

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

WALTER DE AGRA JÚNIOR

**FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL**

**RECIFE
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

WALTER DE AGRA JÚNIOR

**FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL**

Dissertação para conclusão de Mestrado
em Direito Processual Civil da
Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Alexandre Pimentel

**RECIFE
2007**

A277f

Agra Júnior, Walter de

Flexibilização da coisa julgada inconstitucional /
Walter de Agra Júnior ; orientador Alexandre Pimentel,
2007.

91 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Curso de Mestrado em Direito, 2007.

1. Processo civil. 2. Coisa julgada. I . Título.

CDU 347.9

WALTER DE AGRA JÚNIOR

**FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL**

BANCA EXAMINADORA

Alexandre Pimentel

Lúcio Grassi

Luiz Guilherme Marinone

**RECIFE
2007**

*“Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que branco é branco, e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.” (Min. José Delgado **in** Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais)*

RESUMO

Por intermédio desse trabalho buscou-se estabelecer diretrizes, utilizando-se da jurisdição constitucional para estabelecer parâmetros para mitigação do princípio da segurança jurídica como forma de flexibilizar a coisa julgada. A metodologia utilizada foi pautada no balizamento dos regramentos legais referentes a segurança jurídica em confronto com as normas constitucionais e infraconstitucionais em referência a coisa julgada. Restou constatado que, em certos casos, a legislação pátria infra-constitucional já permite e flexibiliza a coisa julgada, por ser a mesma regrada quase que exclusivamente por normas infraconstitucionais, haja vista que a Constituição Federal resguardou apenas os casos em que uma nova norma não venha a violar situações protegidas pela coisa julgada. Para estabelecer parâmetros para a flexibilização foi feita uma diferenciação entre a coisa julgada legal e a coisa julgada inconstitucional e constatado que, no último caso, se a coisa julgada sobrepujar a Carta Magna teremos a sentença judicial como um instituto mais elevado que a própria Constituição, não sendo, por tal razão, imprescindível previsão infra-constitucional para se evitar a permanência de um ato lesivo a Carta Magna. Estas medidas e parâmetros ensejaram, por uma questão de hierarquia legal e por força da jurisdição constitucional que a coisa julgada deve guardar estreita observância aos ditames constitucionais, devendo ser observado o princípio da proporcionalidade quando da mitigação ou flexibilização do princípio da segurança jurídica podendo, para tanto, os jurisdicionados se valerem de diversos meios jurídicos, inclusive dotados de medidas de urgência, para extirpar do mundo jurídico a coisa julgada inconstitucional.

Palavras-Chave: Jurisdição constitucional. Coisa Julgada. Flexibilização.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 10 |
| 1.1 Evolução do conceito de jurisdição | 10 |
| 1.2 Diferenciação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional | 11 |
| 2 A COISA JULGADA..... | 15 |
| 2.1 Origem do instituto. Surgimento e necessidade..... | 15 |
| 2.2 Coisa julgada. Agasalho constitucional? | 18 |
| 3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO . | 20 |
| 3.1 Relativização no Direito Canônico | 20 |
| 3.2 Relativização da coisa julgada no Direito Alemão | 28 |
| 3.3 Relativização da coisa julgada no Direito Português | 29 |
| 3.4 Relativização da coisa julgada no Direito Norte Americano | 31 |
| 4 A COISA JULGADA ILEGAL E A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL | 33 |
| 4.1 Diferenciação | 33 |
| 5 O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. | 36 |
| 5.1 Definição do Princípio da Constitucionalidade..... | 36 |
| 5.2 Adequação dos atos judiciais aos comandos constitucionais | 37 |
| 5.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade..... | 43 |
| 6 DA NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA PARA A RELATIVIZAÇÃO. | 45 |
| 6.1 Origem brasileira da positivação para relativização da coisa julgada..... | 45 |
| 6.2 Criação de outros instrumentos para relativização da coisa julgada | 47 |
| 6.3 Relativização com base em decisão do Supremo Tribunal Federal | 48 |
| 6.4 Da desnecessidade de previsão infraconstitucional para limitação dos efeitos da coisa julgada | 50 |
| 7 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE..... | 59 |
| 7.1 Importância dos efeitos | 59 |
| 7.2 Efeitos no direito comparado | 59 |
| 7.3 Efeitos. Sentença inexistente. Irretroatividade absoluta..... | 60 |
| 7.4 Os efeitos da declaração e o art. 27 da Lei 9.868/99..... | 62 |
| 8 INSTRUMENTOS PARA DESFAZIMENTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL | 65 |

| | |
|---|--------------------------------------|
| 8.1 Aspectos gerais | 65 |
| 8.2 Da Ação Rescisória como instrumento de relativização | 65 |
| 8.3 Os Embargos à Execução como fonte de rescisão | 69 |
| 8.4 A <i>querela nullitatis</i> como instrumento hábil | 74 |
| 8.5 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como meio de controle..... | 76 |
| 9 TUTELAS DE EMERGÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA..... | 79 |
| CONCLUSÃO..... | 85 |
| BIBLIOGRAFIA | 89 |
| ANEXOS..... | ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO. |

INTRODUÇÃO

O trabalho vertente tem como escopo primordial enfrentar a possibilidade de flexibilização do princípio da segurança jurídica diante da jurisdição constitucional, apontando contribuições doutrinárias, práticas e jurisprudenciais para o enfrentamento da questão.

A justificativa que norteia este trabalho é a necessidade de se estabelecer parâmetros para excluir, de dentro do ordenamento jurídico, as decisões inconstitucionais, embora protegidas pelo manto da *res judicata*.

Constitui dogma jurídico e vértebra da coluna cervical do direito o instituto da coisa julgada, como forma de propiciar segurança jurídica e estabilidade às decisões judiciais, bem como aos jurisdicionados.

Todavia, esta garantia não é nem pode ser vista com contornos de absolutividade, haja vista que, embora seja um dogma dentro do ordenamento jurídico, a coisa julgada não possui – *como alguns apressadamente podem pensar* – uma proteção constitucional direta e ampla, haja vista que as delimitações da coisa julgada são definidas em legislação infraconstitucional, razão pela qual não pode se confrontar com a celular *mater* normativa.

Tem-se como objetivo primordial do presente estudo apontar a adoção de perspectivas e considerações no sentido de flexibilizar a coisa julgada ante a supremacia do regramento constitucional que, em sendo violado, não mais se admite a proteção a *res judicata* inconstitucional, sob pena de tornar o quadrado redondo e o preto branco.

Buscamos também uma análise dos instrumentos hábeis e necessários para promover, em diversas etapas, a relativização da coisa julgada, indicando os meios mais eficazes ante as peculiaridades de cada instrumento.

A tarefa delineada não tem espectro macro, encontrando limitação nos casos de coisa julgada inconstitucional em que haja pronunciamento do STF sobre a norma em que se fundou a sentença, mas, também, nos casos em que o pronunciamento pela inconstitucionalidade da norma é oriundo de decisões com efeitos *erga omnes* de outros tribunais.

Para tanto, mister se faz esquadrihar confrontamentos e parâmetros para a flexibilização, bem como os instrumentos jurídicos a serem utilizados para combater a coisa julgada inconstitucional, observando a competência e os efeitos da decisão a ser proferida, além de dotá-los de medidas de urgência para extirpar ou minimizar os efeitos da permanência da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico.

Como metodologia, este estudo pretende utilizar-se de um trabalho argumentativo e experimental, como forma de definir os parâmetros da flexibilização da coisa julgada dentro da jurisdição constitucional e em respeito ao princípio da segurança jurídica.

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 Evolução do conceito de jurisdição

Após a vedação da realização da justiça com as próprias mãos – *Justiça Privada* – a função precípua de dizer e aplicar o direito tornou-se não apenas um dever e obrigação do ente público, mas também uma função estatal. Assim, restou segumentado o surgimento da Jurisdição como uma função-dever do Estado de dizer e aplicar o direito no caso concreto.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco¹ trata-se da complementação do ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. Neste sentido Galeno Lacerda² pontifica asseverando que:

A partir daí é que se pode considerar a jurisdição como uma função do Estado, em toda a sua extensão, isto é, até o julgamento do caso concreto. De modo que o conceito se filia a última fase do processo romano e não à fase do procedimento formulário, em que a solução concreta do litígio era entregue aos árbitros privados.

Todavia, para se chegar ao atual conceito atual de jurisdição³, necessário se fez uma evolução e adequação dos conceitos de jurisdição apresentados por Calamandrei, Chiovenda e Carnelutti.

Chiovenda⁴ entende que a jurisdição é a função do Estado que tem como escopo

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 23.

² LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 194.

³ Entendo que jurisdição é a função-dever do Estado não apenas de dizer o direito, o que etimologicamente poder-se-ia concluir (*dição originado de dicere= dizer e juris= direito*), mas também a obrigação de aplicar o direito quando provocado.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição de direito processual civil**. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p.8.

a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares e de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente, efetiva. Para Carnelutti⁵ a jurisdição é uma função que busca a justa composição da lide. Já para Calamandrei⁶ não se pode dar uma definição de jurisdição absoluta e válida para todos os tempos e povos, porque as contingências fáticas influenciam decisivamente na sua estruturação devendo se observar também o momento histórico em que é elaborado o conceito de jurisdição.

