transcreve.

*Per evitare una decisione contraria, la cosa giudicata deve garantire non più e non solo la sentenza, ma anche l'effetto che essa há prodotto, cioè lo accertamento o il mutamento del rapporto giuridico dedotto in giudizio; in questa sua funzione la cosa giudicata rende impossibili o inoperante la dimostrazione dell'ingiustizia della sentenza, la permanenza, la immutabilità degli effetti prodotti. Questa è la cosa giudicata sostanziale, o autorità della cosa giudicata ... [sem grifos no original].*¹⁴⁷

Ao resumir suas idéias, reafirma LIEBMAN que a eficácia natural da sentença (imperatividade) vale para todos, mas a autoridade da coisa julgada é limitada às partes e “... che per conseguenza le parti non possono contestare la giustizia della sentenza, la cui efficacia è per essi incondizionata, gli effetti immutabili,” [sem grifo no original].¹⁴⁸

¹⁴⁶ O terceiro deve ter interesse *jurídico* e não, por exemplo, interesse meramente econômico. LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 125. Ademais, correta é a observação de LIEBMAN de que “... *chi intende valersi dell'efficacia della sentenza a proprio favore, non ha bisogno di dimostrare volta per volta la giustizia della sentenza*”. LIEBMAN, E. T. *Ancora sulla sentenza ...* p. 249.

¹⁴⁷ Id.

¹⁴⁸ *Ib.*, p. 255.

Quanto aos terceiros, assegura que devem se submeter aos efeitos da sentença, mas não incondicionalmente, pois podem impugná-la quando demonstrarem sua injustiça, o que decorre da ausência da participação do terceiro no processo, contribuindo com elementos que defendessem seu direito para a formação da sentença.

3.2. Sentença em desconformidade com a ordem *infraconstitucional*

LIEBMAN atentou à ligação entre o instituto da coisa julgada e o *direito constitucional* ao sustentar que uma lei expressa poderia, excepcionalmente, modificar o direito para relações já decididas com sentenças transitadas em julgado, não se tratando de retroatividade e sim, de “... *abolição parcial da autoridade da coisa julgada acêrca [sic] das mesmas sentenças, cujo comando, perdendo o atributo da imutabilidade, cairia em face das novas regras dispostas pela lei para as relações já decididas.*”¹⁴⁹

Na hipótese da sentença que aplique norma em desconformidade com a ordem *infraconstitucional*, trata-se de caso de **sentença ilegal**, que não deixa de ser injusta. Segue-se o entendimento de Paulo OTERO, que com razão assevera que “... *a temática das sentenças ilegais ou injustas é tão antiga quanto a existência e aplicação do Direito, a questão das decisões judiciais inconstitucionais é recente ...*” [sem grifo no original]¹⁵⁰, destacando a diferença entre uma sentença que viola a legislação ordinária e uma que viola a Constituição.

No mesmo sentido Humberto THEODORO JÚNIOR e Juliana FARIA para quem “*Nada obstante a segurança e a certeza serem suficientes a justificar a validade da coisa julgada ilegal, o mesmo não se pode dizer a respeito da coisa julgada contrária à Constituição.*” [sem grifo no original]¹⁵¹

Concorda-se com estes dois últimos autores citados, quanto à sua compreensão de que decisões judiciais que violem a legalidade *infraconstitucional* podem e devem se consolidar na ordem jurídica em face da legitimidade conferida ao Judiciário pela própria Constituição, na mesma medida em que lhe atribui ao

¹⁴⁹ LIEBMAN, E. T. *Eficácia ...*, p. 51.

¹⁵⁰ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. p. 59

¹⁵¹ THEODORO JÚNIOR, H.; FARIA, J. C. de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p. 143.

Legislativo. Aqui prevalecem os valores da *segurança, estabilidade e certeza jurídicas* para fundamentarem a eficácia do ‘caso julgado’ fundado em decisão judicial violadora de direito *infraconstitucional*.

3.3. Sentença em desconformidade com a ordem constitucional

Neste caso, afirma Paulo OTERO que a *certeza e a segurança jurídicas* não são suficientes a sustentarem tal sentença, motivo pelo qual se enquadram no debate da **relativização** da coisa julgada. Alega o autor que

*Na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. (...) A segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quanto o próprio texto constitucional expressamente o admite (...) os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autónoma para fundamentarem a validade de efeitos de actos inconstitucionais.*¹⁵²

3.4. Artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil

A medida provisória n. 2.180-35/2001 acresceu ao artigo 741 do Código de Processo Civil um parágrafo único com a seguinte redação: “*Para efeito do disposto no inciso II, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.*”

Tiago GONÇALVES entende que se trata de caso de *inexistência* de sentença, opinião com a qual não se concorda pelos motivos que serão expostos no próximo capítulo, defendidos por Paulo OTERO e Humberto THEODORO JÚNIOR. Para GONÇALVES, “... a inovação trazida no parágrafo único do art. 741 do CPC está em consonância com o pensamento por nós esposado de que a ação declaratória de *inexistência* é o meio adequado para impugnar ‘sentença’ baseada em ‘lei’ posteriormente declarada inconstitucional.”¹⁵³

¹⁵² OTERO, P. Op. cit., p. 61.

¹⁵³ GONÇALVES, T. F. Ação declaratória de inexistência de “sentença” baseada em “lei” posteriormente declarada inconstitucional. p. 568.

No mesmo sentido, Teresa WAMBIER e José Miguel MEDINA¹⁵⁴, os quais sustentam que o caso do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil é o de *inexistência* da sentença, não sendo hipótese de coisa julgada a rescindir, sendo análogo ao que ocorre com a nulidade da citação, pois os embargos tem eficácia meramente declaratória.

Seguindo o entendimento da inexistência da sentença, faltaria à execução título executivo, o que deveria ser constatado *ex officio* pelo juiz, indeferindo a petição inicial da ação executiva, podendo o executado alegar tal fato em exceção de pré-executividade.

Mas se a sentença não existe, o que haveria para ser declarado? Se a sentença anterior preencheu todos os requisitos materiais de existência conforme estipula a lei, ela estaria formada e seria caso de *nulidade* e não de inexistência.

É que WAMBIER e MEDINA¹⁵⁵ propõem que as sentenças *nulas* não podem simplesmente serem declaradas como tais por estarem 'protegidas' pela coisa julgada. Essas sentenças necessitam ser rescindidas e ficam sujeitas ao prazo de dois anos previsto para a ação rescisória. No caso das sentenças *inexistentes*, cabe a via da ação declaratória, que pode ser proposta a qualquer tempo.

Melhor é a lição de Eduardo TALAMINI¹⁵⁶ em artigo dedicado ao artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil. Como aponta o autor, o tema é diretamente ligado às diferentes hipóteses da constatação da inconstitucionalidade da lei que funda o título judicial, quais sejam: **(1) Declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado;** **(2) Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso;** **(3) Aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal.**¹⁵⁷

¹⁵⁴ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G.. *O Dogma da Coisa Julgada*. p. 185.

¹⁵⁵ *Ib.*, p. 212. O livro segue o raciocínio de Teresa WAMBIER de que "Por meio de ação rescisória serão atacáveis as sentenças nulas (...) Por meio de ação declaratória de inexistência poder-se-ão atacar sentenças inexistentes ...". WAMBIER, T. A. A. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 225. Diverge seu entendimento daquele exposto por Humberto THEODORO JUNIOR em "Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença". *Revista de Processo*, n. 19.

¹⁵⁶ TALAMINI, E. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002.

¹⁵⁷ *Ib.*, p. 40.

3.4.1. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado

Faz-se mister saber qual o efeito dessa declaração. Inicialmente, as decisões do Supremo pela inconstitucionalidade de lei em controle abstrato eram dadas *ex tunc*. Por influência de outros sistemas legais e pela observação da necessidade do temperamento dos efeitos dessa declaração em certas hipóteses, o Supremo passou a proferir decisões nem sempre com eficácia retroativa.

Neste sentido, Clèmerson CLÈVE¹⁵⁸ explica a mudança de orientação do Supremo e Gilmar MENDES¹⁵⁹ traz do Tribunal Constitucional Alemão suas técnicas diferenciadas no trato da eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade, bem como TALAMINI¹⁶⁰ discorre acerca da influência de sistemas consolidados na Europa.

Atestam TALAMINI¹⁶¹ e CLÈVE¹⁶² que o Supremo mantém seu entendimento que a norma declarada inconstitucional com eficácia retroativa não desconstitui automaticamente a coisa julgada das sentenças fundadas naquela mesma lei, dependendo da propositura de *ação rescisória* para tanto, respeitando-se seu prazo de dois anos.

Quanto ao prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, sustentam Teresa WAMBIER e José MEDINA que, muito embora a jurisprudência entenda que este começa a ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença rescindenda, há casos em que não se aplicaria tal postura pois seria ilógico que “... corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo de a lesão ocorrer.”¹⁶³

Os autores traçam paralelo com hipóteses em que a ordem jurídica brasileira remete o início da contagem de prazo prescricional a algum evento e trazem como exemplo caso em que o autor obtém o resultado de exame pericial de DNA somente depois de exauridos os dois anos do prazo para o ajuizamento da

¹⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

¹⁵⁹ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁶⁰ TALAMINI, E. Op. cit., p. 40-46.

¹⁶¹ *Ib.*, p. 47.

¹⁶² CLÈVE, C. M. Op. cit., p. 252.

¹⁶³ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. Op. cit., *O dogma da coisa julgada*. p. 204.

ação rescisória. Propõem os autores que o inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil incluísse, além da hipótese de “*documento novo*”, a de “*prova pericial nova*”, o que não parece ser necessário pois um documento é uma modalidade de prova, assim como o é a perícia, de modo que não seria necessária a mudança do texto legal mas tão-somente interpretação neste sentido. Além disso, sugerem os autores que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória fosse contado a partir da descoberta do documento ou do resultado do exame pericial novo e não do trânsito em julgado da sentença.

Partindo do raciocínio exposto em relação à ação de investigação de paternidade, propõem os autores que no caso de rescisória para desconstituir coisa julgada de sentença fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado, que o prazo começasse a ser contado a partir do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade. Alegam que se trata de caso de impossibilidade jurídica do pedido e que, na ausência de condição da ação, sob o ponto de vista jurídico, não haveria sentença, tampouco trânsito em julgado.¹⁶⁴

A regra da declaração com eficácia retroativa comporta exceção, expressamente estabelecida no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 que dispõe:

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

Se o Supremo estreitar a eficácia retroativa de sua declaração de inconstitucionalidade “... *seria possível aplicar a regra do art. 741, par. ún., a um caso que se insira naquele campo que foi excluído dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade?*”¹⁶⁵

Acompanha-se a resposta dada pelo jurista de que a sentença que aplicou uma lei inconstitucional não é inexistente, mas *nula*, caso de sentença injusta ou errada, estando seu defeito no seu conteúdo, por *error in iudicando*, só podendo ser revista pelos mecanismos previstos em lei. Assim, “*A inconstitucionalidade de uma norma apenas poderá acarretar propriamente a nulidade da sentença quando*

¹⁶⁴ *Ib.*, p. 208.

¹⁶⁵ TALAMINI, E. *Op. cit.*, p. 52.

*se tratar de norma processual reguladora de requisitos de validade da sentença ou de validade dos atos que repercutam necessariamente sobre a sentença.*¹⁶⁶

O posicionamento do Supremo não diverge daquele defendido pela doutrina de que se deve separar o plano *abstrato*, normativo e o plano *concreto*, de modo que a declaração da inconstitucionalidade não acarrete automaticamente a nulidade de todos os atos praticados sob sua vigência.¹⁶⁷

3.4.2. Declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*

Quando pronunciada a inconstitucionalidade de norma pelo Supremo, em controle incidental, essa decisão tem eficácia somente entre as partes do processo, continuando a lei a vigorar normalmente. Para que os efeitos daquela declaração passem a valer contra todas, é necessário que o SENADO FEDERAL suspenda sua execução, de acordo com o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

Teresa WAMBIER e José MEDINA¹⁶⁸ dedicam estudo à coisa julgada e violação à Constituição Federal, lembrando que a jurisprudência submete ao regime da ação rescisória a sentença que ofende a Carta pelo disposto no artigo 485, inciso IV do CPC, embora os autores entendam que se trata de sentença *juridicamente inexistente*, nada havendo a ser desconstituído.

Explicam os autores que *in casu*, como foi proferida uma sentença baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional em controle abstrato, a sentença não transitou em julgado porquanto era portadora de efeitos juridicamente impossíveis. Assim, trata-se de caso de impossibilidade jurídica do pedido e como falta uma condição da ação, a medida cabível seria a ação declaratória de inexistência. Justificam os autores que seria

... desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em 'lei' que não é lei (...). [portanto] a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceriam (...) da utilidade da

¹⁶⁶ TALAMINI, E. Op. cit., p. 53.

¹⁶⁷ *Ib.*, p. 54. No mesmo sentido: CLÈVE, C. M. Op. cit., *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 252. MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. p. 258.

¹⁶⁸ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. Op. cit., p. 36-37.

*obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade da coisa julgada.*¹⁶⁹

Para quem não admite a solução trazida pelos autores, a rescisão poderia ser fundada na “*falta de fundamento*” pois como a lei foi expurgada do sistema jurídico, não existe, podendo a sentença ser rescindida com fulcro nos artigos 485, inciso V e 458, do CPC. Cumpre lembrar que antes de se propor uma ação rescisória, deve ser verificado o *efeito* dado à regra na decisão que declarou sua inconstitucionalidade em controle abstrato.