Foi através da junção e evolução do pensamento de Calamandrei, Chiovenda e Carnelutti que se construiu o atual conceito de jurisdição majoritariamente aceito no Brasil, sendo inegável a influência dos conceitos e do direito alienígena para a sua elaboração.

1.2 Diferenciação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional

Para o trabalho especificamente, interessa, sobretudo, a diferenciação da jurisdição quanto à matéria, que pode ser subdividida em jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. Esta subdivisão é precisamente exposta por Dirley Cunha⁷ ao pontificar que:

(...) a jurisdição constitucional deve ser compreendida como uma função responsável pela remoção e solução dos conflitos de natureza constitucional, enquanto a jurisdição ordinária cuidaria de todos os demais conflitos, ostentando uma natureza residual.

No mesmo norte pontifica Alfredo Baracho⁸ para quem jurisdição constitucional é a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado. Merece também realce o escólio de Walber

⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook., 2000. v.2, p. 5.

⁶ CALAMANDREI, Tiero. **Direito processual civil**. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Brookseller, 1999. v.1, p. 96.

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.375.

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 94.

Agra⁹ que define jurisdição constitucional como:

(...) a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam normatizar a realidade fática. Ela exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa.

Por oportuno, mister se faz enfatizar que ao subdividirmos a jurisdição em constitucional e ordinária, não se quer dizer ou defender que haja vários tipos de jurisdição, mas apenas realiza-se uma divisão doutrinária em categorias com o escopo de propiciar melhor visualização e aplicação. Pensar em contrário seria conceber uma fragilização da soberania nacional, haja vista que a jurisdição é consectário legal e direto da soberania estatal, sendo, portanto, una, logo indivisível, por constituir uma propriedade da ordem de ser do próprio Estado. E mais seria inverter a ordem de criador e criatura, pois a jurisdição decorre da soberania.

A jurisdição seja ordinária, seja de ordem constitucional, possui características únicas segundo Arruda Alvim¹⁰. A primeira delas é que a jurisdição é secundária, pois é através dela que o Estado realiza coercitivamente uma atividade que poderia ter sido primariamente realizada de maneira pacífica e espontânea (composição). Para que se exerça a jurisdição necessário se faz também que exista previamente toda uma estrutura normativa.

A segunda delas é que a jurisdição é instrumental por ser considerada um instrumento que o próprio direito dispõe para impor a obediência aos cidadãos. Nesse contexto a jurisdição é o instrumento de ligação entre a esfera fática e a esfera jurídica, no mister de ajustar o direito ao fato apresentado para garantir, extirpar ou prevenir o direito enfocado na demanda.

A terceira característica é que a jurisdição é declaratória ou executiva que, por

⁹ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19.

¹⁰ ALVIN, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v. 1, p. 252.

não ser fonte de direito, não cria nem restringe direito, mas apenas declara ou executa direito pré-existente. Em sendo a jurisdição a função-dever de dizer e aplicar o direito ao caso concreto, necessário se faz que esse direito seja previamente existente, não tendo a jurisdição o condão de criá-lo, mas, apenas de declará-lo constituindo, por intermédio dos efeitos da sentença, a sua proteção dotando-a de coercitividade.

A quarta característica é que a jurisdição é desinteressada, pois cabe ao órgão jurisdicional remover a incerteza ou reparar as transgressões de forma indistinta e imparcial, não cedendo aos interesses dos envolvidos mas, apenas, ao direito enfocado no processo. Não se pode conceber que a jurisdição ou o julgador tenha um interesse extra-processual que possa vir a influir na atuação judicante em favor ou desfavor de qualquer das partes, pois, se assim não o fosse, ter-se-ia uma forma de agasalhar com o manto público uma forma travestida de justiça privada.

Por fim, a quinta e última característica é que a jurisdição é provocada porque, em regra, só é prestada quando convocada por uma das partes para remover a incerteza ou restaurar uma violação ao direito. Alguns doutrinadores nominam essa característica como sendo a inércia da jurisdição. Todavia, independentemente da denominação apresentada o conteúdo da característica é que para que a jurisdição seja exercida – *mormente na seara cível* – necessário se faz que haja a provocação pelas partes ou interessados por força da aplicação do princípio dispositivo¹¹. Em exceção a essa regra, apresentam-se os casos em que o interesse público se releva premente, razão pela qual, deve ser sobreposto o interesse público aos interesses particulares, móvel pelo qual independentemente de provocação das partes, pode ser provocada a atuação judicial por intermédio do princípio inquisitivo¹².

Mas precisamente no que pertine a jurisdição constitucional, no Brasil essa

¹¹ A aplicação do princípio dispositivo decorre do fato de que, em regra, os interesses deduzidos nas demandas cíveis são disponíveis, ou seja, as partes deles podem dispor livremente, razão pela qual não se pode forçar que um sujeito ajuíze uma demanda quando para este é mais conveniente ou lucrativo não ajuíza-la. Entrementes e um dever Estatal garantir em caso da parte querer interpor uma demanda poder fazê-lo através do exercício do seu direito de ação.

¹² O princípio inquisitivo concede ao Juiz liberdade para instaurar o processo. É exceção no direito processual civil.

função é exercida de forma concentrada e difusa, tendo em ambos os casos o Supremo Tribunal Federal como o último e maior intérprete da Constituição Federal. Entretanto, não se pode ter a concepção restritiva de que a proteção da jurisdição constitucional seja afeita exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal ou que esta se resume ao controle de constitucionalidade de atos e normativo.

No tocante a especificação das atividades da jurisdição constitucional, importante trazer à baila a forma esquemática sobre estas atividades apresentadas por Walber Agra¹³ quando assim classificou as atividades de jurisdição constitucional, senão vejamos:

- a) proteção e garantia de concretização dos direitos fundamentais;
- b) controle de constitucionalidade das normas e atos normativos;
- c) controle e fiscalização do sistema eleitoral, englobando os institutos da democracia participativa, como o plebiscito e o referendo, com o escopo de velar pela lisura das eleições;
- d) funcionamento como instância judiciária, para assegurar o equilíbrio federativo, solucionando os litígios entre os entes componentes dos Estados;
- e) demarcação dos limites de incidência das competências dos entes federativos;
- f) controle dos poderes públicos para que possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade.

Diante do grande leque de atuação da jurisdição constitucional, se faz necessário delimitarmos a matéria de jurisdição constitucional com a qual trabalharemos nesse trabalho. Coerente com as posições e com o tema do presente estudo (Flexibilização da Coisa Julgada Inconstitucional), é certo que nos limitaremos a jurisdição constitucional enquanto mecanismo indispensável à proteção e garantia na concretização dos direitos fundamentais, bem como no controle dos poderes públicos para que possam atuar com eficiência atendendo ao bem comum da sociedade, notadamente quando a coisa julgada apresenta-se como uma afronta a segurança jurídica e a própria Constituição Federal.

¹³ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 20, nota 9.

2 A COISA JULGADA.

2.1 Origem do instituto. Surgimento e necessidade

A Revolução Francesa trouxe como reflexo a limitação do poder político do Estado, consagrando a separação dos poderes e a afirmação dos direitos dos cidadãos.

A separação dos poderes determinou que as faculdades e os poderes outrora concentrados nas mãos isoladas dos governantes foram divididos em órgãos ou poderes independentes, mas harmônicos entre si, como bem estatui o art. 2º de nossa Carta Magna¹⁴.

Para que o Estado Democrático de Direito possa ter um bom funcionamento, faz-se mister que nenhum dos órgãos do poder se sobreponha a outro. Nesse sentido, para garantir uma verdadeira separação dos órgãos do poder, mas sem que haja uma preponderância exacerbada de nenhum deles, é que foi criado o denominado *checks and balances* ou freios e contrapesos. Logo, cada um dos poderes passou a ter uma função precípua e nem sempre exclusiva, surgindo aí o princípio da separação dos poderes.

Coube ao Poder Executivo a função precípua de prestar a tutela jurisdicional por intermédio da jurisdição, decisões essas que se revelam como uma verdadeira reflexão do *jus imperium* do poder Estatal, fazendo com que elas, caso descumpridas, possam ser executáveis substituindo a vontade das partes.

Porém necessário se fazia estabelecer parâmetros ou criar institutos jurídicos para evitar a eternização das contendas jurídicas bem como dotar as sentenças judiciais de uma garantia referente a sua imodificabilidade, seja no próprio sistema seja por intermédio de outras ações, conferindo estabilidade e segurança jurídica aos comandos judiciais. Sobre a estabilidade das decisões judiciais merece especial atenção o magistério de Paulo Otero¹⁵ ao pontificar que:

¹⁴ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁵ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 37-38.

(...) em nome da tutela da segurança jurídica, verifica-se que assume especial relevo a certeza do direito definido pelos tribunais e destinado, directa ou indirectamente, a regular litígios resultantes de situações concretas e individualizadas. Em consequência, não seria normal que as decisões judiciais dos tribunais se encontrassem sujeitas a um princípio de livre revogabilidade ou modificabilidade, tanto mais que aqui, ao invés das decisões administrativas, se visa primordialmente a prossecução de um fim que, por definição tendencial, se tem como imutável: a justiça, entendida esta como “paz jurídica”.

No mesmo sentido é o escólio de Miguel Teixeira de Souza¹⁶ estatui que:

O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é, por isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são iminentes a qualquer ordem jurídica.

Dentro desse diapasão surgiu o instituto da coisa julgada previsto no art. 467 do Código de Processo Civil pelo qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”. Com essa definição foi estabelecido um momento para que as decisões judiciais adquirissem grande probabilidade de manutenção, não mais podendo ser desafiados por recursos ordinários e extraordinários. Se de um lado é necessário ao ordenamento jurídico propiciar oportunidade às partes para interpor recurso no intento de reformar as decisões judiciais, é igualmente importante estabelecer um momento para que não mais seja possível a interposição de recursos, propiciando garantia e segurança aos provimentos judiciais.

Sobre a obrigatoriedade do instituto da coisa julgada nos sistemas jurídicos e sua importância merece realce o escólio de Paulo Roberto de Oliveira Lima¹⁷ que estatui que:

(...) o instituto da coisa julgada é obrigatório em qualquer sistema jurídico.

¹⁶ *Apud* BERALDO, Leonardo de Faria. **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 91.

¹⁷ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13-14.

Submeter matérias à apreciação do Judiciário pressupõe que haja uma resposta final. E não se deve esperar que a definitividade da resposta decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da excelência do julgado. A realidade tem demonstrado que, salvo poucas exceções, ninguém se convence dos acertos das decisões desfavoráveis obtidas em juízo. No mais das vezes a derrota é atribuída a erro do juiz, quando não a eventual desonestidade. Em outros casos, culpa-se o advogado certamente inepto, ou a ineficiente colheita de provas. Fosse possível às partes litigarem indefinidamente, e elas o fariam, exigindo nova apreciação do assunto, a cada derrota. Não se acham com facilidade entre os homens exemplos do analista desapaixonado que, lendo uma sentença prolatada contra seus interesses, exclame: É verdade, eu não tinha direito! Excelente sentença!

O trânsito em julgado em julgado, sob a definição de José Inácio Botelho de Mesquita¹⁸, é o fato de não estar mais a sentença sujeita a recursos ordinários ou extraordinários. Ocorrido esse fato, torna-se imutável e indiscutível a sentença: não a sentença toda, mas o seu elemento declaratório e a manifestação de vontade a que se vincular o efeito pretendido pelo autor, ou o juízo de improcedência da ação. A imutabilidade e indiscutibilidade, portando, são efeitos que a lei atribui à conclusão da sentença em decorrência do fato jurídico do trânsito em julgado, não importando qual seja o conteúdo do seu elemento declaratório. A esse efeito se denomina coisa julgada material. Operam em relação a qualquer processo futuro. Distingue-se da coisa julgada formal que é a indiscutibilidade e imutabilidade de uma decisão dentro do próprio processo em que foi proferida.

Sobre os efeitos do trânsito em julgado José Ignácio Botelho de Mesquita¹⁹ estabelece uma perfeita distinção entre a imutabilidade e a indiscutibilidade ao pontificar que:

Como se vê, a imutabilidade e a indiscutibilidade atuam de modo diverso. A imutabilidade impede que o juiz posterior se pronuncie sobre a ação já decidida por sentença transitada em julgada. A indiscutibilidade obriga o juiz posterior a decidir em conformidade com o decidido pela sentença transitada em julgada.

Em verdade o instituto da coisa julgada é inegavelmente indispensável ao ordenamento jurídico, como forma de propiciar garantia das decisões judiciais e ao *jus imperi* do Estado emprestando indiscutibilidade e imutabilidade aos provimentos

¹⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

¹⁹ Ibid., p. 12.

jurisdicionais.

2.2 Coisa julgada. Agasalho constitucional?

Por seu turno, a regulamentação do instituto da coisa julgada, a primeira vista, parece ter um agasalho constitucional amplo e irrestrito por força do que resta consignado no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Entretanto, a regulamentação maior do instituto da coisa julgada está regulamentada por norma infraconstitucional, mais precisamente consignada no Código de Processo Civil nos arts. 471²⁰ e 474²¹ que vedam a rediscussão das matérias protegidas pela *res judicata* em outras demandas, excetuados os casos expressamente previstos em lei. Estes dispositivos, sim, impõem a uma garantia *quase absoluta*²² de imutabilidade da coisa julgada que domina o juízo comum no ordenamento jurídico.

Mas analisando de forma pormenorizada o dispositivo constitucional contido no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna depreende-se que essa proteção não é geral e abstrata, mas restrita ao surgimento de nova norma que, ao surgir no ordenamento jurídico, venha a atacar um tema, ato ou fato jurídico já protegido pela coisa julgada.

Sobre o enfrentamento da coisa julgada diante da Constituição Federal Humberto Theodoro Júnior²³ assim pontifica:

Como se observa, a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra

²⁰ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

²¹ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

²² Entendo ser quase absoluta a garantia infraconstitucional, haja vista que na própria norma em que se impõe a garantia também está previstos casos em que podem e devem se revistos os comandos judiciais, ainda que passados em julgados, como ocorre nos casos de nulidade de citação.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle In: NASCIMENTO, Carlos Valder. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 94.

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.” Mas adiante, na mesma obra, arremata “Com efeito, a regra do art. 5º, XXXVI, CF, se dirige apenas ao legislador ordinário, cuidando-se de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder Legiferante prejudicar a coisa julgada. É essa a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

Igual posicionamento ao que defendemos é o exposto por Leonardo de Faria Beraldo²⁴ onde conclui:

Somos filiados à corrente que entende que o legislador, ao tratar da coisa julgada na CF/88, apenas quis colocá-la a salvo da lei nova, ou seja, em decisão passada em julgado não poderia ser desfeita se uma lei posterior desse tratamento jurídico diferente àquele dispositivo utilizado pelo juiz em seu pronunciamento. É o princípio da irretroatividade da lei..

É dentro do prisma de que a coisa julgada é regida por normas infraconstitucionais que nos dispusemos a analisar a sua relativização frente ao princípio da constitucionalidade, dentro da jurisdição constitucional, quando a *res judicata* violar expressamente a Constituição Federal.

²⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. Op. cit., p. 147, nota 16.

3 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO COMPARADO

3.1 Relativização no Direito Canônico

Embora o tema da relativização da coisa julgada tenha ganho maiores contornos no Direito brasileiro após a modificação do art. 741 do Código de Processo Civil, este tema já está de há muito positivado. E, dentre as primeiras positavações tem-se a prevista no Direito Canônico.

No Direito Canônico, a coisa julgada também é um instituto existente e tem como escopo principal propiciar segurança jurídica as decisões eclesiásticas, tendo os mais diversos autores, como Diego-Lora²⁵ tem proclamado que:

Un Derecho, pues, que no garantiza a los justiciables la eficacia de las decisiones judiciales que a ellos vincula, no deja de ser un Derecho claudicante, amenazado de continuo, en las realidades jurídicas concretas, por la incertidumbre acerca del respeto y observancia que los preceptos específicos de conductas puedan tener para sus destinatarios

No mesmo sentido é o abalizado magistério de Pio Vito²⁶ que, comentando o cânone 1641 assim pontificou:

166. Nozione e applicazione nei casi concreti: il diritto canônico há ricevuto questa figura giuridica dal diritto romano del período giustiniano. Essa mira a dare certezza all'ordinamento giudiziale, le cui decisioni hanno bisogno di stabilità, senza dover essere sottoposte a continua revisione. Una sentenza perciò passata in giudicato non può più essere applicata; ma non per questo essa è del tutto irrimediabile: grazie appunto allo strumento straordinario di impugnazione contro il giudicato, che à la restituzione *in integrum*.

A coisa julgada, também no Direito Canônico, existe tanto de modo formal como material. Sobre este aspecto, convém apontar o posicionamento de Carmelo de

²⁵ DIEGO-LORA, Carmelo. **Eficácia de cosa juzgada y nueva propositio:** cuestiones básicas de derecho procesal canônico. Salamanca: Julio Manzanares, 1993. p 181.

²⁶ PINTO, Pio Vito. **I processi nel código di diritto canônico.** Cidade do Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004. v. 3, p.187.

Diego-Lora²⁷ que assim pontificou sobre o assunto:

En el sistema canónico se afirma, desde luego, la existencia de la cosa juzgada – a la que hemos llamado formal em nuestros comentarios al canon 1641, por no ser impugnabile directamente por via de apelación -, mas también se proclama que tal cosa juzgada goza de la firmeza del Derecho, se hace ley entre as partes – de cosa juzgada *material* calificamos este efecto al comentar el c. 1642 -, y da lugar a la *actio iudicati* – omitida en el derogado c. 1904, § 2 – ya la *exceptio rei judicatae*; y este último efecto se reconoce com tal fuerza que expressamente se dispone que el juez puede apreciarlo *ex officio* (siempre – claro es – que al introducirse una nueva causa se advierta que ésta coincide com lo ya resuelto por sentencia anterior firme y definitiva, y em ambas coincide esa triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir con que, si bien com *ratio* distinta, nos ilustra el canon 1641, 1º).

Como pontificou o Carmelo de Diego-Lora, no Direito Canônico existe não apenas a coisa julgada, como também os seus efeitos formal e material. O efeito material fica fácil de perceber ao analisar a literalidade do cânone 1642, enquanto que a coisa julgada formal resta bem visível no disposto no cânone 1641.