A ressalva é feita pelos próprios autores que afirmam que uma norma declarada inconstitucional em controle concentrado é norma *juridicamente inexistente*, sendo um simples fato jurídico, cujos efeitos devem ser mantidos em certos casos, como explicita o artigo 27 da Lei n. 9.868/99.¹⁷⁰

No caso de sentença que deixa de aplicar lei porque considerada inconstitucional *incidenter tantum* e, posteriormente, há a declaração de sua constitucionalidade em controle abstrato pelo Supremo, Teresa WAMBIER e José MEDINA afirmam que cabe a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada operada no processo que deixou de aplicar tal norma por considerá-la inconstitucional em controle difuso. Para os juristas, ocorreu a negativa de vigência à lei, que nada mais é do que uma forma de se a violar.¹⁷¹

WAMBIER e MEDINA atentam às hipóteses em que há reiteradas manifestações *incidenter tantum* acerca da inconstitucionalidade de uma lei, o que é freqüente em matéria tributária. Muito embora essas decisões não tenham eficácia vinculante, os autores sustentam que como são decisões dadas “... reiteradamente no mesmo sentido, parece que se pode dizer ser essa a posição do órgão ...”¹⁷².

Em realidade, não ‘parece’ que esse deva ser a conclusão de reiteradas manifestações, porquanto estas são dadas no mesmo sentido geralmente quando se trata do mesmo Ministro relator, o que não significa que seja realmente o entendimento da Corte, além de a questão passar por procedimento diverso quando em sede de controle abstrato, no qual devem ser observados o *quorum* de oito

¹⁶⁹ *Ib.*, p. 43.

¹⁷⁰ *Ib.*, p. 47.

¹⁷¹ *Ib.*, p. 54.

¹⁷² *Ib.*, p. 55.

ministros e a manifestação de no mínimo seis dentre os oito, conforme exigências dos artigos 22 e 23 da Lei n. 9.868/99.

Para ilustrar a situação de reiteradas decisões que parece fornecer o entendimento da Corte, o Ministro José Delgado tem afastado a aplicação da súmula n. 343 do STF quando houver controvérsia em nível constitucional. Entende o Ministro que

1. Há de se rescindir decisão baseada em lei considerada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal [incidenter tantum ou em controle concentrado?], mesmo que tal posicionamento venha a ocorrer após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo. (...) 3. A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que o contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias. 4. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um determinado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada. 5. Recurso provido para se determinar o conhecimento da rescisória quanto ao mérito, proferindo o Tribunal a quo novo julgamento da causa.¹⁷³

José DELGADO explica no acórdão, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, mesmo quando de natureza **incidental** e que a súmula n. 343/STF se aplica a decisões proferidas por tribunais de mesmo grau, sendo diferente a carga decisória do STF sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei em relação às decisões proferidas pelos demais tribunais por ser o órgão destinado a guarda e observância da Constituição. Logo, não há controvérsia entre tribunais sobre a matéria, não se aplicando a súmula citada.¹⁷⁴

Entendimento diverso é o do Ministro Luiz FUX, ao rejeitar a ação rescisória¹⁷⁵ fundamentada pela decisão do recurso extraordinário n. 226.855-7/RS que considerou inconstitucional a aplicação de alguns índices inflacionários das contas vinculadas ao FGTS, sustentando-se a ação na tese do Ministro José Delgado de que não se aplicaria a súmula 343/STF em face da declaração incidental da inconstitucionalidade da norma pugnada. Para Luiz FUX,

¹⁷³ STJ. Recurso especial n. 194.276/RS.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ A decisão dos embargos de declaração n. 2.283/CE, no agravo regimental desta ação rescisória explica os motivos pelos quais o Ministro Luis FUX não admitiu a ação rescisória.

3. um dos pilares da segurança jurídica é exatamente o respeito à coisa julgada. Deveras, a eliminação da Lei inconstitucional, em geral, deve obedecer os princípios que regulam a vigência das Leis, impedindo-as de retroagir. 4. Desta sorte, salvo manifestação expressa nos acórdãos das ações de declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado, as decisões judiciais anteriores não podem ficar a mercê de rescisórias, sob o fundamento de terem sido proferidas com base em Lei inconstitucional. 5. Posicionamento diverso implica em violar dois institutos preservados pela Constituição; um instrumental e outro substancial: a saber, a coisa julgada e a segurança jurídica. (...) 7. A ratio essendi da Súmula 343 aplica-se in casu, por isso que, se à época do julgado, a lei estava em vigor, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, em prol do princípio da segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, não se pode entrever violação àquela pela acórdão que a prestigiou. 8. Embargos de declaração improvidos. [sem grifos no original]¹⁷⁶

3.4.3. Aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição

É o que apregoa a última parte do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil. Segundo TALAMINI, não há como se fazer uma interpretação literal do artigo, restringindo-se a hipótese de pronunciamento expresso do Supremo, não se referindo o artigo ao entendimento de qualquer corte.¹⁷⁷ De fato, é no mínimo razoável que exista pronunciamento expresso do STF, uma vez que nem mesmo nele há unicidade de decisões quanto a uma matéria.¹⁷⁸

WAMBIER e MEDINA¹⁷⁹ fazem a mesma observação, asseverando que a interpretação literal remete à aparência de que seria dispensável pronunciamento do Supremo e que, *in casu*, trata-se da técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Alegam os autores que não se poderia estender a aplicação do recente parágrafo a casos em que haja somente decisões reiteradas da jurisprudência do Supremo.

TALAMINI lembra que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não deriva somente da ADIN, mas pode advir da *ação declaratória de constitucionalidade*, ou ainda da *declaração de inconstitucionalidade sem redução*

¹⁷⁶ STJ. Embargos de declaração no agravo regimental na ação rescisória n. 2.283/CE.

¹⁷⁷ TALAMINI, E. Op. cit., p. 57.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI aponta vários defeitos do sistema do *civil law* que não permitem que os países que o adotam estejam no movimento evolutivo da jurisprudência criadora. Dentre eles está exatamente a questão das cortes superiores destes países que são compostas por diversos juízes, divididos em sessões que decidem independentemente, o que enfraquece a autoridade da Corte e dos magistrados que a integram. CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* p. 116-117.

¹⁷⁹ WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G.. Op. cit., p. 75.

do texto, prevista na Lei n. 9.869/99, além da *interpretação conforme a Constituição* cuja especialidade não é somente do Supremo.

Todas essas hipóteses que englobam as “*técnicas*” de controle de constitucionalidade, assim como a ação direta de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e a pela via incidental, desde que suspensa a lei pelo Senado podem ensejar a aplicação do artigo 741, parágrafo único, “... *sempre que o provimento constitutivo do título executivo se houver fundado em solução incompatível com aquela adotada pelo Supremo. É o que no presente texto conencionar-se-á chamar de **solução inconstitucional**.*” [sem grifo no original]¹⁸⁰

Com razão TALAMINI ao observar que só serão desconstituídas as eficácias condenatórias da sentença e aquelas sobre as quais a solução inconstitucional refletir diretamente, ou seja, “... *é imprescindível que a questão constitucional seja aspecto suficiente para provocar a mudança ou a supressão da decisão anterior.*”¹⁸¹

Quanto ao conflito temporal de normas que a alteração do parágrafo único poderia ensejar, entende o autor que só se aplica às sentenças transitadas em julgado *depois* do início de vigência da lei, pois não poderiam se sujeitar a qualquer título nem aos títulos fundados em sentenças já transitadas em julgado mas ainda dentro do prazo de dois anos da rescisória. Contra a conclusão do autor não se põe objeção, pois realmente,

... a autoridade da coisa julgada não comporta gradação. O decurso do prazo da rescisória não adiciona nova autoridade ao julgado; não complementa a coisa julgada. Logo, não se pode considerar a sentença sujeita à interposição de ação rescisória como uma situação ainda não aperfeiçoada (...). A coisa julgada já está perfeita por ocasião do trânsito em julgado.[sem grifo no original]¹⁸²

Explica TALAMINI o por quê da nova regra que estabeleceu tratamento diferenciado às sentenças condenatórias ainda não executadas. Como se trata de eficácia que ainda necessita da ação executiva, se alcançou a fase dos embargos é porque até aquele momento, ainda não se tem uma situação fática consolidada. “*Daí ser razoável não estender (...) a norma do art. 741, par. ún., aos provimentos*

¹⁸⁰ TALAMINI, E. Op. cit., p. 61.

¹⁸¹ *Ib.*, p. 68.

¹⁸² *Ib.*, p. 78.

declaratórios e constitutivos.” [sem grifos no original]¹⁸³, provimentos que independem de posterior atividade jurisdicional para sua concretização.

Neste raciocínio, lembra o autor que se poderia estender a regra aos provimentos executivos *lato sensu* e mandamentais por também dependerem de providências materiais para sua efetivação. Desconstituir provimentos condenatórios já executados ou de sentenças que já transitaram em julgado antes de a norma entrar em vigor são admitidos pelo autor em casos excepcionais.

Por fim, a regra é a de que incida o estabelecido pelo parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil sobre os provimentos que tragam *soluções inconstitucionais* e, excepcionalmente poder-se-ia afastar a norma em casos de resguardo da segurança jurídica.

Já nos casos de: **(a)** provimento declaratório, **(b)** provimento constitutivo; **(c)** provimento condenatório transitado em julgado depois do início de vigência da regra já executado; **(d)** sentença transitada em julgado não mais sujeita a rescisória e; **(e)** sentença transitada em julgado ainda sujeita à rescisória, prevalece a regra geral da manutenção do julgado, admitindo-se a sua desconstituição como a exceção.

3.5. Querela nullitatis

CALAMANDREI¹⁸⁴ anota que o instituto era meio processual específico para impugnar sentença anulável perante juízo superior que hoje sobrevive sob o nome de ‘*apelação*’. Explica que sua função de meio de impugnação *autônomo* foi avocada por outras formas de impugnação mais expeditas e mais simples. A diferença residia na circunstância de que na *apelação* o juiz analisava imediatamente o mérito da questão, enquanto na querela de nulidade, a autoridade judicante deveria verificar vício da própria sentença impugnada.

Atualmente a *apelação* abarca casos de verdadeira querela de nulidade, como no caso de se anular a sentença *a quo* por nulidade de citação, limitando-se o juiz a anular a sentença, sem passar a decidir o mérito, que será apreciado pela juízo de origem dos autos. Trata-se de

¹⁸³ *Ib.*, p. 79.

¹⁸⁴ CALAMANDREI, P. *Sobrevivência da querela de nulidade no processo civil vigente*. p. 260-261.

*... juízo de nulidade, limitado ao rescindente: aqui a cognição do juiz de apelação tem por objeto o vício da sentença apelada, não o mérito; e aqui o princípio segundo o qual os motivos de nulidade são absorvidos pelos motivos de injustiça não é intocável, pois neste caso o juiz deve anular a sentença por erro processual que a vicia, sem se preocupar em saber se é ou não justa ...*¹⁸⁵

Segundo Ovídio B. da SILVA, como os motivos de nulidade da sentença foram absorvidos pelos motivos para os recursos, o direito medieval concebeu a *actio nullitatis* como “... meio autônomo de impugnação contra a sentença nula. de modo que a apelação ficasse reservada para o controle, por autoridade superior, da injustiça da sentença (*errores in iudicando*), atribuindo-se à *querela nullitatis* a função de reparar os vícios formais que pudessem tornar nula a sentença.”¹⁸⁶

TALAMINI¹⁸⁷ descreve a *querela de nulidade* como criação canônica que limita a coisa julgada pois é mecanismo de ataque contra sentença firme, mais especificamente a *querela de nulidade insanável*.

Vicente GRECO FILHO¹⁸⁸ a define como a ação declaratória para que uma parte obtenha a declaração formal da ineficácia da sentença nula.

Ovídio B. da SILVA sustenta que não se poderia negar a sobrevivência da *querela nullitatis* “... pois a virtude sanatória dos recursos não poderia, por exemplo, tornar uma sentença contendo dispositivo impossível ou incerto, isenta de uma tal nulidade. Nestes casos (...) o emprego de uma ação ordinária declaratória da nulidade será indispensável ...”¹⁸⁹

Citando ADROALDO FABRÍCIO¹⁹⁰, OVÍDIO ressalta que a *querela nullitatis* é reservada à sentença que existe, mas é nula, subsistindo em nosso direito como resquício da *querela nullitatis insanabilis* a *ação declaratória de nulidade*, seja por embargos à execução ou por procedimento autônomo perante o juízo do processo original. Assim, sobrevive em nosso direito a *querela nullitatis* em sua concepção original, restrita à impugnação dos vícios da sentença questionada.

¹⁸⁵ *Ib.*, p. 264.

¹⁸⁶ SILVA, O. A. B. da. *Sobrevivência da querela nullitatis*. p. 83.

¹⁸⁷ TALAMINI, E. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. p. 50-51.

¹⁸⁸ GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. p. 389.

¹⁸⁹ SILVA, O. A. B. da. *Sobrevivência ...*, p. 85.

¹⁹⁰ *Ib.*, p. 86.