Por seu turno, no Direito Canônico fica bem claro que, não obstante seja importante o instituto da coisa julgada, esta pode e deve ser flexibilizada, chegando, em alguns casos como o de estado das pessoas, nem sequer chega a operar a coisa julgada, por força do que dispõe o cânone 1643 que assim pontifica, *in literes*:

Cân. 1641 Salva a prescrição do cân. 1643, há coisa julgada:
 1º- se tiverem sido dadas duas sentenças concordes entre as mesmas partes, sobre a mesma petição e pela mesma causa de demanda;
 2º- se a apelação contra a sentença não tiver sido apresentada dentro do tempo útil;
 3º- se, em grau de apelação, a instância se tiver tornado preempta ou se tiver havido renúncia a ela;
 4º- se tiver sido proferida sentença definitiva, contra a qual não se admite apelação, de acordo com o cân. 1629.

O maior número das demandas no direito eclesiástico referem-se, justamente ao estado de pessoa, mais precisamente sobre casamento e, é sobre este tema as decisões não passam em julgado. Como visto, o Direito Canônico – desde a sua primeira condificação até a atual – prevê a flexibilização da coisa julgada, justamente sobre o assunto central da maioria dos processos em que é aplicada aquela condificação.

²⁷ DIEGO-LORA, Carmelo. Op. cit., p 187, nota 25.

Todavía, malgrada a importância atribuída à coisa julgada, não se pode deixar ao largo a imperiosa necessidade de sempre se buscar a verdade real ou que, quando esta sobrevier, não fique esta verdade real subsumida ou subjulgada a verdade formal. A importância da verdade real também tem sido uma preocupação reinante desde a feitura do Código Canônico, pelo que Diego-Lora²⁸ assim pontifica:

Es decir, que puede – debe – de oficio apreciarse por el tribunal que la *res judicata* se observe mientras no se le acrediten esas nuevas pruebas y argumentos, de tal modo que la sentencia ya dictada comporta toda su eficacia hasta que se juzgue con carácter preliminar que la verdad formal reconocida en la sentencia firme puede razonablemente estar en contradicción con la realidad de las cosas, con la misma verdad. Solo entonces cabra que se dé lo que en frase de monseñor García Faílde se expresa con estas palabras, tan gráficas: ≤como sepor imperativo del ordenamiento jurídico la sustancia triunfara sobre la forma≥.

O Direito Canônico traz na sua própria Codificação uma forma para flexibilizar ainda mais a coisa julgada qual seja a restituição *in integrum*.

O termo restituição *in integrum* tem origem no Direito Romano como um tipo especial de ação com função rescisória dada pelo Pretor – por meio de decreto - quando pretendiam eliminar os efeitos de uma decisão que consideravam injusta, restituindo integralmente a situação havia antes da decisão modificada. Em consequência, tratava-se de uma decisão adotada pelo Pretor em virtude de seu direito de império, declarando um nulo um ato até então tido como válido pela norma civil, por ter sido verificado que este ato causar um prejuízo e por ser considerado injusto.

O procedimento da *restitutio in integrum*, no Direito Romano, teve uma evolução lógica: na época clássica, a legitimação ativa correspondia ao lesionado e aos seus herdeiros, sendo a postulação iniciada perante o magistrado e na presença da parte contrária. Para que se pudesse obter a *restitutio in integrum* era necessário que não se obtivesse outros métodos jurídicos aptos a obter a reparação do da lesão sofrida. No caso de concessão da *restitutio in integrum* não se limitava a nova declaração ao direito pretérito, ditado em função de ter se baseado em um ato lesivo, mas, sobretudo, diante

²⁸ DIEGO-LORA, Carmelo. Op. cit., p. 187, nota 25.

da possibilidade do Pretor adotar as medidas necessárias que tivessem aplicação prática para efetivar a restituição.

Na legislação pós-clássica, a normatização geral da *restitutio* foi objeto das constituições de Constantino. O mais importante era a reserva da *restitutio in integrum* exclusivamente ao menor de idade, abandonando os outros casos de aplicação. Nestes termos, a *restitutio in integrum* era uma ação ambivalente, pois não tinha o condão apenas de anular o ato, mas também recuperatória, com trâmite mais sensível que nas etapas anteriores.

Na época de Justiniano, a doutrina migrou para o entendimento que a *restitutio in integrum* era um remédio da idade passada, ineficaz em comparação com outros meios vigentes a época.

Do Direito Romano migrou esta figura jurídica para o Direito Canônico, mormente com a entrada em vigor do Código de Direito Canônico de 1917 onde sob o nome de *restitutio in integrum* se abarcou tanto a ação (como se verifica nos cânones 1687-1689 e 1847, do Código de 1917) como o recurso de roupagem extraordinária para poder reparar um dano grave causado por um ato válido, judicial ou extrajudicial (como se percebe nos Cânones 1905-1907 do Código de 1917).

No Código Canônico atualmente em vigor, podemos definir a *restitutio in integrum* como um recurso especial e peculiar, de caráter extraordinário, para impugnar a sentença manifestamente injusta – mas válida – que tenha passado em julgado.

A *restitutio in integrum*, desde o seu surgimento, tem sido dirigida, sempre, contra atos jurídicos válidos. Tem sido um remédio extraordinário concedido para atenuar o rigor de uma decisão estrita naqueles casos em que a injustiça de um ato válido proporciona uma lesão injusta ao particular.

A *restitutio in integrum* não é um instrumento corriqueiro ou ordinário, não podendo ser utilizado como regra, mas, pelo contrário, como uma exceção. Neste

sentido tem sido o magistério de Jorge de Salas Murillo²⁹ que, ao comentar o Cãnone 1645 assim pontificou: “ La *restitutio in integrum* es un recurso de todo extraordinário, previsto precisamente como una excepción para casos de injusticia flagrante y de ausencia de otros medios de reparación. El legislador prevé como medio de reparación, para las causas sobre el estado de las personas, precisamente el que no pasen a cosa juzgada.”

Os casos em que é cabível a *restitutio in integrum* está disciplinado no cãnone 1645 que assim estabelece, *in veribus*:

Cãn. 1645 § 1. Contra uma sentença que tenha passado em julgado, contanto que conste manifestamente da sua injustiça, dá-se a restituição *in integrum*.
 § 2. Não se considera que consta manifestamente da injustiça, a não ser que:
 1º- a sentença se baseie de tal modo em provas, que depois se descubra serem falsas e que, sem elas, a parte dispositiva da sentença não possa sustentar-se;
 2º- tenham sido descobertos posteriormente documentos que provem fatos novos e exijam indubitavelmente uma decisão contrária;
 3º- a sentença tenha sido proferida por dolo de uma parte em prejuízo da outra;
 4º- tenha sido evidentemente negligenciada alguma prescrição, não meramente processual, da lei;
 5º- a sentença se oponha a uma decisão anterior que já tenha passado em julgado.

Como se depreende da redação literal do Cãnone acima transcrito, a *restitutio in integrum* é baseada num critério recheado de subjetividade no tocante ao que venha ser INJUSTO. Todavia, ainda assim, o legislador canônico foi efetivo ao disciplinar – o que muito entendem como uma numeração *numeros clausus* – os casos em que se terá a decantada injustiça.

O primeiro dos casos refere-se a sentença fundada em provas que, posteriormente, restou demonstrada serem falsas e, sem elas, não se teria, indubitavelmente a decisão no mesmo sentido da que se ataca. Para que prospere o pleito é necessário que se tenha descoberto, posteriormente a sentença, que as provas utilizadas eram falsas.

²⁹ MURILLO, Jorge de Salas. **Comentário exegético al código de Derecho Canónico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2002. v. 2. p. 1728.

Da mesma forma, também constitui hipótese de *restitutio in integrum* quando a decisão atacada poderia ser totalmente modificada diante da descoberta de novos documentos que exijam, indubitavelmente, uma decisão contrária. Neste caso, não basta que o documento seja novo - aqui se entendendo como novo aquele documento que não existia a época da tramitação do processo – é imprescindível também que com ele se tenha imperiosamente uma decisão contrária a adotada. Em outras palavras: exige-se do documento novo um valor probante que ponha a termo toda a conclusão exposta na decisão atacada. Jorge de Salas Murillo³⁰ entende que estes novos documentos sejam como escrituras aptas e dotadas de valor probante judicial.

O dolo por uma das partes também constitui via de abertura para o manejo da *restitutio in integrum*. O *animus* específico da parte adversa deve ser tal que, por esse ardil, seja suficiente para ensejar ou justificar a decisão atacada. Exige-se ainda que a parte contrária dele não tenha conhecido e, também, que este ato importe em prejuízo para a parte contrária.

O quarto requisito consiste na inobservância de dispositivo legal. Todavia, não é qualquer violação a dispositivo legal que enseja a abertura desta via estreita. Mister se faz que a disposição legal não tenha índole processual, mas material. A simples violação a dispositivo de lei processual, não enseja o manejo da *restitutio in integrum*.

Por fim, fica igualmente aberta a via da *restitutio in integrum* quando a decisão atacada contrariar um outra decisão precedente que tenha transitado em julgado. Trata-se, na verdade, de uma proteção da coisa julgada como garantia da estabilidade do ordenamento como um todo que, por se só é auto-explicável.

Como visto os requisitos básicos para a *querela nulitatis* fundada na *restitutio in integrum* está centrada em 03 (três) requisitos básicos: caráter extraordinário, dirigida contra um ato jurídico válido e que tenha produzido uma lesão.

³⁰ MURILLO, Jorge de Salas. Op. cit., p. 1729, nota 29.

Comentando estas situações Pio Vito Pinto³¹ assim pontificou ao comentar o cânone 1645:

169. Nozione e condizione essenziale: la querela di nullità si opone a una sentenza nulla; gli altri due mezzi, l'appello e la *restitutio*, suppongono una sentenza valida. La differenza fra i due ultime rimedi, sta nel fatto che la *restitutio* riporta (restituisce) la causa (quanto alle persone, ai fatti, ai beni) allo stadio che precede la sentenza. Si tratta di un trasferimento appunto *integrale*, ovvero radicale.

No que pertine a competência do juízo que irá apreciar a *restitutio in integrum*, a tradição canônica, assumindo o modelo romano da época imperial, atribuía ao Pontífice Romano a competência exclusiva remédios de caráter extraordinários como a *restitutio in integrum*. Progressivamente, a partir do IV Concílio de Lateranense foi sendo difundida esta competência – antes exclusiva – aos juízes ordinários sendo delegado para as causas de suas competências, deixando ainda como exclusiva prerrogativa do Papa a chamada *restitutio in integrum* graciosa.

Atualmente esta competência é repartida para o juiz que preferiu a sentença e para o tribunal de apelação, nos termos do cânone 1646 que assim estabelece, *in literes*:

Cân. 1646 § 1. A restituição *in integrum* pelos motivos mencionados no cân. 1645, § 2, n. 1-3, deve ser pedida ao juiz que proferiu a sentença, dentro do prazo de três meses, a serem computados a partir da data do conhecimento desses motivos.

§ 2. A restituição *in integrum*, pelos motivos mencionados no cân. 1645 § 2, n.4 e 5, deve ser pedida ao tribunal de apelação, dentro do prazo de três meses desde a notícia da publicação da sentença; e no caso mencionado no cân. 1645 § 2, n.5, se for obtida mais tarde a notícia da decisão precedente, o prazo decorre a partir dessa notícia.

§ 3. Enquanto o prejudicado for menor de idade, os prazos acima referidos não decorrem.

Como se depreende do cânone acima transcrito, há uma perfeita definição de competência para a análise e julgamento da *restitutio in integrum*, levando em consideração o motivo que ensejou o seu manejo.

Assim, se o motivo que ensejou o seu manejo teve como base os itens 1, 2 e 3 do

³¹ PINTO, Pio Vito. Op. cit., p. 442-444, nota 26.

§ 2º do cânone 1645, será competente o juiz que proferiu a sentença, visto estes motivos se firma em circunstâncias processuais que ensejam a injustiça da decisão atacada.

Por seu turno, se o móvel do manejo da *restitutio in integrum* for as hipóteses contidas nos itens 4 e 5 do § 2º do cânone 1645, a competência para enfrentá-lo será do Tribunal de Apelação por se referir a desrespeito a norma de direito material ou a proteção e garantia ensejadora de outra decisão passada em julgado.

No que pertine ao prazo para o manejo da *restitutio in integrum*, o legislador canônico estabeleceu que este será de 03 (três) meses de forma peremptória. O cômputo inicial do termo *a quo* também será distinto. Vejamos:

- a) Quando o juízo competente for o próprio juiz sentenciante, o prazo terá início a partir da data do conhecimento dos motivos;
- b) Quando o juízo competente for o tribunal de apelação, o termo inicial será a notícia da publicação da sentença. E, se se fundar em decisão precedente passada em julgada cuja ciência só se teve mais tarde, o termo inicial começa a partir desta ciência.

Sobre a fluência dos prazos para a utilização da *restitutio in integrum* Jorge de Salas Murillo³² assim pontifica:

Estos plazos han de endenderse como plazos de caducid o fatales. Son plazos de carácter legal, de tracto temporal continuo, aunque el término a quo queda indeterminado. Esto es así, porque se los plazos de apelación son considerados plazos fatales, esto es, peremptorios, com mayor razón deben considerarse así los establecidos para este recurso extraordinario.

Em exceção a esta regra têm-se os casos em que, em sendo o prejudicado menor de idade, a fluência do prazo só começa após a obtenção da maior idade, como bem está disposto no § 3º do cânone 1646.

³² MURILLO, Jorge de Salas. Op. cit., p. 1732, nota 29.

Não obstante existam estes casos específicos para relativização da coisa julgada por meio da *restitutio in integrum – todos sujeitos a prazo fixo e determinado, diferindo apenas o termo inicial para a sua contagem* – não se pode deixar de ter em mente que o maior contributo do Direito Canônico para a relativização da coisa julgada é a previsão de que NUNCA passaram em julgado as causas atinentes ao estado de pessoas – que é a maioria das causas levadas ao julgamento eclesiástico – nos exatos termos previstos no cânone 1643³³.

3.2 Relativização da coisa julgada no Direito Alemão

Na doutrina alemã a coisa julgada é tida como um efeito da sentença, como bem pontificou Araken de Assis³⁴:

No exato alvitre da doutrina alemã, a coisa julgada é uma peculiar eficácia da declaração (*feststellungswirkung*), que torna o pronunciamento, no presente e no futuro, indiscutível ou incontestável. Assim, a coisa julgada se arrola, segundo tal concepção, dentre os efeitos da sentença.

A relativização dos efeitos da coisa julgada é possível dentro do ordenamento jurídico alemão, todavia, os únicos efeitos que podem ser atacados, ainda que a norma utilizada para tal decisão seja tida como inconstitucional e, por conseguinte, retirada do ordenamento jurídico, atinge, exclusivamente, as decisões que venham a ser tidas após a declaração da inconstitucionalidade. Logo, uma sentença que tenha se baseado em norma tida, posteriormente, por inconstitucional, uma vez transitada em julgado, não mais pode ser relativizada.

Este impedimento decorre de imposição normativa contida no § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão que estabelece, consoante a tradução de Luís Afonso Reck³⁵ que “(...) ficam intactas as decisões que não podem mais ser impugnadas, as quais estão baseadas em uma norma declarada nula.”

³³ Cân. 1643 Nunca passam em julgado causas sobre o estado das pessoas, não excetuando causas sobre separação de cônjuges.

³⁴ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coord.). In: **Relativização da coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p.33.

³⁵ HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimentos dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 295.

Sobre o posicionamento alemão sobre a relativização da coisa julgada sintetiza Eduardo Talamini³⁶:

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

No visto, no direito germânico faz uma divisão quando se trata de relativização da coisa julgada, sendo mais amplo nos casos de sentença penal e, no cível, adota-se um sistema de relativização mais atenuável de modo a modificar, diretamente, apenas a coisa julgada ocorrida após a declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Constitucional³⁷. Nos demais casos, se atacam os efeitos da coisa julgada que ainda não tenham se completado ou ocorrido.

3.3 Relativização da coisa julgada no Direito Português

No Direito Português de há muito também já vem sendo enfrentado, não apenas no campo doutrinário, como também em sede de normatização, a possibilidade de relativização da coisa julgada.

No sistema Português a possibilidade de relativização da coisa julgada é prevista em disposição constitucional, tendo a Carta Magna Portuguesa estabelecida a hipótese no art. 282 que assim dispõe:

Artigo 282º
(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)
1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: Op. cit., p. 101, nota 34.

³⁷ Esta atuação mais incisiva deve-se também ao fato de que, após proferida que declara a inconstitucionalidade da norma pelo Tribunal Constitucional, permitir que os demais aplicadores do direito venham a desconsiderar a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma pela Corte Suprema sem que esta decisão fosse tornada sem efeito (ainda que protegida com a *res judicata*) constituiria, em última análise, uma afronta aos efeitos da decisão adotada pela Corte Constitucional colocando em risco todo a soberania do ordenamento jurídico.

inconstitucional ou ilegal e determina a reconstituição das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.

Como se depreende no direito lusitano é possível a relativização da coisa julgada, mitigando a segurança jurídica em louvor e defesa da própria constituição. Em regra, os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade para fins de relativização da coisa julgada não seria retroativa.

Logo a decisão sobre a inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma inconstitucional ou, desde quando surgiram os seus efeitos (defeitos), nos casos de inconstitucionalidade superveniente, sendo possível até a reconstituição da norma revogada pela que foi declarada inconstitucional.

Mesmo considerando a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade como regra, ela não é revestida de caráter absoluto no ordenamento português, haja vista que a própria Carta Magna Lusitana (art. 282, 4) possibilita que razões de equidade e situação de excepcional interesse público possam ensejar que a inconstitucionalidade reconhecida seja dotada de efeitos, por exemplo, a partir da sua declaração.

É prevista ainda, como exceção, a exclusão da eficácia retroativa as decisões passado em julgado em que se trata de matéria penal, quando mais benéfica ao réu. Neste sentido, pontificou com maestria Eduardo Talamini³⁸

A constituição portuguesa expressamente exclui dessa eficácia retroativa as anteriores sentenças revestidas da coisa julgada (“casos julgados”), excetuando da exclusão as que envolvam matéria penal, disciplinar ou de “ilícito de mera ordenação social”, quando a declaração de

³⁸ TALAMINI, Eduardo. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Op. cit., p. 107, nota 34.

inconstitucionalidade puder representar situação mais favorável ao condenado (art. 282, 3). Além disso, “a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” podem vir a exigir que o Tribunal Constitucional, fundamentadamente, fixe os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito, fixe os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito (art. 282,4). Essa última regra influenciou diretamente o legislador brasileiro, que, através da Lei 9.868 (art.27), introduziu semelhante mecanismo em nosso sistema.