É o que sustenta Humberto THEODORO JÚNIOR e Juliana FARIA¹⁹¹, que uma parte prejudicada por sentença nula não precisa da ação rescisória, podendo se utilizar dos embargos à execução ou de ação declaratória ordinária, esta em face da sobrevivência da *querela nullitatis*.

Como o caso previsto no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil é caso de *inexistência* para WAMBIER e MEDINA, estes defendem que se pode utilizar do expediente da *declaração de inexistência* que não se restringe ao ajuizamento de uma ação, podendo ser alegada nos embargos à execução ou *incidenter tantum* em outro processo, inclusive como defesa.

Não obstante a divergência quanto à qualificação de nulidade e inexistência, a *querela nullitatis* é aceita pelo Supremo e pode ser utilizada para sanar uma sentença nula (ou inexistente para parte da doutrina).

¹⁹¹ THEODORO JUNIOR, H.; FARIA, J. C. de. Op. cit., p. 168.

IV - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

É necessário traçar um capítulo próprio à coisa julgada inconstitucional pois deve-se deixar claro que a relativização da coisa julgada aqui estudada não se estende a todos os casos de sentenças injustas, mas tão-somente àquelas que infrinjam normas constitucionais, conforme delineado no capítulo anterior.

Afirma Humberto THEODORO JÚNIOR que “... o fenômeno da inconstitucionalidade se reduz a uma relação de validade: se o ato de poder - qualquer que seja ele - é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale.”¹⁹²

Quisera fosse a questão tão simples. Se assim fosse, não teriam surgido diversos artigos acerca do tema, pois tudo se resumiria à citada relação de validade e não haveria o que se discutir. Quem melhor dissertou os fundamentos do questionamento da validade de uma decisão judicial conforma a Constituição foi Paulo OTERO¹⁹³, que se volta, com razão, a época das revoluções liberais, da separação dos poderes e da instituição do princípio da legalidade.

Melhor explicando. Toda a Administração Pública passou a ser subordinada ao princípio da legalidade, cuja função primordial era a de atestar a validade de atos praticados pelo Poder Público que outrora não poderiam ser jamais questionados, em face do “*poder divino*” que os monarcas absolutistas representavam.

A fiscalização dos atos do Poder Público é realizada pela própria Administração, como na França e em Portugal, onde se estrutura todo um contencioso administrativo, mas também podem ser controlados pelo Judiciário, que igualmente deve ser balizado pelo princípio da legalidade.

Com a era das Constituições rígidas e a exaltação do princípio da constitucionalidade, houve a progressiva tendência à fiscalização, primeiramente da atividade administrativa e, num segundo momento, da atividade legislativa com os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

¹⁹² THEODORO JR, H. Prefácio. In: WAMBIER, T. A. A.; MEDINA, J. M. G. *Dogma da Coisa Julgada*, p. 7.

¹⁹³ OTERO, P. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

Consoante OTERO¹⁹⁴, como na atual fase do Estado Constitucional toda a atividade do poder público se submete ao princípio da constitucionalidade, **toda a atividade jurídica** se encontra subordinada ao princípio. No entanto, assim como na Constituição portuguesa, a Constituição brasileira somente garante mecanismos de controle jurisdicional de atos administrativos e legislativos, de maneira que ficam excluídos os atos jurisdicionais inconstitucionais.

Isso ocorre porque sempre se partiu da premissa de que os tribunais se limitavam a aplicar a lei, eram somente “a boca da lei”. Entretanto, a prática comprova que os tribunais podem proferir decisões que desrespeitam a própria Constituição. Assim, a maior discussão está em torno do controle da validade dos atos jurisdicionais frente a Carta Magna.

Essa situação se deteriora de maneira diretamente proporcional à complexidade social e técnica da vida jurídica que resultam na imprevisibilidade de situações passíveis de identificação tipificada, chegando à proliferação de conceitos vagos e indeterminados.¹⁹⁵

Paulo OTERO relata os problemas gerados pelo tema do “caso julgado”¹⁹⁶ inconstitucional, dizendo que se procura saber se “... as decisões judiciais são ainda uma espécie de feudo isento de qualquer controle efectivo de validade jurídico-constitucional ...”¹⁹⁷ e que, com os amplos poderes decisórios dos juízes e a ausência de vinculação obrigatória a precedentes jurisprudenciais, estar-se-ia violando o princípio da igualdade na aplicação do direito, assim como questiona qual seria o órgão fiscalizador competente para realizar esse controle das decisões violadoras da Constituição. Aponta o professor de Lisboa que

... a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado com o tal; Constituição seria o direito aplicado dos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz. [sem grifo no original]¹⁹⁸

¹⁹⁴ *Ib.*, p. 28.

¹⁹⁵ OTERO, P. *Op. cit.*, p. 32-33.

¹⁹⁶ Como é chamada a *coisa julgada* no direito português.

¹⁹⁷ OTERO, P. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁹⁸ *Id.*

4.1. Paulo Otero

Citando João de Castro MENDES, Paulo OTERO afirma que no direito português, a sentença ‘firme’ passa a integrar a ordem jurídica como ato do poder público diretamente fundado na Constituição, ou seja, “... transitada em julgado, a sentença desprende-se da lei em que se gerou e vale por si mesma, baseada directamente na Constituição.”¹⁹⁹

No entanto, há casos estritamente delimitados na lei, em que se admite a modificação da sentença transitada em julgado, como é o caso da ação rescisória e da declaratória de nulidade, assim como a revisão criminal, afora a possibilidade de modificação de um julgado através dos *embargos à execução*. Acompanhando o raciocínio de Paulo OTERO, como a ordem jurídica aceita tais casos que excepcionam a coisa julgada material, “... importa saber se este princípio [a modificação da sentença firme] tem consagração constitucional ...”²⁰⁰

Para José Afonso da SILVA, a coisa julgada é garantia constitucional, conforme assegura em seu “Curso”, assim como para Hugo de Brito MACHADO²⁰¹ e Celso Ribeiro BASTOS.²⁰²

Porém o direito positivo brasileiro se distancia do direito português neste ponto, pois o artigo 282, n. 3, 1. parte da Constituição Lusitana²⁰³ ressalva os casos julgados fundados em lei posteriormente declarada inconstitucional, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não determina a destruição das ‘sentenças firmes’. Com isso a Carta Magna Portuguesa,

*... pretendeu garantir a imodificabilidade das decisões transitadas em julgado, ainda que as mesmas se fundem em normas inconstitucionais, salvo se, em nome da aplicação da lei penal (lato sensu = lei penal, disciplinar e de mera ordenação social) [artigo 29, n. 4 da Constituição Portuguesa] mais favorável ao argüido, a norma em causa for de conteúdo menos favorável. [sem grifo no original]*²⁰⁴

¹⁹⁹ MENDES, J. de C. Direito processual civil, p. 124 e seg. *apud* OTERO, P. Op. cit., p. 45.

²⁰⁰ *Ib.*, p. 48.

²⁰¹ MACHADO, H. de B. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*.

²⁰² BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. p. 221.

²⁰³ Essa ressalva já existia de maneira semelhante desde a Constituição Portuguesa de 1933 e no texto constitucional de 1976 da Constituição. MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. p. 387.

²⁰⁴ OTERO, P. Op. cit., p. 49.

Diante desta norma, Paulo OTERO²⁰⁵ questiona a possibilidade de se extrair da Constituição Portuguesa um princípio *geral* de intangibilidade do caso julgado, respondendo que, em princípio, sim, por quatro motivos: **(a)** se a Constituição dita expressamente que os casos julgados continuam estáveis mesmo se fundados em lei posteriormente declarada inconstitucional, pode-se concluir que também não há como se alterar um caso julgado fundado em lei válida; **(b)** a intangibilidade do caso julgado decorre do princípio do Estado democrático de direito que se sustenta sobre os valores da segurança e da certeza da ordem jurídica; **(c)** o princípio da separação dos poderes impede que os demais Poderes do Estado coloquem em causa a decisão transitada em julgado; **(d)** a intangibilidade do caso julgado é reafirmada no artigo 208, n. 2, que estabelece a obrigatoriedade das decisões judiciais para todas as entidades públicas e privadas, bem como sua prevalência sobre quaisquer outras entidades.

Conclui Paulo OTERO²⁰⁶ que a garantia à estabilidade do caso julgado é **tutelado constitucionalmente**. No entanto, acrescenta que tal garantia constitucional do artigo 282, n. 3, 2. parte se refere à impossibilidade da intervenção no caso julgado, de atos jurídicos emanados dos demais Poderes Públicos, **legislativo e executivo**. Sustenta o autor que a impossibilidade direta do próprio Judiciário derrogar o caso julgado decorre somente do princípio do Estado de Direito e da tradição jurídica em relação à coisa julgada material. Assim, segundo a Constituição, o caso julgado pode ser afetado somente por **nova decisão judicial** e não por qualquer outro ato jurídico.²⁰⁷

Foi demonstrado na inauguração deste capítulo que para Paulo OTERO, a sentença ilegal forma caso julgado e é válida. Assim, a sentença **injusta**,

... mesmo que faça de branco negro e equipare quadrados a círculos, dequat quadrata rotundis - é válida (...) o conceito de caso julgado injusto seria um conceito extrajurídico, sendo a decisão judicial em tal circunstância (...) a expressão definitiva e irrevogável do direito objectivo na sua aplicação ao caso particular sobre que incidiu a sentença. [sem grifos no original]²⁰⁸

²⁰⁵ Ib., p. 50.

²⁰⁶ Ib., p. 51.

²⁰⁷ Ib., p. 52.

²⁰⁸ MENDES, João de Castro. Caso julgado, p. 48 *apud* OTERO, P. Ib., p. 55.

Tal afirmação aparenta uma aporia, o que, no entanto, é explicada segundo a racionalidade transposta por KELSEN²⁰⁹ do carácter *constitutivo* da decisão judicial porquanto esta cria uma *norma jurídica individual* ao caso que julga. Só que esta norma jurídica individual pode estar predeterminada por uma normal geral ou não, pois nenhuma ordem jurídica pode prever todos os possíveis conflitos de interesses.²¹⁰

No caso da inexistência de norma jurídica *geral* predeterminada, a norma *individual* será fixada pelo tribunal de última instância. Isto porque para KELSEN, a decisão judicial não tem simples carácter declaratório, no sentido de que a tarefa do juiz não é a de simplesmente descobrir e “... e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída.”²¹¹

Explica KELSEN²¹² que essas duas normas formam uma só unidade, o que torna impossível um conflito entre a norma *individual* criada pela decisão judicial e a norma *abstrata*. Assim, ao atribuir a autoridade da coisa julgada a uma decisão judicial cujo conteúdo não é predeterminado por nenhuma norma jurídica *geral*, a ordem jurídica permite ao Judiciário o poder para criar uma norma jurídica *individual* predeterminada por uma norma abstrata ou não.

João de Castro MENDES²¹³ aduz que a sentença **ilegal** que transita em julgado é válida em face do princípio da separação dos poderes, pois compete ao tribunal fixar o direito aplicável ao caso concreto, uma vez que é titular de um poder que não é meramente decorrente do legislativo, mas um *ius proprium*.

Na visão de Paulo OTERO, as teses de KELSEN e de Castro MENDES não servem ao seu estudo pois se limitam a analisar decisões em desconformidade com a legislação *infraconstitucional*. Entende o jurista que decisões judiciais violadores da legalidade *infraconstitucional* podem e devem se consolidar na ordem jurídica em face da legitimidade conferida ao Judiciário pela própria Constituição, na mesma medida em que lhe atribui ao Legislativo.

²⁰⁹ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, p. 263.

²¹⁰ *Ib.*, p. 270.

²¹¹ *Ib.*, p. 264.

²¹² *Ib.*, p. 271.

²¹³ MENDES, J. de C.. Caso julgado, p. 48-49 *apud* OTERO, P. *Op. cit.*, p. 57.

Em Portugal, é tido como verdadeiro ‘*princípio*’, o da **imodificabilidade do caso julgado** de decisões conformes com o Direito e até mesmo as meramente **injustas** ou **ilegais** em relação à legislação ordinária.

“A imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente, tal como sucede, por exemplo, com as situações constantes do artigo 282º, nº 3, da Constituição. [sem grifo no original]”²¹⁴

É o que ocorre no Brasil. A Constituição garante expressamente a coisa julgada, em seu artigo 5., inciso XXXVI.

Justifica OTERO que o Poder Judiciário exerce sua competência dentro dos moldes definidos pela Constituição e que o princípio da separação dos poderes não é suficiente para validar uma decisão judicial desconforme com a Constituição, assim como o princípio da constitucionalidade exige que a validade de qualquer ato emanado do Poder Público seja conforme a Carta.²¹⁵

Para Paulo OTERO, as decisões judiciais inconstitucionais são **inválidas**. Não poderiam ser *inexistentes* pois estas não preenchem nem os requisitos mínimos de um ato judicial, não passando de mera aparência de sentença que não tem nem como ser conduzida ao conceito de inconstitucionalidade. Assim, “... *não são actos inexistentes, (...) [mas] verdadeiras decisões judiciais inconstitucionais.*”²¹⁶

Arrolando uma “*tipologia do caso julgado inconstitucional*”, Paulo OTERO²¹⁷ elenca **três** situações:

- (1) decisão judicial cujo conteúdo viola diretamente um preceito ou um princípio constitucional;
- (2) decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional;
- (3) decisão judicial deixa de aplicar uma norma alegando sua inconstitucionalidade, quando tal norma não é inconstitucional.

²¹⁴ OTERO, P. Op. cit., p. 120.

²¹⁵ Ib., p. 61.

²¹⁶ Ib., p. 62-64.

²¹⁷ Ib., p. 65.

4.1.1. Decisão judicial cujo conteúdo viola diretamente um preceito ou um princípio constitucional.

Tal situação pode ocorrer mesmo sem a interposição de qualquer norma, isto é, o conteúdo da decisão, por si só, ofende diretamente a Constituição. Pode decorrer também da aplicação de uma norma inconstitucional ou da recusa de aplicação de uma norma não inconstitucional.

Dentro deste grupo de decisões, devem ser divididas aquelas que decidem casos individuais das que realizam o controle abstrato da constitucionalidade das normas ou “decisões normativas”, como são denominadas no direito português. Entre as *decisões individuais* estão **(a)** as decisões do Tribunal Constitucional em sede de controle difuso. No Brasil, estas seriam as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário e; **(b)** decisões de todos os restantes tribunais que sejam desconformes com a Constituição.

Entre as decisões em sede de *controle abstrato* pode ocorrer: **(a)** acórdão do Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade “*com força obrigatória geral*”, considerando que somente as sentenças declarativas de inconstitucionalidade transitam em julgado e não as de rejeição. No Brasil estas seriam as decisões do Supremo em ação direta de inconstitucionalidade; **(b)** os “*assentos*” do Tribunal Constitucional.

4.1.2 Decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional.

Dois casos devem ser distinguidos: **(1)** A norma aplicada já havia sido objeto de ação direta de inconstitucionalidade; **(2)** A norma aplicada ainda não havia sido declarada inconstitucional em sede de controle abstrato.²¹⁸

Resulta daí que a norma declarada inconstitucional não poderá fundamentar mais nenhuma decisão judicial futura e quanto às decisões já transitadas em julgado, estas não são atingidas pela declaração de inconstitucionalidade da lei que as fundamentou em face da ressalva expressa feita

²¹⁸ A divisão é dada por Paulo OTERO, sendo adequada ao direito brasileiro. OTERO, P. Op. cit., p. 70.

pelo artigo 282, n. 1, 1. parte da Constituição Lusitana, salvo naquelas situações previstas pela própria Carta, como no caso de norma mais benéfica ao réu no campo criminal.

4.1.3 Decisão judicial deixa de aplicar uma norma alegando sua inconstitucionalidade, quando tal norma não é inconstitucional.

A decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique, todavia, qualquer inconstitucionalidade da norma dá azo ao *recurso extraordinário* perante o Supremo Tribunal Federal. Aqui há tutela constitucional expressa, prevista no artigo 102, inciso III da Constituição para sua conformidade com a Constituição, cabendo às partes prejudicadas interpor o recurso.

Daqui podem ser alcançados dois resultados: **(1º)** A norma que o STF aplica ao caso é inconstitucional, e não aquela que foi afastada; **(2º)** A norma que vai substituir aquela erradamente considerada como inconstitucional é conforme com a Constituição.

No primeiro caso, como continua sendo aplicada ao caso uma lei inconstitucional, também será inconstitucional a decisão. No segundo caso há um *erro interpretativo de direito*, porquanto o juiz que irá aplicar outra norma entende, erroneamente, que a primeira norma aplicada é inconstitucional, sendo este o caso de decisão ilegal.

4.1.4. Inexistência ou nulidade

Paulo OTERO e Humberto THEODORO JUNIOR²¹⁹ afirmam que se trata de caso de *nulidade* da sentença. Por outro lado, Marcelo Rebelo de SOUZA²²⁰ entende que a inconstitucionalidade dos atos judiciais pode gerar *inexistência* ou *nulidade*. Quando inexistentes, trata-se de situação de mera aparência de ato jurisdicional, não produzindo efeitos jurídicos assim como são insanáveis, por isso não precisam de declaração judicial de sua invalidade, não se submetendo ao respeito do caso julgado.

²¹⁹ OTERO, P. Op.cit., p. 64. THEODORO JÚNIOR, H.; FARIA J. C. de. Op. cit., p. 148.

²²⁰ SOUZA, M. R. de. O valor , p. 324-325 *apud* OTERO, P. Op. cit., p. 78.

Diz o professor que quando não fosse caso de *inexistência*, como não existe um mecanismo de controle dos atos jurisdicionais inconstitucionais, ocorreria uma equiparação da inconstitucionalidade à ilegalidade, sendo a decisão inconstitucional nula e, por conseguinte, objeto de controle da legalidade.

Paulo OTERO²²¹ sustenta que não se trata de mera aparência de ato jurisdicional, mas de uma decisão em desconformidade com a Constituição, que pressupõe sua própria existência pois o ato reúne um mínimo de requisitos que o caracteriza como ato judicial. Acrescenta à sua tese que não é porque não existem mecanismos de controle das decisões constitucionais que ocorreria uma '*equiparação*' ao caso de ilegalidade, pois, *v.g.*, o artigo 175, n. 2 da Constituição Portuguesa estabelece a inexistência jurídica do ato que dissolve a Assembléia da República em violação aos limites descritos no n. 1 do mesmo artigo.

Ademais, assevera que os atos jurisdicionais normativos emanados de todos os tribunais são passíveis de controle pelo Tribunal Constitucional. Por fim, afirma que equiparar atos *inconstitucionais* à *ilegais* seria uma forma de desconstitucionalizar atos violadores da Constituição.

O artigo 282 da Constituição lusitana ressalva expressamente o caso julgado inconstitucional da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade em sede de controle abstrato, da norma sobre a qual se fundou o caso. Extrai-se do artigo que, de

... todos os casos julgados fundados em normas inconstitucionais ainda não declaradas como tais até hoje, a invalidade das respectivas decisões judiciais pode ser ressalvada (salvo nos casos previstos na 2ª parte do nº 3), encontrando-se tais decisões inconstitucionais, por isso mesmo, dependentes de uma condição suspensiva: a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da respectiva norma fundamentadora. [sem grifo no original]²²²

Se não fosse a regra do artigo 282, n. 3, 1. parte da Constituição Portuguesa, todo caso julgado seria destruído com a declaração de inconstitucionalidade da norma que lhe fundamenta. Assim sendo, a declaração do Tribunal Constitucional tem efeito *constitutivo* ao ressaltar os casos julgados fundados em norma ainda não declarada inconstitucional pelo controle abstrato.

²²¹ OTERO, P. Op. cit., p. 79-80.

²²² *Ib.*, p. 83.

Outrossim, a ressalva estabelecida no artigo 282 da Constituição Portuguesa representa dupla exceção pois não se submete à regra geral dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, assim como é uma exceção à natureza predominantemente *declaratória* das decisões proferidas em sede de controle abstrato.

Além disso, a reserva feita pela Constituição Portuguesa representa mais do que a mera consagração expressa “... *da tutela constitucional dos valores da segurança e certeza da ordem jurídica*”²²³. Dela decorrem as seguintes indagações: **(1)** A ressalva estaria constitucionalizando os casos julgados inconstitucionais? **(2)** Ela permite aos tribunais se furtarem do dever imposto pelo artigo 207 da Carta Constitucional, emitindo decisão baseada em norma desconforme com a Constituição?

Parecer de Miguel Galvão TELES²²⁴ assegura que a ressalva feita pela Carta não significa que um ato inconstitucional produza efeitos, mas que em realidade, a restrição procura proteger juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade da norma que funda a decisão, diferente do juízo que venha a se firmar na decisão normativa com força obrigatória geral. Assevera o autor que não se trata de reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos ao então, juízo de constitucionalidade.

Em desfavor da proposição de Galvão TELES, manifesta-se Paulo OTERO, relatando que não se pode partir da premissa de que uma decisão inconstitucional tenha sido obrigatoriamente objeto de apreciação de constitucionalidade. Sem razão tal contraponto, uma vez que em Portugal também é admitido o controle *difuso* de constitucionalidade, podendo ser proferido um juízo precedente, atividade diária praticada pelos juízes.

Paulo OTERO responde afirmativamente à primeira indagação formulada, alegando que “*Afinal, o artigo 282º, nº 3, acaba por constitucionalizar os casos julgados de decisões proferidas com base em normas que sendo inconstitucionais ainda não haviam sido declaradas como tais à data do trânsito em julgado*”²²⁵,

²²³ OTERO, P. Op. cit., p. 85.

²²⁴ TELES, M. G. Inconstitucionalidade pretérita, p. 329. In: *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, 1987 *apud* OTERO, P. *Ib.*, p. 86.

²²⁵ OTERO, P. Op. cit., p. 88.

sustentando que a Constituição acaba por convalidar ou constitucionalizar um efeito de uma norma inconstitucional.

Quanto à segunda indagação, responde que a norma em destaque não habilita os tribunais a proferirem decisões fundadas em normas conforme com a Constituição ou não, pois não se trata de “... *norma habilitadora de competência*, [mas de] *norma limitativa dos poderes de intervenção dispositiva do Tribunal Constitucional em matéria de efeitos da declaração de inconstitucional*.”²²⁶

No tocante à primeira indagação e sua respectiva resposta, concorda-se com as lições de Clèmerson M. CLÈVE e Gilmar F. MENDES, no sentido de que, segundo o primeiro jurista, “... *a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábua rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte como garantia constitucional (...)* *afigura-se evidente que a nulidade ex-tunc não afeta a norma concreta contida na sentença.*” [sem grifo no original]²²⁷

Isso porque está se tratando de duas realidades diferentes. De um lado está a norma abstrata que é declarada inconstitucional. Do outro, tem-se a sentença, que é o “*accertamento*”, a norma concreta daquela situação jurídica, cujo respeito é garantido pela coisa julgada, assim como no caso do tempo dos atos processuais que, na mudança da lei, esta é aplicada imediatamente e para o futuro, não atingindo os atos processuais já realizados.

Pode estar absolutamente incorreto o entendimento, porém parte-se da lição de Clèmerson CLÈVE²²⁸ de que “... *o efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo.*” Assim, os atos individuais praticados “... *com fundamento direta na lei reputada inconstitucional não são automaticamente desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitere-se, repousam no plano da norma e não no plano normado* (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma).”

No mesmo sentido Gilmar Ferreira MENDES, acerca da dualidade entre os planos *normativo e concreto*,

²²⁶ OTERO, P. Op. cit., p. 89.

²²⁷ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 252.

²²⁸ *Ib.*, p. 253.

Embora nosso ordenamento (...) aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato individual (Einzenlaktbene) através das chamadas fórmulas de preclusão. [sem grifos no original]²²⁹

Igualmente Jorge MIRANDA, ao comentar a ressalva prevista no artigo 282 da Constituição Portuguesa.

A garantia do caso julgado aqui não é uma garantia do caso julgado em si; é, antes, uma garantia do poder dos tribunais de apreciação da inconstitucionalidade das normas jurídicas. Salvaguardam-se as decisões dos tribunais proferidas nos casos concretos, contra qualquer forma de modificação superveniente, a título de inconstitucionalidade ... [sem grifo no original]²³⁰

Paulo OTERO²³¹ reconhece que o artigo 282, n. 3, 1. parte, foi inspirado “...em razões de certeza e segurança da ordem jurídica que fundamentam, segundo o entendimento do legislador constituinte, afastar o princípio geral da destruição retroactiva de todos os ‘efeitos’ dos actos jurisdicionais” [sem grifo no original].²³²

No tocante a decisões *interpretativas*, esclarece o autor português que estas não devem ter eficácia retroativa capaz de invalidar os casos julgados já existentes, ainda que essa retroatividade fosse apenas aplicável às decisões judiciais inconstitucionais, pois se o caso julgado foi fundado em norma conforme com a Constituição, não pode ser afastado por mera alteração do sentido interpretativo da lei que o fundamenta. Porém, lembra o autor que a própria lei pode excepcionar expressamente a destruição do caso julgado nessas hipóteses.²³³

4.2. Carlos Valder do Nascimento

Em “*Coisa julgada inconstitucional*”, o autor proclama a adequação das decisões judiciais ao princípio da constitucionalidade por meio da relativização da coisa julgada, porém não com o intuito de eliminá-la, em face de sua indiscutível relevância à estabilidade social, mas com o objetivo de aprimorá-la, reconstruindo a

²²⁹ MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. p. 258.

²³⁰ MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. t. II. p. 388.

²³¹ OTERO, P. Op. cit., p. 84.

²³² *Ib.*, p. 85.

²³³ *Ib.*, p. 142.

dogmática da *res iudicata*, de modo que se harmonize com os demais ditames constitucionais.²³⁴

Agrega aos seus argumentos a justificativa de que o poder judicial não é um poder constituinte paralelo ao poder originário, mas poder constituído como o Legislativo e o Executivo.

Argumenta o autor que, muito embora a matéria tenha sido inserida expressamente no artigo 5., inciso XXXVI da Constituição, “... *esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.*” [sem grifo no original]²³⁵

Segundo Carlos Valder, a inconstitucionalidade pode ocorrer por disposição de norma ou por ato emanado de autoridade judiciária, contrários ou infringentes às regras constitucionais em decorrência da subordinação ao *princípio da supremacia da Constituição* que é base do Estado de Direito.