Em sentido contrário, entende Luiz Guilherme Marinoni³⁹ que:

Na verdade, o sistema da Constituição Portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade o declarar.

No que pese entendimento em contrário, quanto a retroatividade filio-me a corrente defendida por Eduardo Talamini, Paulo Otero e Jorge Miranda que entendem que no direito português a regra é a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, por entender que, quando esta viola a Carta magna, a mesma é nula. Todavia, é de bom alvitre ter a temperança e, sobretudo, possibilitar que o julgador, ao analisar o caso concreto, possa mitigar ou relativizar a retroatividade, desde que devidamente justificada.

Como visto, o direito português não apenas prevê a relativização da coisa julgada, como também a dota, como regra, de retroatividade garantindo absoluta proteção constitucional, deixando de salvaguardar até mesmo os casos que já haviam transitado em julgado anteriormente a declaração de inconstitucionalidade da norma utilizada. Prevê ainda, como exceções, a mitigação da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade quando o interesse público o ensejar ou, em alguns casos que se referem à sentenças penais passado em julgado.

3.4 Relativização da coisa julgada no Direito Norte Americano

O direito norte-americano também exerce uma forte influência na evolução do direito brasileiro e, com o tema da relativização da coisa julgada não foi diferente.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais – a questão da relativização da coisa julgada material. In: Op. cit., p. 237, nota 34.

Nos Estados Unidos onde é dada uma extremada importância a Carta Magna – *conclui-se isso até diante das mínimas modificações que a Constituição Norte-americana tem sofrido desde a sua promulgação* – pelo que a tese de nulidade das sentenças baseadas em norma inconstitucional é tida como nula e de ineficácia absoluta.

Portanto, impo-se premente a relativização da coisa julgada em que a sentença baseou-se, decisivamente, em norma tida como inconstitucional, pouco importando se a decisão que formou a *res judicata* ocorreu antes ou após a declaração da inconstitucionalidade da norma combatida.

Todavia, também no direito norte-americano, tem se utilizado de temperança para fins de se aplicar a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo esta necessidade sido declarada no *leading case*, em 1965, *Linkletter v. Walker*. Sobre o abrandamento da retroatividade dos efeitos da declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade, pontificou o doutrinador Leonardo Greco⁴⁰ “Nos Estados Unidos, a Corte Suprema, a partir do caso *Linkletter*, julgado em 1965, passou a modular essa retroação, para não vulnerar situações definitivamente pacificadas por sentenças passado em julgado.”

Analisando a relativização no direito comparado tem-se que o tema guarda discussões e aplicações desde a antiguidade, tendo sido inicialmente codificado desde 1917, como norma eclesiástica e, posteriormente, sido adotado, pouco a pouco, na maioria dos ordenamentos jurídicos, tendo a positivação contida na norma alemã inspirado, decisivamente, o surgimento e a adoção de norma específica sobre o tema em nosso ordenamento que, complementada pela influência lusitana, incluiu a possibilidade de modulação da retroação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade quando das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Op. cit., p. 227, nota 34.

4 A COISA JULGADA ILEGAL E A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1 Diferenciação

A sentença é o objetivo central e primordial de todos os jurisdicionados que se socorrem do Poder Judiciário como forma de pacificação social nos limites da lide. Todavia, pode ocorrer que a sentença, embora esteja protegida pela coisa julgada, pode ser ilegal (nos casos em que a sentença contraria dispositivo expresso de lei) bem como pode ser inconstitucional (nos casos em que a sentença viola dispositivo da Constituição Federal).

Atente-se, mais uma vez que a imutabilidade e indiscutibilidade, como efeitos da sentença obtidos com a coisa julgada, decorrem de lei infraconstitucional e são realmente indispensáveis para a garantia do ordenamento jurídico como um todo. Logo, deve ser feito de tudo para preservar essas garantias.

Porém, nos casos em que a sentença protegida pela *res judicata* é ilegal por violar dispositivo expresso em lei, o que se terá é um confronto da proteção estabelecida pela coisa julgada (proteção dada por norma infraconstitucional) e o estiver disposto em outra norma infraconstitucional. Portanto, tem-se um confronto de normas infraconstitucionais.

Nesse diapasão sustenta Leonardo Beraldo⁴¹ que no tocante a coisa julgada ilegal, ou seja, decisão que viola dispositivo infraconstitucional, o entendimento da doutrina é de que ela deve permanecer imodificável e intangível, tendo em vista que a natureza da proteção da *res judicata* é infraconstitucional, assim como a do dispositivo violado.

Outra hipótese – é nessa é que centramos o objeto desse estudo – ocorre

⁴¹ BERALDO, Leonardo de. Op. cit., p. 156, nota 16.

quando a sentença, embora protegida pela coisa julgada, enfrenta e viola dispositivo constitucional, ou seja, tem-se a coisa julgada inconstitucional. Nesses casos o que se tem é o confronto de uma norma infraconstitucional com uma norma constitucional.

Por outro lado, quando o conteúdo da coisa julgada viola preceito constitucional, o *decisum* viola a vontade constituinte não sendo possível apontar um fundamento constitucional direto que autorize a violação da própria Carta Magna. Assim, diante da ausência de apanágio constitucional, não se pode apontar apenas a segurança jurídica como fator motivador para validar um julgado inconstitucional, ainda que protegido pela *res judicata*.

Do magistério de Paulo Otero⁴² se extrai o ensinamento de 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. Todavia, tais valores carecem de força positiva autônoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais.

A seguir o mestre português arremata que

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

O escólio de Humberto Theodoro Júnior⁴³ é no sentido de que:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais.

Em verdade, aceitar a permanência no ordenamento jurídico de uma decisão inconstitucional, ainda que protegida pelos efeitos da coisa julgada, seria permitir ou

⁴² OTERO, Paulo. Op. cit., p. 61, nota 15.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle In:Op. cit., p. 108, nota 23.

outorgar ao Poder Judiciário um poder constituinte – *e não apenas constituído com a Carta Magna lhe outorga* – pelo qual poderia modificar ao seu livre arbítrio qualquer cânone constitucional e, pior, fazê-lo, muitas vezes com efeitos e reflexos apenas para os litigantes em um processo específico, aplicando outra regra para os demais jurisdicionados, ainda que em tratando se situações fáticas e jurídicas absolutamente iguais. Em síntese, seria permitir que o Poder Judiciário pudesse estabelecer uma norma constitucional própria para cada caso julgado.

Como se depreende, são bastantes distintos os casos de coisa julgada ilegal e coisa julgada inconstitucional. No primeiro há um confronto de normas e garantias infraconstitucionais. No segundo caso a Constituição Federal é aviltada ou parcialmente modificada – *apenas nos limites de uma determinada lide* - por uma decisão inconstitucional que dotada de um poder originário que não possui, cria um dispositivo constitucional próprio para uso exclusivo nos limites da demanda.

Nos casos de coisa julgada inconstitucional, necessário se faz proceder a um abrandamento ou flexibilização dos efeitos da coisa julgada como forma de possibilitar a adequação do julgado inconstitucional aos comandos da constituição. Nesses casos não há que se falar em imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial sob pena de subverter a própria ordem legislativa de todo o ordenamento jurídico.

5 O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

5.1 Definição do Princípio da Constitucionalidade

Como visto não pode ser atribuída à coisa julgada inconstitucional uma garantia absoluta de imodificabilidade e indiscutibilidade da decisão, mormente porque em sendo conferida essa proteção máxima propiciará ao Poder Judiciário um poder constituinte que a constituição não lhe outorga.

Vários são os princípios que possuem correlação ou utilidade para enfrentar o tema da flexibilização da coisa julgada, mormente em nosso ordenamento jurídico em que os princípios constituem a base do nosso sistema jurídico e devem ser analisados e empregados com moderação diante da regulamentação normativa de determinada matéria. Merece realce também em nosso sistema constitucional o fato dos princípios também estarem positivados como forma de reconhecer a plena eficácia aplicativa dos princípios.

A evolução aplicativa dos princípios é muito bem sintetizada por Leonardo Beraldo⁴⁴ ao pontificar que

Historicamente, pensava-se que os princípios gerais de direito derivavam da razão, do ideal de justiça e do bom senso das pessoas. Num segundo momento histórico, eles passaram a ser introduzidos nos códigos e aplicados somente quando houvesse lacuna na lei. E, por fim, é com o pós-positivismo que os princípios ganharam um caráter de norma fundamental do sistema jurídico, não mais sendo considerado mera divagação filosófica.

Para abrandar ou relativizar os efeitos da coisa julgada necessário se faz, inicialmente, abordar aprofundadamente o princípio da constitucionalidade, eis que o móvel dessa flexibilização é e deve ser o disposto na Constituição Federal.

⁴⁴ BERALDO, Leonardo de Farias. Op. cit., p. 139, nota 16.

Segundo o magistério de Maria Helena Diniz⁴⁵ o Princípio da Constitucionalidade é aquele no qual o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida e suprema, emanada da vontade popular, e que vincule todos os poderes e atos deles provenientes com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional.