Assevera ser “... *inadmissível a segurança servir de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada ...*”²³⁶, pois perecem frente aos princípios da moralidade, da justiça e da equidade que são o apanágio de uma sociedade civilizada.

Diz ainda que a segurança jurídica não é aniquilada pela pretensão de obter a nulidade de uma decisão, porquanto o ordenamento já admite uma ação para tanto, que é a ação rescisória e a revisão criminal, assim como relata que a relatividade é inerente à natureza das coisas, relegando a regra geral de que todos os atos estatais são passíveis de desconstituição.²³⁷

Explica que como o processo é ainda um modo imperfeito de realização do direito, não se poderia atribuir total imutabilidade ao seu resultado em detrimento da *justiça* e que a sentença que não entra na “*conformação de constitucionalidade*”, ou seja, não é compatível com o texto constitucional é **nula**²³⁸. Parte o autor da

²³⁴ NASCIMENTO, C. V. do. *Coisa julgada inconstitucional*. p. 2.

²³⁵ NASCIMENTO, C. V. do. Op. cit., p. 8.

²³⁶ *Ib.*, p. 11.

²³⁷ *Ib.*, p. 12-13.

²³⁸ *Ib.*, p. 14-16.

divisão feita por Paulo OTERO quanto a distinção entre inexistência de uma decisão e a decisão inconstitucional.

Carlos Valder do NASCIMENTO alega que com a medida provisória n. 2.180-35, de 2001, que inseriu parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil e deu nova redação ao §5., do artigo 884 da Consolidação das Leis Trabalhista²³⁹, “*Prevaleceu (...) a tese da nulidade da coisa julgada constituída em descompasso com a vontade constitucional, podendo ser reconhecida independente de qualquer limitação temporal ou de ordem processual. Cuida, pois, a espécie, de nulidade de pleno direito, portanto, insanável.*”²⁴⁰

Por fim, propõe a admissibilidade de uma *ação autônoma* para a impugnação contra a coisa julgada inconstitucionalidade, invocando a *querela nullitatis*²⁴¹ e diz que sua tese não pretende eliminar a coisa julgada, tampouco de enfraquecer o aspecto definitivo das decisões judiciais transitadas em julgado, buscando contribuir ao aperfeiçoamento de sua atual sistemática.²⁴²

4.3. José Augusto Delgado

As idéias do Ministro José Augusto DELGADO²⁴³ encontram-se em seu texto “*Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*”. Para ele,

*A entidade ‘coisa julgada’ é entendida como sendo a sentença que alcançou patamar de irretratabilidade em face da impossibilidade de contra ela ser intentado qualquer recurso. Em concepção objetiva, é a que firmou definitivamente o direito de um dos litigantes após ter sido apurado pelas vias do devido processo legal. A sua força deve caracterizar pressuposto de verdade, certeza e justiça, formadas ou afirmadas pelo decisor judicial, impondo estado de irrevogabilidade ou irretratabilidade para o que for assegura [sem grifos no original].*²⁴⁴

²³⁹ “CLT. Art. 884. (...) §5. Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal.”

²⁴⁰ NASCIMENTO, C. V. do. Op. cit., p. 26.

²⁴¹ Ib., p. 22.

²⁴² Ib., p. 27.

²⁴³ O mesmo artigo encontra-se publicado na Revista de Direito Tributário n. 79 e na compilação coordenada por Carlos Valder do Nascimento intitulado “*Coisa julgada inconstitucional*”. Será usada a versão do livro, porquanto a publicada no periódico encontra-se incompleta.

²⁴⁴ DELGADO, J.A. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*.

Algumas impropriedades são perpetradas pelo douto Ministro em sua definição da coisa julgada que evidenciam a ausência da análise por grande parte da doutrina, da própria *natureza jurídica* do instituto jurídico que analisam. Toma-se somente a assertiva do Ministro como exemplo do modo pelo qual diversos juristas descrevem signos sobre folhas de papel que simplesmente não correspondem ao seu significado, ou seja, sequer fazem a análise semântica daquilo sobre o que escrevem.

Após a breve observação epistemológica, retorna-se à lição do excelentíssimo Ministro. Este afirma que a força da coisa julgada deve destacar “...*pressuposto de verdade, certeza e justiça* ...”. Ocorre que estudos realizados por CARNELUTTI já na década de 30, em “*Verità, dubbio, certezza*”²⁴⁵ e CALAMANDREI²⁴⁶, assim como Sérgio Cruz ARENHART, já afastaram o devaneio de que o processo, como o procedimento que se desenvolve perante a jurisdição, não se presta à atingir a *verdade*, e que o máximo que se chega a obter é a *verossimilhança*, o que pressupõe a exclusão da *certeza*.

Com razão ARENHART ao observar que “... *a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda do juiz (...). Acreditar que o juiz possa analisar, **objetivamente**, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade.*”

Seguindo CALAMANDREI, ARENHART enfatiza que

*... aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade. (...) quando se diz que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza **subjetiva** de que tal fato ocorreu. [sem grifos no original]²⁴⁷*

²⁴⁵ CARNELUTTI, F. *Verità, dubbio, certezza*. RDPC, v. XX, 1965.

²⁴⁶ CALAMANDREI, P. *Verità e verosimiglianza nel proceso civile*. RDPC, v. X, 1955.

²⁴⁷ Compartilha-se da opinião do autor que defende o afastamento da idéia fixa de alguns doutrinadores de que se pode alcançar ‘a’ *verdade* através do processo de conhecimento. De fato, tal circunstância nunca ocorrerá, servindo apenas de argumentação retórica para “... *atarrancar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, em verdade, impossível*” ARENHART, S. C. *A verdade substancial*. p. 689.

Desta maneira, entende-se que a construção da tese do Ministro acerca da coisa julgada inconstitucional já parte de um núcleo contrário à realidade e que, por conseguinte, não tem como aflorar em superfície segura à sua utilização na prática e adoção pela lei, sucumbindo sua proposição diante do caminho inadequadamente traçado.

Segundo o ínclito Ministro José DELGADO, “*A entidade ‘coisa julgada’ é entendida como sendo a sentença que alcançou patamar de irretratabilidade ...*”²⁴⁸. Já foi exaustivamente explicado no segundo capítulo da monografia, que a coisa julgada não se confunde com a sentença, nem com um de seus efeitos.

Trata-se de ímpeto pretensioso deste estudo de se reportar à um Ministro desta maneira, mas lembre-se de que não se está desvalorizando a sabedoria no campo jurídico da ilustre autoridade, mas apontando, através de um exemplo, a impropriedade com que pode ser tratado o direito e de se difundirem teses ilógicas, emergindo inúmeras discussões fundadas sobre premissas inexatas as quais sempre acabam por se esfacelar no chão por não terem sustentação teórica suficiente, nem dignas de crédito.

Encerra-se por aqui esta discussão pois não se pretende adentrar o campo da semiótica e voar longe do tema proposto nesta monografia porém era necessário chamar a atenção daqueles que juntam argumentos empilhados sobre o insustentável e àqueles que lêem, que não passem a digerir qualquer conjunto de palavras sem antes raciocinar.

José Augusto DELGADO²⁴⁹ compartilha da opinião de DINAMARCO e de CARLOS VALDER de que o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal ao estabelecer que “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeita e a coisa julgada*”, dirige-se ao legislador infraconstitucional porque de outro maneira, a própria ação rescisória seria inconstitucional.

Para ele, “*O que a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a cada caso concreto, por sentença que já não caiba*

²⁴⁸ DELGADO, J.A. Op. cit., p. 84.

²⁴⁹ *Ib.*, p. 51.

*recurso.*²⁵⁰, relatando que a proteção constitucional é muito mais tímida do que se supõe e que é mera consequência do princípio da irretroatividade das leis.

O Ministro cita o caso das ações de paternidade, antes do uso do exame de DNA, quando não se podia comprovar o laço familiar. Questiona como se resolvera a situação em que se descobrisse posteriormente a paternidade de uma pessoa e a injustiça de tal ocorrência. Só que como se resolveria a hipótese inversa, quando o exame de DNA comprovasse a não filiação de uma pessoa que até então encontrava-se no estado de filho legítimo. Embora somente se admita a repropositura da ação investigatória de paternidade quando a primeira tenha sido improcedente, se é admitida a reforma da sentença na primeira hipótese, com base na 'ciência', por isonomia, a segunda hipótese também sofreria alteração, ainda que implicasse no abalo dos laços familiares e na convivência com outras pessoas que até então eram tidas como parentes "... *fixados pela natureza.*"²⁵¹

DELGADO lembra que "*A justiça é anterior ao Direito (...). É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico ...*"²⁵². Ocorre que "*justo*", "*dado ético*", "*justiça*", não são conceitos atemporais, tampouco independentes da espacialidade em que incidem, por isso dificilmente serviriam como base para uma teoria sistemática e racional.

4.4. Cândido R. Dinamarco

Primeiramente cumpre lembrar a admirável contribuição do Prof. DINAMARCO ao desenvolvimento e conhecimento da disciplina processual, bem como a lucidez de suas lições, clarificando que as críticas aqui delineadas têm natureza tão-somente acadêmicas pelo aprimoramento do estudo da coisa julgada.

Em "*Relativizar a coisa julgada material*", DINAMARCO²⁵³ atenta à questão da temporalidade do processo e da justiça das decisões. Diz que "... *o processo civil*

²⁵⁰ *Ib.*, p. 87.

²⁵¹ DELGADO, J.A. *Op. cit.*, p. 97.

²⁵² *Ib.*, p. 106.

²⁵³ As referências aqui apresentadas são relativas ao artigo publicado na coletânea coordenada por Carlos Valder do Nascimento e não às publicações em periódicos.

*deve ser realizado no menor tempo possível, para definir logo as relações existentes entre os litigantes e assim cumprir sua missão pacificadora”.*²⁵⁴

Para tanto, argumenta o professor que o processo também deve oferecer meios adequados para que o resultado seja conforme o direito e a justiça, devendo ser preservado o *equilíbrio* entre as duas exigências conflitantes. Agora, ao se refletir quanto a questão, vê-se que relativizar a coisa julgada, ou seja, optar pela possibilidade da reabertura eterna dos litígios não se volta a equilíbrio nenhum das exigências do processo civil. Muito pelo contrário. Na verdade, chegar a uma solução com a aparência de estabilidade e segurança é forma de verdadeira desarmonia.

Seria realmente melhor, por exemplo, trocar a angústia de cinco anos, até uma resolução definitiva proferida por um tribunal superior, pela angústia de dez, vinte, trinta anos, ou melhor, até o último dia da existência de uma pessoa em face da coisa julgada relativa?

É por isso que antes de amparar a relativização da coisa julgada, seus defensores devem se acautelar da problemática fática que poderá ser causada por seus argumentos. De modo contrário, seria como disparar um projétil contra si mesmo e acabar estropiado por um aleijamento não pretendido.

De fato, como assevera DINAMARCO, o processo não é um fim em si mesmo. Entretanto, “*A negação das expectativas e incertezas ...*”²⁵⁵ que envolvem os litigantes é um fim do processo assim como representa a faceta política-social do instituto, que não se restringe ao direito processual.

Sustenta o professor paulista que a doutrina moderna realça o predicado da “*justiça das decisões*”²⁵⁶. Entretanto, é realmente “*justa*” a decisão sem estabilidade? É justo tonar eternamente pendente os litígios? Alguma vez o perdedor acredita que a decisão lhe foi justa?

Poder-se-ia alegar que o termo “*justo*” estaria sendo usado, não como a relação de compatibilidade do conteúdo decisório com o ordenamento constitucional, mas de modo amplíssimo. Que seja usado de modo amplo, pois que tipo de justiça seria essa, realizada numa ação que soluciona um litígio de

²⁵⁴ DINAMARCO, C. R. *Relativizar a coisa julgada material*. p. 34.

²⁵⁵ *Ib.*, p. 36.

determinada maneira para, alguns anos depois, ser ela transmutada, abalando seus legítimos contraditores e terceiros.

Apregoa DINAMARCO que “... *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar e eternização de incertezas*”²⁵⁷. Por outro lado, abrir-se o caminho da ‘*incerteza*’, sob a justificativa de não ‘*eternizar injustiças*’, nem que o seja por uma só vez, pode resultar em efeito diametralmente oposto, isto é, o de *indeterminar ‘justiças*’, resultando no mesmo problema de ‘*eternizar injustiças*’.

Não se trata de mero trocadilho ou tautologia, mas de louvar a instabilidade que afasta qualquer previsibilidade que, não raro, é motivo pelo qual direitos subjetivos não são buscados perante o Judiciário, de modo que são neutralizados os discursos de acesso à justiça “*adequada*” e de “*processo civil de resultados*”, que assegure uma decisão justa pois essa decisão acaba ficando suspensa no vazio, sob a constante ameaça de ser derrubada.

DINAMARCO²⁵⁸ fundamenta sua teoria em decisão proferida pelo Ministro JOSÉ DELGADO a favor da Fazenda do Estado de São Paulo que havia sido vencida em processo de desapropriação indireta. *In casu*, foi descoberta que a área já pertencia ao Estado e fora feito pagamento em duplicidade. A ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito foi julgada procedente

Outro caso citado para fundamentar a tese do emérito professor é o do *justo valor* da indenização e a admissão de nova avaliação do imóvel para atualização do valor indenizatório porquanto se trata de mero ajuste nominal.

Esse argumento não favorece a tese da relativização da coisa julgada, pois como foi explicado no segundo capítulo deste estudo, a coisa julgada se limita à eficácia *declaratória* da sentença, ou seja, a que declarou o direito do proprietário de ser indenizado. O ‘*efeito*’ executivo da sentença, como foi visto e explicado por Barbosa MOREIRA e Ovídio B. da SILVA é cambiável no tempo pois os ‘*efeitos*’ não são perenizados pela coisa julgada.

Em razão da própria *natureza* da coisa julgada (por isso o estudo inicial dos primeiros capítulos dessa monografia) é que se admite a nova avaliação para

²⁵⁶ *Ib.*, p. 39.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Ib.*, p. 41.

atualização do cálculo do valor indenizável e não porque seria caso de aplicação do princípio do justo valor da indenização.

O direito norte-americano é trazido por DINAMARCO a fim de corroborar suas alegações. No entanto, o direito norte-americano não toma o conceito de coisa julgada como nos países da *civil law*, o que é de certa maneira compensado pela sistema da *stare decisis*. Daí a impropriedade em se transpor integralmente raciocínios firmados em bases diferentes, sendo correta a advertência de que “... devemos ter muito cuidado ao tratar daquilo que nos EUA se chama *res judicata*, evitando-se uma inútil e fácil, temerária, identificação terminológica com a coisa julgada entre nós legislada.”²⁵⁹

DINAMARCO parte à sua “*proposta de sistematização*”²⁶⁰ à relativização da coisa julgada, o que é salutar em sua tese, sendo o único jurista que atentou à temática do extremo casuísmo utilizado pelos demais defensores da tese. Partindo da prevalência do substancial sobre o processual, o professor conduz seu estudo pelo método indutivo até chegar a um ponto de equilíbrio entre a *garantia constitucional da coisa julgada* e demais valores substanciais.

Entretanto, o autor sustenta sua tese sobre *valores*, cuja natureza de conteúdo altamente versátil e rapidamente modificável não permite a construção de uma teoria *firme*, cuja base acaba restando *abalável*.

Sabe-se que é no mínimo pretensioso da parte de uma graduanda no curso de Direito projetar tais críticas frente a autoridades na disciplina processual. Mas é aí que se agrega a noção de que não importa quantos títulos estejam em anexo ao nome da autoridade, que tudo o que proferir será verdadeiro e correto. E esta é justamente uma das razões pela qual foi instituída a obrigatoriedade da monografia para a conclusão do curso. Sem mais divagações.

DINAMARCO alega que “... *sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade.*”²⁶¹

²⁵⁹ CRESCI SOBRINHO, E. *Coisa julgada*. p. 247.

²⁶⁰ DINAMARCO, C. R. *Op. cit.*, p. 54.

²⁶¹ *Ib.*, p. 61.

É muito provável que por uma leitura superficial, seu parecer aparente incontestável logicidade. Entretanto, sua assertiva é mais emblemática do que aparenta. Veja-se por partes.

Antes de chegar à sua conclusão, DINAMARCO afirma que “... a coisa julgada não é em si mesmo um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida (...) é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material.”²⁶² Para esclarecer sua assertiva, cita alguns exemplos que serão transpostos a seguir.

*Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil (...). Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne (...); ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual.*²⁶³

Por sorte que o autor sugere que se “*imagine*”, pois tais situações não sairiam do campo imaginário, sendo dada a resposta pelo próprio professor na seqüência, quando repassa o tema da *impossibilidade jurídica do pedido* como condição de ação. Estas sentenças não existiriam pois tais ações não passariam pelo juízo de admissibilidade.

O autor não delineou o que entende por “*efeitos substanciais da sentença*”. Poderia ser a *eficácia* da sentença, conforme visto no segundo capítulo deste estudo, ou melhor, a lei do caso concreto, a atividade de individualização da norma abstrata realizada pelo juiz. Qual seria o *conteúdo* da sentença para DINAMARCO e enfim, o que ele considera fazer parte deste conteúdo, somente a eficácia declaratória e nenhum de seus efeitos, ou a declaração e determinados efeitos, como a discussão travada acerca da natureza jurídica do instituto.

Na oração “*onde esses efeitos inexistam*”, se os *efeitos* da sentença são “... exteriores ao ato que os produz”²⁶⁴, como poderiam não existir se eles se produzem no plano fático?

²⁶² *Ib.*, p. 58-59.

²⁶³ *Ib.*, p. 59.

²⁶⁴ SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. v. 1. p. 488.

E mais, “... [a sentença com efeitos juridicamente impossíveis] não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade”. Deveras, os efeitos da sentença não são imunizados pela autoridade da coisa julgada como já foi explicado no capítulo dedicado a sua natureza jurídica.

DINAMARCO exemplifica sua argumentação com a sentença terminativa, “... é um belo exemplo de sentença que não obtém a autoridade da coisa julgada material porque não tem efeitos externos ...”²⁶⁵. Retornando ao capítulo da *natureza jurídica*²⁶⁶ do instituto, a sentença terminativa não transita em julgado porque não declara direito de ninguém, ou seja, não é dotada de eficácia declarativa, objeto da coisa julgada.

Daí recai o autor na defesa de *princípios* para legitimar sua tese, indicando que o princípio da moralidade e do justo valor da indenização devem prevalecer sobre a segurança jurídica no exemplo da ação anulatória promovida pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Chega-se ao mesmo problema da dificuldade de alicerçar as bases de uma teoria sobre sustentáculos frágeis como são os princípios.

4.5. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria

Os autores partem da premissa de que o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil tornou expresso “... o que vínhamos sustentando, ou seja, a coisa julgada não impede que, em embargos à execução de sentença, se argúa a inconstitucionalidade da sentença exequenda.”²⁶⁷

O que “vinha sustentando” se encontra em seu “Curso”, porém com coloração diversa, conforme dali se retira, que “O reconhecimento da nulidade da sentença inconstitucional (...) não depende de ação rescisória e pode verificar-se a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução.” [sem grifo no original]²⁶⁸

²⁶⁵ DINAMARCO, C. R. Op. cit., p. 61.

²⁶⁶ Ver supra, Capítulo II.

²⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, H.; FARIA, J. C. de *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. p. 124.

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. v. III. 33. ed. p. 263.

Perceba que o parágrafo único estabeleceu a revisão da sentença exequenda em embargos à execução. Outrora, o autor vinha sustentando que tal revisão poderia ocorrer “em qualquer processo”. Só que o citado parágrafo único se refere aos embargos à execução e não a qualquer processo.

THEODORO JÚNIOR e Juliana FARIA, assim como Cândido DINAMARCO e Carlos V. do NASCIMENTO partem do pressuposto de que a coisa julgada não é garantia constitucional.

... a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova. [sem grifos no original]²⁶⁹

O mais interessante é que até pouquíssimo tempo atrás, não era esse o entendimento de Humberto THEODORO JÚNIOR. Em seu artigo “A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional”²⁷⁰, por diversas vezes, o autor foi incisivo ao afirmar que existe um “... especial respeito que a ordem jurídica devota ao instituto da coisa julgada, que merece tutela até mesmo em nível constitucional.” [sem grifo no original]²⁷¹

O autor abonou sua tese conferindo tópico individual acerca da “Tutela constitucional da coisa julgada”, assegurando que “O ordenamento jurídico é ávido de segurança e estabilidade. (...) É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador, está elevada à condição de garantia constitucional (Constituição Federal, art. 5º., XXXVI).” [sem grifo no original]²⁷²

Até então, o autor não sustentava que o artigo 5., XXXVI da Constituição seria mera regra de direito intertemporal. No artigo citado, é clara sua opção pela *segurança jurídica*.

Entre preservar a segurança das relações jurídicas e a estabilidade das decisões judiciais, de um lado, e preservar a pureza da exegese do texto legal, de outro, opta-se pela primeira atitude, por corresponder a um princípio de

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, H.; FARIA, J. C. de. Op. cit., p. 140.

²⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, H. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*, n. 79, p. 158-171.

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, H. *A ação rescisória e o problema ...*, p. 160.

²⁷² *Ib.*, p. 163.

*maior significação e maior relevância para as metas práticas do ordenamento jurídico. [sem grifos no original]*²⁷³

Ao ressaltar o caráter restritivo da ação rescisória, diz o autor que

*Essa ação, como é óbvio, deve ser entendida e aplicada com excepcional rigor, porque se volta contra um instituto jurídico processual - a coisa julgada - que goza de explícita e enérgica tutela da própria Constituição, no âmbito dos direitos fundamentais. 'Nós devemos, e todos os juristas devem tributar o maior respeito à coisa julgada, como manifestação da vontade do Estado através da sentença do Poder Judiciário, que aplicou a lei na resolução da lide. [sem grifos no original]*²⁷⁴

É neste sentido que se volta o presente trabalho, ou seja, pela conservação da coisa julgada como *garantia constitucional*, assim como assevera José Afonso da SILVA, que não poderia ter sido colocado no rol dos direitos fundamentais do artigo 5., por alguma imprecisão do legislador, mas porque este realmente quis atribuir maior relevância ao instituto.

Na mesma linha de Paulo OTERO, os juristas apontam o *princípio da constitucionalidade* como guia para todos os atos do Poder Público, não se restringindo aos Poderes Legislativo e ao Executivo, assim como afastam a falsa impressão de que só seria possível o controle da constitucionalidade enquanto não operada a coisa julgada.²⁷⁵

Para eles, a imutabilidade de uma decisão não impede o ataque autônomo de sua inconstitucionalidade, não podendo ser a coisa julgada ficar acima da Constituição, além do que, assim como a lei não é imune ao controle, independentemente de quanto tempo esteja em vigor, não haveria motivo para se proteger a coisa julgada.

O último argumento não procede, pois os autores colocam em um mesmo plano institutos diversos, isto é, a *lei*, genérica e abstrata, deve ser controlada a qualquer tempo. Diferente caso ocorre com a coisa julgada que, como é por vezes denominada, a "*lei do caso concreto*", incidindo sobre uma determinada situação.

Correta é a argumentação dos autores de que, em caso de inconstitucionalidade, ocorreria a *nulidade* da sentença, e não sua inexistência, o

²⁷³ *Ib.*, p. 165.

²⁷⁴ Para o autor, "... prevalece para o ordenamento jurídico o princípio da coisa julgada, como regra indispensável à segurança jurídica, sobre o princípio da legalidade.". THEODORO JÚNIOR, H. *Ib.*, p. 165 e 167.

²⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, H.; FARIA, J. C. de. *A coisa julgada inconstitucional ...*, p. 132-133.

que implica na necessidade de pronunciamento judicial para declará-la como tal, enquanto o caso de inexistência não requer a intervenção do Judiciário por nem existir, conforme Teresa WAMBIER, “*Todo o problema da inexistência do ato gira em torno da vida do ato, sendo pois, rigorosamente, anterior ao problema da validade.*”²⁷⁶

De fato, consoante Humberto THEODORO JUNIOR e Juliana FARIA, no sistema das invalidades do direito processual, o que surge contrário à lei é *inválido*, o que leva aos casos de nulidade ou anulabilidade e não à *inexistência*. Se a sentença contém todos os requisitos materiais de *existência*, obviamente não seria caso de inexistência, mas de nulidade.

Comparando a possibilidade de impugnação da sentença ilegal pela ação rescisória prevista no artigo 485 do Código de Processo Civil e seu prazo de dois anos, entendem os autores que tal prazo não se aplica à coisa julgada inconstitucional porquanto estar-se-ia equiparando a *inconstitucionalidade* à *ilegalidade*. Assim sendo, alegam que o prazo seria o mesmo do regime de controle dos *atos legislativos*, ou seja, não há prazo.

Observação pertinente dos autores é a de que no caso de não aplicação de uma norma constitucional a pretexto de sua inconstitucionalidade, muito embora não ocorra violação direta à Constituição como no caso que aplica lei inconstitucional, seria caso de “***inconstitucionalidade reflexa***” e que, como não foi consolidada tal idéia na jurisprudência do Supremo, essa situação se submete ao regime comum da *ação rescisória* por ofensa à lei ordinária, prevista no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil.

Por fim, concluem os autores que no caso da nulidade *ipso iure* da sentença revestida pela autoridade da coisa julgada, cabe a ***querela nullitatis*** que não está sujeita a nenhum prazo preclusivo.

²⁷⁶ WAMBIER, T. A. A. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 163

V - NÃO RELATIVIZAR A COISA JULGADA

Uma seção do primeiro capítulo deste estudo se dedicou ao estudo do histórico da coisa julgada não somente com o intuito embromo, mas porquanto serve de fundamento capaz de afastar o estremecimento da doutrina que pugna pela relativização da coisa julgada.

A positivação de direitos, bem como a montagem de corpos de texto denominados de “*Constituição*” remonta a um passado muito próximo se comparado com as bases do instituto da *res iudicata* que vêm da percepção dos romanos da sua imprescindibilidade para a manutenção da vida em sociedade.

Pontes de MIRANDA critica LIEBMAN, quando este relata que a eficácia da coisa julgada material deriva do direito constitucional. A crítica remonta ao estudo histórico do instituto, pois “... *no direito constitucional, dita regra é recentíssima, contrariando a suposição de Liebman (...). O caráter constitucional é novíssimo, enquanto a res iudicata é milenar.*”²⁷⁷

Ainda que, **hoje**, a eficácia da coisa julgada derive de lei, tal resultado foi consequência da incorporação do instituto pelo direito positivo e não o inverso. Merece transcrição o juízo crítico de Pontes de MIRANDA à concepção de LIEBMAN.