O tema na concepção de Jorge Miranda⁴⁶ “O princípio da constitucionalidade funciona como a *ratio legis* como sendo o espírito da lei, ou seja, o fim social ao qual ela se destina.” E mais adiante arremata o mestre lusitano “Com isso não vimos contestar que uma norma de garantia não jurisdicional tenha por *ratio legis* a constitucionalidade. Contestamos, simplesmente, que a sua *ratio legis* possa ser erguida a princípio geral de Direito constitucional, como pensamos poder erguer a *ratio legis* da norma de garantia jurisdicional.”

Ainda no direito alienígena traz-se à colação o magistério de Paulo Otero⁴⁷ segundo o qual o princípio da constitucionalidade determina que a validade de quaisquer atos do poder público dependa sempre de sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas; o caso julgado dele resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade.

5.2 Adequação dos atos judiciais aos comandos constitucionais

Como se constata nas citações anteriores, os atos praticados pelo Poder Judiciário, assim como todos os demais atos praticados pelos outros poderes também devem se pautar no princípio da constitucionalidade para ter validade e eficácia. Por tais razões merece uma melhor análise, à luz da Carta Magna, o manto protetor da coisa julgada aposta às decisões judiciais, haja vista a inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, por ser uma proteção processual e não

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3, p. 719.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 17.

⁴⁷ OTERO, Paulo. Op. cit., p. 61, nota 15.

constitucional.

Assim merece especial atenção os casos em que, as decisões judiciais, ainda que protegidas pela *res judicata*, podem vir a violar expressamente dispositivo constitucional dando asno a coisa julgada inconstitucional visto que decisões dessa natureza não encontram sustentáculo ou fundamento constitucional para ter validade ou eficácia dentro do ordenamento jurídico.

Nesses casos a intangibilidade da coisa julgada, a segurança e certeza jurídica abrem espaço para o princípio da constitucionalidade de modo a possibilitar que sejam expurgadas do ordenamento jurídico as decisões que ferem frontalmente a Carta Magna, não sendo aqueles requisitos aptos a justificar a validade da coisa julgada inconstitucional, não obstante sejam úteis para justificar a validade da coisa julgada ilegal.

No mesmo diapasão pontifica Humberto Theodoro Júnior⁴⁸ que tendente que:

Nada obstante a segurança e 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. É que os valores da segurança e certeza carecem de força positiva autônoma para conferir validade a atos jurídicos inconstitucionais.

Por não haver dispositivo específico na Constituição Federal que vede a reforma da coisa julgada, exceto no caso de irretroatividade de norma, deve ser entendido que em todos os demais casos deve a decisão judicial guardar correlação com o diploma maior e, portanto, frente ao princípio da constitucionalidade. Ademais, quando o legislador constituinte quis proteger com caráter absoluto a coisa julgada ele o fez, mas, repita-se, apenas com relação a atuação de uma lei nova frente a uma decisão judicial já passada em julgado.

Em boa hora, Humberto Theodoro Júnior⁴⁹ fez consignar que:

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle In: Op., cit., p.97, nota 23.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ibid. p.98.

A relação, portanto, que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de antecedente e conseqüente, ou melhor, de prejudicialidade, mormente no direito brasileiro em que se está diante de um princípio de natureza constitucional e outro de natureza ordinária. Assim, para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e por conseguinte na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que antes se investigue sua adequação à Constituição.

Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰ leciona que:

(...) os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos com fetiches da ordem processual. Por isso, não se pode reconhecer ‘caráter absoluto à coisa julgada’, nem se pode deixar de subordinar sua autoridade aos posicionamentos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo Dinamarco, o decisório que ataca frontalmente dispositivo da constituição, sob a alegação de que a proteção decorrente da segurança jurídica só se opera, exclusivamente, nos casos em que a decisão é lavrada de acordo com os comandos da Carta Magna. Assim, em havendo decisão inconstitucional não se opera a coisa julgada, embora todos os recursos tenham sido manejados ou já tenha decorrido o prazo para o último dos recursos possíveis.

Outros autores como Teresa Arruda Alvim Wambier⁵¹ entendem⁵² que a inconstitucionalidade enseja a inexistência jurídica do ato judicial, pois não tendo a decisão guarita constitucional não chega sequer a existir perante o ordenamento jurídico.

Particularmente, comungo do entendimento de que a sentença violadora de

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada** – I, In Meio Jurídico, ano IV, nº 43, março/2001.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Relativização da Coisa Julgada. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 535-536.

⁵² Teresa Arruda Wambier conclui que a coisa julgada inconstitucional constitui um ato inexistente, tendo assim pontificado “Assim é que pensamos em duas dimensões de trabalho hermenêutico: 1º) alargar a interpretação que vem sendo dada aos incisos do art. 485 do CPC, entendendo, de *lege data*, pela via interpretativa, serem, alguns deles, mais abrangentes do que entende a doutrina tradicional. 2º) Reconhecer que há certos “defeitos”, que podem padecer sentença e processo, que, pura e simplesmente, por serem demasiadamente graves, impedem a formação da coisa julgada. Trata-se de sentenças juridicamente inexistentes.”

norma constitucional existe formal e materialmente, pois a sentença não se apresenta como um mero ato ou um simples estado de fato. Inexistente seria a sentença que não obedecesse aos requisitos formais e materiais contidos na norma infraconstitucional, como aquela apócrifa, lançada por pessoa que não era juiz ao tempo da lavratura, ou ainda, aquela decisão ausente de conclusão.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento de Kelsen, para quem a lei declarada inconstitucional é validada até a sua declaração, como bem pontua Eduardo Talamini⁵³:

Kelsen firmava que mesmo a lei dita “inconstitucional” seria “válida”. A constatação de sua “validade” seria extraível da própria previsão de mecanismos para retirá-la do ordenamento: se o sistema se ocupa de disciplinar os modos de remover uma lei do ordenamento, é porque a reconhece como tal. (...) Por fim, Kelsen reconhecia a possibilidade de que a lei fosse “anulada” com efeito retroativo – o que não afetaria a constatação de que “foi válida até a sua anulação

Tais circunstâncias não ocorrem nos casos de coisa julgada inconstitucional. Nesses casos a sentença é formal e materialmente legal, mas o seu conteúdo ampara o que é vedado ou desampara o que é assegurado na Carta Magna. Não se pode admitir que uma ilegalidade seja suficiente para tornar um ato inexistente, mas pode gerar uma invalidade, seja por nulidade ou por anulabilidade.

A sentença que violar a constituição, não deixará de existir como sentença, o que se questiona é a validade desse ato mesmo diante de operada a *res judicata*.

Dentro desse prisma, a coisa julgada inconstitucional pode se apresentar de três formas: **a)** A sentença ofende diretamente a Constituição Federal; **b)** a sentença agasalha lei que foi tida como inconstitucional antes ou após ter sido lavrada a decisão inconstitucional e; **c)** a sentença deixa de considerar e aplicar lei sob a alegação de que esta é inconstitucional sem que haja decisão de efeito *erga omnes* nesse sentido, e que com a existência de decisão posterior tem-se a mesma como constitucional.

A primeira das formas é a mais fácil de demonstrar, embora seus efeitos sejam

tão drásticos como as das outras formas. Imaginemos um caso em que o autor pleiteia do réu a restrição de liberdade de crença e o sobrestamento da liberdade de atuação de um culto religioso. Formada a relação processual, propiciado o devido processo legal e o contraditório, foi lavrada sentença pela PROCEDÊNCIA do pedido, ou seja, o réu foi condenado a não mais realizar liberdade de crença e que não poderia realizar culto de determinada religião. Dessa decisão foi ofertado recurso apelatório e, por falta de preparo ou por ter sido ofertado a destempo, o recurso não foi conhecido, operando em seguida, a coisa julgada da decisão de primeiro grau. Em síntese: tem-se uma sentença judicial, protegida pela coisa julgada, que restringiu a liberdade de crença do demandado bem como de participar de culto religioso.

Todavia, a Constituição Federal no inciso VI⁵⁴ do art. 5º garante a todos a inviolabilidade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Desnecessários olhos de lince para perceber que, nesse exemplo, a sentença ataca diretamente garantia e preceito constitucional. Registre-se que a sentença formalmente existe e que os efeitos da coisa julgada se operaram, o que se questiona aqui é a ocorrência ou não da inconstitucionalidade da coisa julgada já operada.

A segunda hipótese consiste no fato de uma sentença protegida pela *res judicata* ter se baseado, exclusivamente, para conceder ou negar o direito pleiteado em lei infraconstitucional que foi tida, posteriormente, como inconstitucional. Imaginemos o caso em que o autor está demandado uma ação para não pagar determinado imposto sob a alegação de que a lei na qual ele é fundado é inconstitucional. Concluída toda a instrução processual foi lavrada decisão, que posteriormente transitou em julgado, declarando IMPROCEDENTE o pedido e compelindo o autor a pagar determinado tributo sob a alegação de que a lei que o regulamente ou que o instituiu é inconstitucional. Entrementes, anos após, a referida lei em que se fundou a aludida sentença foi declarada inconstitucional por decisão do órgão competente e com efeitos *erga omnes e ex tunc*.

⁵³ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: Op. cit., p.111-112, nota 34.

De logo se percebe que a decisão, embora protegida pela segurança jurídica decorrente da coisa julgada, não pode mais prosperar no ordenamento jurídico, impondo uma revisão ou modificação, sob pena da decisão de inconstitucionalidade ter eficácia para todos, exceto para a parte autora daquela demanda.