Tem-se pretendido (e.g., Enrico Tullio Liebman, Eficácia e Autoridade da Sentença, 51) que a eficácia da coisa julgada material derive do direito constitucional, onde se proíbe a lei que se estenda ao passado, apagando o princípio Ne bis in idem, ou regendo, de novo, os mesmos fatos que foram apreciados pelo juiz na sentença trãnsita em julgado. Tal opinião é anacrônica e ilógica. Despreza toda a história da coisa julgada material e supõe que a regra de direito constitucional sempre existiu. Essa regra jurídica é recentíssima. Foi, a princípio, regra de direito intertemporal somente público (não constitucional) e muito mais tarde se fez direito constitucional. Com esse novíssimo caráter, ou sem ele, apareceu quando de milênios datava o conceito de res iudicata. Ilógica é a suposição, pois que a eficácia da sentença depende do direito processual, e o conceito de coisa julgada formal e material que aparece, ou pode aparecer nas Constituições, foi tomado ao direito processual. Apenas se lhe dá seguridade ou garantia constitucional, mediante a constitucionalização da regra de direito intertemporal.
[sem grifos no original]²⁷⁸

²⁷⁷ CENEVIVA, W. *Limites subjetivos da coisa julgada*. p. 71.

²⁷⁸ MIRANDA, P. de. *Tratado das ações*. t. 2. p. 84.

Ademais, o legislador não poderia imaginar regra alguma que pudesse relativizá-la, pois importaria não só na desestabilidade da ordem jurídica, mas do próprio Estado, que está perpetuamente ligada à ela. Uma vez abalada a estabilidade e imutabilidade das decisões, tal tremor atingirá na mesma proporção todo o ordenamento e, conseqüentemente, a própria estrutura estatal.

Preciso é o raciocínio de ARENHART e MARINONI, os quais afirmam que

*Uma vez julgado o caso, obviamente, restará declarada a disciplina que o direito abstrato confere àquela situação específica. Por isso, prestada a tutela jurisdicional completa, haverá ela de ser imutável. Assim, a imutabilidade, característica essencial da coisa julgada material, (...) nada mais é do que um reflexo natural do sistema jurídico positivo adotado por nossa ordem jurídica [sem grifos no original].*²⁷⁹

Relativizar a coisa julgada é **retirar** da própria essência do instituto o que lhe caracteriza, ou seja, é simplesmente desnaturá-lo, é transformar em coisa diversa através de argumentação puramente retórica, deixando de corresponder ao seu próprio 'ser'.

Cumprido verificar argumentos trazidos por outros autores, cujos trabalhos não se estenderam acerca do tema, mas trouxeram pontos interessantes em sua defesa ou não. Comunga-se da opinião exarada por Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria NERY, de que os exemplos trazidos pelos defensores da relativização da coisa julgada são casos excepcionais que não justificam a quebra de uma regra constitucional que garante a estabilidade do estado democrático de direito que é a essência da república. Os autores partem de uma visão ligada à ciência política e do fim da coisa julgada como elemento de existência da democracia e não como mera figura do direito processual. Consideram que "*Na verdade, pretende-se **desconsiderar** a coisa julgada como se ela não tivesse existido, utilizando-se do eufemismo 'relativização'.*"²⁸⁰

De fato, como foi anteriormente mencionado, não se trata de questão nova, mas de resgate de antigas teses, pois o sistema jurídico convive com a sentença injusta e com aquela proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei. Além disso, advertem os autores ao risco político mais grave de se instalar a

²⁷⁹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Manual do processo de conhecimento*. p. 610.

²⁸⁰ NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 790.

insegurança como a regra do que a existência de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto.

Vão mais longe ao afirmarem que “Desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direito, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.” [sem grifo no original]²⁸¹

Asseveram que a segurança jurídica, princípio do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do estado democrático de direito e que, sem democracia, o processo não tem como proteger e efetivar os direitos humanos e fundamentais.

A opção política pela segurança jurídica das relações sociais reflete um estado democrático. Sustentam os comentadores do CPC que se poderia ter optado pela sentença justa em detrimento da segurança, como fez o *Reich* alemão, que ensinou ao povo germânico que “*A má utilização do instituto pode servir de instrumento e totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do estado democrático de direito.*”²⁸²

Sérgio Gilberto PORTO lembra que a segurança jurídica é constitucionalmente reconhecida, advinda de opção política pois a sentença é ato de legítimo de império, que afirma a soberania do Estado. Afirma o autor que essa nova ‘onda’ de relativização utiliza “... *vias heterodoxas e, por vezes, não muito esclarecidas (...) a partir de algumas situações de inconformidade vivenciadas pela realidade forense.*”²⁸³

Com razão Sérgio PORTO ao afirmar que se apela a argumentos axiológicos, com base em situações excepcionais e de extrema injustiça concreta, pondo em conflito

... o choque de opções representado de um lado pela justiça concreta e de outro pela segurança jurídica decorrente de lei, ainda que à custa de uma eventual e aparente injustiça individual. O outro lado da moeda, contudo, destaca que a ausência de segurança jurídica representa uma extraordinária e indiscutível injustiça social!!! [sem grifo no original].²⁸⁴

²⁸¹ *ib.*, p. 791.

²⁸² *ib.*, p. 792.

²⁸³ PORTO, S. G. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. p. 26.

²⁸⁴ *ib.*, p. 27.

Citando Araken de ASSIS, Sérgio PORTO lembra que se aceita a tese da relativização, nada impedirá a atuação do vencido, que sempre afrontará o resultado de qualquer processo e que para tanto, basta invocar “... *hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição.*” Além disso, multiplicar-se-ão o número de processos e se verificará que esse intento revisionista dificilmente fará as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponem às desvantagens da insegurança geral.²⁸⁵

Sérgio PORTO assevera que a decisão transitada em julgado, para ser revista, deve primeiro ser desconstituída, seja através da ação rescisória ou de anulatória, pois o sentido negativo do instituto não permite que seja desconsiderada a primeira decisão. Assim, diz o autor que é indispensável a prévia invalidação da sentença precedente para daí ocorrer o “*rejulgamento*” da relação jurídica anteriormente normada.

Encerra seu artigo dizendo que seria oportuna a revisão das hipóteses de cabimento da ação rescisória, bem como do prazo para o seu cabimento. Embora inicie seu estudo criticando as teorias para a relativização, acaba voltando ao mesmo lugar comum dos seus defensores ao estatuir que “... *o desafio não é - simplesmente - relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, (...) mas sim prestigiá-la, com um sistema, dentro da ordem jurídica compatível com a realidade deste início de século.*”²⁸⁶

5.1. Devido processo legal

Com razão Teresa Arruda Alvim PINTO ao lembrar que adotar ou não o instituto da coisa julgada “... *é uma questão de opção que se coloca a nível político-jurídico, pré-legislativo*”²⁸⁷. Melhor é a sua conclusão de que “*A mim me parece que a figura da coisa julgada é quase que uma exigência prática imposta pela própria razão de ser do próprio direito, que é a de criar a paz social.*” [sem grifo no original]²⁸⁸

²⁸⁵ *Ib.*, p. 29.

²⁸⁶ *Ib.*, p. 31.

²⁸⁷ PINTO, T. C. de A. A. *A sentença e a coisa julgada*. p. 183.

²⁸⁸ *Id.*

A autora lembra da objeção de que se estaria privilegiando o valor da *segurança* em detrimento ao valor da *justiça*, que é um dos argumentos pela relativização da coisa julgada. Teresa Arruda Alvim PINTO dá resposta convincente, estatuidando que “*Entretanto, o sistema cria meios de se chegar, à justiça, através de um equilíbrio entre este ‘ponto final’ que é a coisa julgada, os sistemas recursais e a ação rescisória.* [sem grifos no original]”

Reside na assertiva da autora importante argumento que não é sequer considerado por nenhum dos autores que defendem a relativização da coisa julgada o fato de que é legalmente instituído um extenso processo de conhecimento, discutem-se procedimentos, sua ordinariedade ou sumarização, assim como debatem-se por horas proposições legislativas para ‘agilizar’ o processo em busca do acesso à justiça “*efetiva*” e “*adequada*”. E qual seria o objetivo de tudo isso. Para que se alcance uma resolução instável que posteriormente deva ser alterada pela mudança de orientação da significação de um princípio, o que é altamente provável diante das mudanças constantes dos entendimentos jurisprudenciais e de interesses pontuais do Executivo.

No mesmo sentido, Vicente GRECO FILHO assevera que, “*Para atender à finalidade da justiça, existe, no processo, o sistema de recursos (...). Para atender à necessidade de segurança e estabilidade, existe o fenômeno da coisa julgada.*” [sem grifos no original]²⁸⁹

Com razão DINAMARCO, quanto à instrumentalidade do processo ao afirmar que “*É comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto adequado e seguro;*” [sem grifos no original]²⁹⁰.

Em bom rigor, sustenta TALAMINI que, “*... a coisa julgada não é um valor absoluto, não é algo intrínseco ao processo nem à jurisdição, que não poderia jamais ser afastado sem comprometer a essência e a funcionalidade desses institutos.*”²⁹¹

²⁸⁹ GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. p. 53.

²⁹⁰ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. p. 268.

²⁹¹ TALAMINI, E. *Eficácia e autoridade da sentença canônica*. p. 61.

Em decorrência disso, o direito admite a ação rescisória, bem como a *ação anulatória*, prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil. Tratam-se de dois institutos que servem à correção de deslizes judiciais que, ao mesmo tempo que abrem a possibilidade de se atacar a coisa julgada, impõem a observância de requisitos que devem ser rigorosamente preenchidos, bem como prazos para sua interposição, equilibrando-se assim, a segurança jurídica e a justiça das decisões.

Outrossim, tornaria no mínimo imprestável o robusto discurso sobre a necessidade do contraditório e do devido processo legal que, embora correto, uma vez exercidos todos os poderes e deveres das partes para que se atinja a tão almejada decisão “*justa*”, tudo seria facilmente fraturado após intermináveis anos de discussão de uma controvérsia *sub iudice*, acrescidos dos dois anos sob os quais a decisão judicial ainda correria o risco de ser rescindida e após, quando se acredita chegar no suspiro final do angustiante litígio, sua resolução é pulverizada sob o fundamento de que fere algum princípio constitucional.

De acordo com Rafael Munhoz de MELLO que

*O devido processo legal, desde sua origem, representa um óbice ao exercício arbitrário do poder estatal. Seu objetivo é impedir a arbitrariedade estatal, missão que, do ponto de vista formal, é exercida através da concessão de certas garantias processuais aos particulares, que assegurem a apreciação legal, justa e razoável da questão em discussão o processo. [sem grifo no original]*²⁹²

Assim, está se deslocando o ponto da “justiça da decisão” de momento anterior à formação da coisa julgada, que consiste na fase probatória. Resguardar a relativização da coisa julgada é maneira de se encobrir o resultado “*injusto*” pela não observância de outros princípios, como o do amplo contraditório.

Teresa WAMBIER e José MEDINA aduzem que , “*A segurança pela qual optamos, (...) não é a segurança por si mesma, mas a segurança de se ter **conseguido o melhor**, portanto segurança com conteúdo.* [sem destaque no original]”²⁹³

Hodiernamente, o que ocorre com a doutrina e com alguns julgados, é que o problema que efetivamente transparece das decisões judiciais está sendo deslocado a um momento *posterior*, após o trânsito em julgado da mesma. Não se

²⁹² MELLO, R. M. de. *Processo administrativo, devido processo legal e a Lei n. 9.784/99*. p. 92.

²⁹³ WAMBIER, T. A. A; MEDINA, J. M. G. *O dogma da coisa julgada*. p. 71.

soluciona uma infecção apenas fazendo a assepsia da ferida na superfície da pele, mas atingindo o pérfido germe que se reproduz sob ela.

É o que observa João MONTEIRO na seguinte passagem:

*Na persistência do direito contra quaisquer obstinações externas está precisamente a essência da sua impavidez e majestade. Mas que se faça agora completa abstração da autoridade das decisões judiciais em sua definitiva e generalizada extensibilidade, e fatalmente se irá ter à desorganização da sociedade jurídica. (...) À suspeita de cada erro [sic] novo, novo esforço [sic] para a produção do consêrto impôsto [sic]: cada nova argüição do processo ou desacêrto [sic] do julgador, novo processo e nova sentença; e **como o erro e a injustiça são imortais, perpétuamente [sic] sôbre a mesma relação de direito haveria litígio. Os vencidos nunca são convencidos**. Mas vem a lei, e pondo na balança, de um lado o supremo ideal da justiça em sua insubmersibilidade teórica, e do outro o interêsse [sic] prático da estabilidade econômica das relações de direito concretizadas, viu que êsse mais ponderava. Então criou a coisa julgada. Por ela tornou impossível que se perpetue a instabilidade das relações de direito e, portanto, firmou por ela a paz jurídica, tal como fizera com a prescrição.*²⁹⁴

5.2. Reformas legislativas

Afora tais argumentos, assegura-se na doutrina a forte tendência legislativa à súmula vinculante e à vinculação das decisões dos tribunais superiores, o que denota preocupação do legislador com a segurança e a previsibilidade, especialmente percebidas no artigo 557 do Código de Processo Civil que permite ao relator “... *negar seguimento a recurso (...) em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.*”

Admitir a quebra da força da autoridade da coisa julgada é marchar contra toda a tendência legislativa de se confiar maior agilidade e previsibilidade nas decisões, especialmente dos tribunais superiores. É andar na contra marcha de toda a movimentação visando a estabilidade das relações jurídicas.

Esquecem os defensores da relativização que *justiça* também requer *segurança*, caso contrário, profere-se uma sentença justa e, com base no discurso

²⁹⁴ MONTEIRO, J. *Teoria do Processo Civil*. tomo II. p. 746-747.

da relativização, inverte-se o quadro, especialmente nos casos em que uma parte conta com assistência jurídica mais capacitada que a outra.

Segundo LIEBMAN, impõem-se os limites objetivos da coisa julgada, os quais abrangem somente as questões que constituem o objeto do processo pois o instituto deve assegurar o “... resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso;”²⁹⁵. Em se relativizando a coisa julgada, não se assegurará nenhum resultado prático tampouco concreto.

5.3. Certeza, estabilidade, verdade, justiça

Como a sentença é produto de seres humanos, com razão ARENHART e MARINONI, partindo da inevitável falibilidade humana, apontada igualmente por Egas M. de ARAGÃO, de que é “... impossível dizer que todas as sentenças estejam sempre certas, sejam verdadeiramente justas.”²⁹⁶. Compreendem os autores que a coisa julgada não se liga à noção de *verdade*, tratando-se de opção do legislador o qual pode privilegiar a *certeza*, autorizando a revisão das decisões a qualquer tempo ou a *estabilidade*, determinando um fim na prestação jurisdicional.

Bem observado por TALAMINI a inevitável “... falibilidade humana na busca da verdade ...”²⁹⁷ uma vez que a busca da verdade absoluta é humanamente impossível e, sendo o processo conduzido pelos homens, tenta-se alcançar a verossimilhança.

Ainda ARENHART e MARINONI,

*... o instituto da coisa julgada representa **critério de justiça para o processo civil**. Eternizar-se a solução do conflito, na busca de uma verdade que, em sua essência, jamais será possível dizer estar atingida, constitui certamente algo inaceitável (...). É, por isso, realmente indispensável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada. [sem grifos no original]²⁹⁸*

²⁹⁵ LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença*. p. 53.

²⁹⁶ ARAGÃO, E. M. de. *Sentença e coisa julgada*. p. 209.

²⁹⁷ TALAMINI, E. *Eficácia e autoridade ...*, p. 45.

²⁹⁸ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Op. cit.*, p. 613.

5.4. Direito Canônico

Eduardo TALAMINI²⁹⁹ observa que o princípio da “*não-passagem em julgado*” do direito canônico tem sido usado como fundamento pelos defensores da relativização da coisa julgada. No entanto, como o autor observa, o fundamento da isenção da coisa julgada nas causas espirituais está assim diretamente vinculado ao próprio fim do direito canônico, a *salus animarum* (salvação das almas)”, de modo que não se poderia cogitar em utilizar o *salus animarum* que é objetivo eminentemente do direito canônico, para justificar instituto do direito laico.

De fato, seria no mínimo capcioso utilizar tal fundamento do direito canônico uma vez que aquele direito parte de base principiológica completamente diversa do direito laico, assim como são voltados a objetivos diversos.

Os sustentáculos do direito canônico partem de uma raiz transcendental, especialmente nas causas espirituais como as que envolvem os sacramentos. Aduz TALAMINI que nestes casos, “... *ganha relevo a dimensão divina. O mecanismo pragmático de satisfação com a ‘verdade’ a que se foi possível chegar dentro do processo, legítimo em outras hipóteses [litígios que não envolvem causas espirituais], não tem valor nesse caso. Perante a ordem divina, a verdade é única.*”³⁰⁰

Explica-se melhor. A racionalidade do direito canônico percorre território absolutamente incompatível com o direito processual ‘laico’ pois seu objetivo é o da salvação das almas - *salus animarum*, afastando-se o “*perigo do pecado*” - *periculum peccati*. Assim, não há como estruturar uma tese [a relativização da coisa julgada] sobre pedestal tão frágil, porquanto advindo de outra matriz epistemológica.

5.5. Aspectos sociológico e político

A doutrina deposita a necessidade do instituto para a estabilidade e a convivência dos homens em sociedade, de modo que “... *não possam ser indefinidamente renovadas as questões e demandas já uma vez decididas de modo definitivo*”³⁰¹.

²⁹⁹ TALAMINI, E. *Eficácia e autoridade ...*, p. 60.

³⁰⁰ *Ib.*, p. 47.

³⁰¹ GUSMÃO, M. A. de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. p.8.

De fato, consoante lição de LAURENT, a coisa julgada retrata mais que um simples interesse, pois sem ela não haveria sociedade possível e complementa o autor que, “*ora, a conservação da sociedade é a base dos direitos que pertencem aos indivíduos [sic]; o direito de todos deve prevalecer sobre o direito, ou melhor, sobre as pretensões de alguns.*”³⁰²

INVREA já defendia que “... *lo istituto della cosa giudicata è di così evidente necessità soiale, che esso è accolto nel diritto di ogni Stato civile, quale elemento essenziale del concetto di giurisdizione (propriamente detta).*”³⁰³

Com razão LAURENT, pois a definitividade de uma relação jurídica estabelecida pela coisa julgada não concerne tão somente as partes envolvidas em um processo especificamente. Indiretamente, visam a assegurar a própria sobrevivência da sociedade, isto é, a possibilidade de convivência entre pessoas que precisam se sentir seguras em suas relações com outras pessoas.

Converge-se com a lição de Teresa WAMBIER de que “A regularidade objetiva e a racionalidade formal são idéias fundamentais para o direito. São condições para que, socialmente, haja segurança e previsibilidade. Tais são os efeitos sociais que fazem com que se deva valorizar positivamente esta regularidade.” [sem grifo no original]³⁰⁴

Com razão, afirma Mara GAZZI que a segurança reflete “... necessidade imanente do ser humano de adquirir segurança como conditio sine qua non para a aquisição, outrossim, da paz, interior e social!” [sem grifo no original]³⁰⁵

³⁰² LAURENT, K. Droit Civil, tomo 20, p.8 apud GUSMÃO, M. A. de. Ib., p.11.

³⁰³ INVREA, F. *La servitù del giudicato*. p. 244. TALAMINI entende que “... a coisa julgada não é algo intrínseco ao processo nem à jurisdição ...”. *Eficácia e autoridade ...*, p. 61.

³⁰⁴ WAMBIER, T. A. A. *Controle das decisões judiciais ...*, p. 45.

³⁰⁵ GAZZI, M. *Os limites subjetivos da coisa julgada*. p. 89.

CONCLUSÃO

Para a análise da “*coisa julgada inconstitucional*” é imprescindível a passagem pela natureza jurídica da coisa julgada que explica porque não significa sua infringência, por exemplo, a admissibilidade de nova avaliação de imóvel desapropriado para a atualização do valor da indenização consoante explicação exposta na subseção 4.4 deste estudo, não se tratando de aplicação decorrente somente do princípio do justo valor da indenização.

A relativização da coisa julgada não é bem vinda nos casos de sentenças injustas ou ilegais que agridam o ordenamento *infraconstitucional* pois para tanto, deve ser utilizado o amplo sistema recursal delineado pela lei. Além disso, não é conveniente relativizar a coisa julgada como remédio *a posteriori*, se antes não forem observados devidamente o contraditório e o devido processo legal, os quais são assiduamente defendidos por compreenderem meios para a cognição exauriente do juiz, de modo que possa proferir decisão de acordo com a ordem jurídica.

O parágrafo único acrescentado ao artigo 741 do Código de Processo Civil não descerrou por total a admissibilidade da revisão de sentenças transitadas em julgado fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional, como foi visto na sub-seção 3.4, cuja conclusão teve por bem delimitar a aplicação do novo parágrafo às hipóteses ali arroladas.

O rol considerável de motivos expostos no capítulo V do trabalho solidifica a defesa pela manutenção da estabilidade e imutabilidade da coisa julgada.

Embora não prevista expressamente em lei, pelos motivos expostos no ponto 3.5, sobrevive a *querela nullitatis*, de modo que se pode ingressar com ação declaratória ordinária no caso de sentença inexistente, ou nula, como prefere parte da doutrina.

As teses até agora construídas em defesa da relativização da coisa julgada ainda carecem de fundamentos sólidos para sua aceitação e para sua

aplicação pelos tribunais. A maioria deles se baseia em princípios arrolados na Constituição, sendo extremamente oportuna a observação de CANOTILHO de que

O sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do « possível » fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. [sem grifo no original]³⁰⁶

Hugo de Brito MACHADO³⁰⁷ questiona, acertadamente, que não há como partir do princípio de que o julgado proferido em reexame seria mais justo que o anterior. Em face disso, não lhe parece que se opte pela segurança jurídica em detrimento da justiça. Além disso, lembra o autor que a segurança e a justiça são valores que se completam para a possibilitar a convivência e **não há justiça sem segurança**.

Seguem-se os passos de Adroaldo F. FABRÍCIO ao asseverar que “... *não cabe sequer falar-se da possível existência das sentenças ‘injustas’, pois o único órgão ou instituição capacitado a dizer da justiça ou injustiça das soluções cogitáveis já foi chamado a falar e já pronunciou, ex hypothesi, sua última palavra.*”³⁰⁸

Resta dizer que no sistema jurídico brasileiro, prevalece e deve prevalecer **a proteção da coisa julgada**. Com a implantação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil passou a ser admitido pela legislação o questionamento da constitucionalidade de uma decisão judicial, mas não de qualquer decisão, e sim, daquelas arroladas no fechamento da sub-seção 3.4.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. p. 175.

³⁰⁷ MACHADO, H. de B. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. p.12 e 19.

³⁰⁸ FRABÍCIO, A. F. *Embargos à execução*. p. 142.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XII, p. 215-252.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 1, p. 685-695, jan./abr. 1996.

_____; MARINONI, L. G. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 301, p. 7, [200-].

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRONDEL, Séverine; FOULQUIER, Norbert; HEUSCHLING, Luc. D'un non-sujet vers un concept scientifique? In: _____. *Gouvernement des juges et démocratie*. Paris: Publications de la Sorbonne, 2001. p. 11-18.

CALAMANDREI, Piero. Sobrevivência da querela de nulidade no processo civil vigente. In: _____. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 257-274.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. X, p. 164-192, 1955.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Trad.: Carlos A. A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, F. Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XII, p. 205-214, 1935.

_____. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián S. Batista. Campinas: Servanda, 1999.

_____. *Instituciones del nuevo Proceso Civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: BOSCH, 1942.

- _____. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v.XX, p. 4-9, 1965.
- CENEVIVA, Walter. Limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, p. 49-78, [198-].
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Traducción de E. Gómez Orbaneja. v. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio. Coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 235-252, jan./mar. 1992.
- CUCHE, Paul. *Précis de Procédure Civile et Commerciale*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1946.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, C. V. do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2002.
- DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Fundamentos do novo Processo Civil*. 5. ed. t. 1. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, C. V. do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 33-76.
- FABRÍCIO, Adroaldo F. Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 360, p. 133-149, [19—].
- FRAGA, Affonso. *Instituições do Processo Civil do Brasil*. t. II. São Paulo: Saraiva, 1940.
- GAZZI, Mara. Os limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 36, p. 79-113, out./dez. 1984.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ação declaratória de inexistência de “sentença” baseada em “lei” posteriormente declarada inconstitucional. In: NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 533-569.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada P. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, [S.l.], n. 162, p. 5-21, abr. 1991.

GUERRA FILHO, Willis S. Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, p. 244-249.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922.

INVREA, Francesco. La servitù del giudicato. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. VII, p. 223-244, 1930.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIEBMAN, E. T. Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XIII, p. 237-259, 1936.

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

_____. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1980.

LIMA NETO, Alexandre Costa. Coisa julgada. Mitigação do dogma da intangibilidade. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 7, p. 11-22, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais. *RTJE*, [S.l.], n. 130, p. 9-23, nov. 1994.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei n. 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 83-104, jan./mar. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Pontes de . *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. t. V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Tratado das ações*. t. 2. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6. ed. Tomo II. Atualizado por J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MOREIRA, J. C. Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa Julgada Inconstitucional. In: _____ (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2002.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

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

PINTO, Teresa Celina de A. A. A sentença e a coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 41, p. 177-184, jan./mar. 1986.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

_____. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 304, p. 23-31, fev. 2003.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Angela Romera Vera. Tomo II. Buenos Aires: EJE, [19—].

SANTOS, Moacyr A. Comentários ao Código de Processo Civil. v. IV. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, [198-].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, p. 52-69.

_____. *Curso de processo civil*. 5. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Curso de processo civil*. 3. ed. v. 3. São Paulo: RT, 2000.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14/15, p. 45-71, abr./set. 1979.

_____. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1979.

_____. Sobrevivência da *querela nullitatis*. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81-92.

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 24-63, jul./set. 2002.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. v. III. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 158-171, jul./set. 1995.

_____.; FARIA, Juliana Cordeiro de A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, C. V. do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 123-170.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa A. A. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____.; MEDINA, José M. G.. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.