Por fim, o último dos casos ocorre quando uma ação é proposta e a sentença deixa de considerar e aplicar lei sob a alegação de que esta é inconstitucional, sem que haja decisão de efeito *erga omnes* nesse sentido, e que com a existência de decisão posterior tem-se a mesma como constitucional. Imaginemos na terceira hipótese que determinado autor promoveu ação contra o Instituto de Previdência Estadual para, na condição de aposentado, não mais pagar contribuição previdenciária instituída por lei estadual. Transpostas todas as instâncias judiciais, passa em julgado a decisão que considerou inconstitucional a norma estadual que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária de aposentados.

Anos após o trânsito em julgado daquela decisão, a contribuição previdenciária por aposentados é instituída por emenda constitucional ou a lei estadual é tida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Diante dessa situação como pode ser considerada a decisão judicial que passou em julgado e decidiu justamente pelo contrário? Deverá a mesma em amor a segurança jurídica ser mantida em sacrifício do princípio da constitucionalidade? Entendo que não! A coisa julgada deve ser relativizada pois, desde o tempo da lavratura da sentença que a norma em que se fundou a sentença era constitucional, não obstante não tenha sido esse o entendimento protegido pela *res judicata*.

Segundo o entendimento do Ministro José Augusto Delgado⁵⁵:

Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que branco é branco, e que a vida não pode ser

⁵⁴ VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

⁵⁵ DELGADO José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: Op. cit., p. 63, nota 23.

considerada morte, nem vice-versa.

Como se constata não mais se pode ter a concepção de outrora de que a coisa julgada era uma proteção absoluta para a sentença, capaz de tornar o quadrado redondo e o redondo quadrado através de uma sentença.

5.3 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

Atualmente, mister se faz analisar bem melhor o conteúdo da sentença passada em julgado para que a coisa julgada, enquanto efeito da sentença, não possa deixar de ser um fator de segurança jurídica para passar a atuar como uma violência ou um perigo ao ordenamento jurídico como um todo.

Como solução para a relativização da coisa julgada e proteção da jurisdição constitucional apresenta-se o princípio da proporcionalidade que no magistério de Maria Helena Diniz⁵⁶

(...) é o que tem por objetivo a aferição da relação entre o fim e o meio com o sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não por si mesmo apropriados, ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento for manifesta. Aquele em que os meios e os fins devem ser equacionados, para se avaliar se o meio utilizado é, ou não, proporcional em relação ao fim. Constitui um limite à liberdade de conformação do legislador, pois, através de sua aplicação, podem-se mensurar suas opções políticas em harmonia com os fins constitucionalmente previstos, coibindo-se desvios de finalidade ou excessos de poder.

A harmonização entre o fim e o meio previsto no princípio da proporcionalidade fica mais fácil de ser implementada quando o fim é constitucionalmente previsto, de modo que o meio utilizado – *sentença passada em julgado* – contrariando a Carta Magna fica mais evidente propiciando a eliminação do desvio de finalidade do ato judicial que acolhe decisão inconstitucional.

Logo nos casos de confronto ou conflito entre a garantia infraconstitucional da coisa julgada como efeito da sentença e da segurança jurídica diante do princípio da

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 728, nota 45.

constitucionalidade e do próprio teor positivo-normativo da Carta Magna, mister se faz aplicar o princípio da proporcionalidade para melhor equacionar esse conflito de normas e princípios, sempre levando em conta que a proteção maior são as normas da Constituição Federal, mormente diante do exercício da jurisdição constitucional.

Por tais razões apresenta-se como imprescindível a flexibilização da segurança jurídica pela relativização da coisa julgada na jurisdição constitucional como fator de proteção constitucional e, por conseqüente da ordem jurídica como um todo, outorgando caminhos para evitar que a coisa julgada inconstitucional convalesça no tempo, propiciando às sentenças judiciais um poder constituinte amplo e irrestrito que, na atual ordem constitucional, elas não possuem.

6 DA NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA PARA A RELATIVIZAÇÃO.

6.1 Origem brasileira da positivação para relativização da coisa julgada.

É inquestionável a necessidade da coisa julgada como garantia da ordem jurídica, evitando a repetição dos mesmos conflitos e a eternização dos litígios, do contrário, como leciona José Eduardo Carreira Alvim⁵⁷ “... não haveria estabilidade dos direitos e ninguém teria assegurado o gozo dos bens da vida.”

Sob a forte influência do Direito Romano, foi trazido para o direito pátrio a possibilidade de reformar as decisões passadas em julgado. No Direito Romano consoante o magistério de Pontes de Miranda⁵⁸:

(...) as decisões haviam de ser rescindidas pelo terceiro, pacificar; depois, foi o príncipe que ex iusta causa concedeu a rescisão. Posteriormente, foi estendido tal poder aos prefeitos do Pretório, ao pretor, ao presidente, ao procurador de César, aos magistrados, mas só quanto às suas decisões, e não quanto às dos superiores. A restituição não se dava quando fosse mínimo. Os textos falam de tal exigência, sem que deva exagerar o limite.

No Brasil, a positivação da ação rescisória só ocorreu com o Código de Processo Civil de 1939, quando no Título III do Livro VI, foi o tema disciplinado nos arts. 798 a 801, merecendo destaque a previsão contida no art. 798 que assim dispunha:

Art. 798.- Será nula a sentença;
I) quando proferida:
a) por juiz peitado, impedido ou incompetente *ratione materiae*;
b) com ofensa a coisa julgada;
II) quando juntada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal;

Como visto no artigo acima citado, a primeira previsão normativa pátria para o desfazimento da coisa julgada deu-se através da criação do instituto da ação rescisória e,

⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 316.

⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4, p. 186.

inicialmente, a cabimento desta ação tinha como pressupostos basilares a preservação do julgamento por juiz imparcial, a utilização de provas falsas para atingir um julgamento favorável e, a própria existência da coisa julgada.

Com efeito, já naquela época, a preocupação com a segurança jurídica era tamanha que os legisladores infra-constitucionais buscaram estabelecer no próprio texto que possibilitava a relativização ou desfazimento desta, a hipótese de que uma decisão passada em julgado não poderia contrariar uma decisão igualmente transitada em julgado, mas anterior àquela.

Com o advento do Código de Buzaid (Lei nº 5.869/1973) foi mantido o instituto da ação rescisória, desta feita, com o alargamento dos casos para o seu cabimento, de modo que, atualmente, temos os casos em que ensejam a ação rescisória, devidamente indicados no art. 485⁵⁹ do Código de Processo Civil.

Confrontando os casos em que atualmente é possível o ajuizamento da ação rescisória com os casos especificados no Código de Processo Civil de 1939, tem-se uma inquestionável ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, de forma que mantendo as preocupações de outrora foram inseridas diversas outras, como, por exemplo, a violação de literal dispositivo de lei. Sobre violação da lei, não se pode perder de vista o ensinamento de Giuseppe Chiovenda⁶⁰ que assim assevera ao discorrer sobre a reforma da sentença injusta:

A sentença é injusta quando considera existente uma vontade de lei concreta

⁵⁹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

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

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

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

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

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

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

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

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

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: 1965. v. 3, p. 198-199.

que não existe, ou considera inexistente uma vontade que existe. A injustiça concerne, portanto, à sentença como juízo, pode, pois, depender de um erro do juiz acerca da questão de direito ou acerca de uma questão de fato. O erro, do juiz sobre a questão de direito, pode consistir em considerar inexistente uma norma abstrata que existe, ou existente uma norma abstrata que não existe; ou, interpretar uma norma existente de modo diverso do verdadeiro (violação de lei); ou, enfim, em dar por aplicável a uma dada relação uma norma existente, mas pertinente a outras relações jurídicas, como acontece quando se aplica uma norma a casos a que não se estende (falsa aplicação da lei).

Como visto, mesmo sem perder ou tirar os olhos da contínua necessidade da segurança jurídica, necessário se fez elastecer os casos de cabimento da ação rescisória como proteção do próprio ordenamento jurídico.

Entretanto, a ação rescisória não é um remédio jurídico contra a sentença transitada em julgada que possa ser utilizado a qualquer tempo. Este remédio tem prazo de manejo limitado a 02 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, por força do comando legal insculpido no art. 495⁶¹ do Código de Processo Civil.

6.2 Criação de outros instrumentos para relativização da coisa julgada

Assim, aos poucos, foi o legislador pátrio buscando outras alternativas para relativizar a coisa julgada. Desta feita buscou-se atacar a exigibilidade da decisão passada em julgada que apresentasse máculas.

Nesse sentido foi inserido a possibilidade de combater e reformar a sentença, ainda que transitada em julgada, oriunda de processo em que tenha ocorrido a falta ou a nulidade de citação. Ao assim proceder inserindo esta possibilidade no inciso I do art. 741⁶² do Código de Processo Civil se estabelece mais uma possibilidade de desfazimento dos efeitos da coisa julgada, independentemente do prazo bienal da ação rescisória, desta feita, por intermédio de embargos à execução.

⁶¹ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão.

⁶² Art. 741. (...)

I - Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I.- falta ou nulidade de citação, se processo correu à revelia;

Atente-se, ainda, que esta possibilidade na redação original do art. 741 do Código de Processo Civil era limitada aos processos de conhecimento. Todavia, com a edição da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, a redação originária foi alterada para possibilitar a reforma da decisão oriunda de qualquer tipo de processo e, não mais apenas as provenientes de ação de conhecimento.

Este foi o primeiro comando normativo, fora dos limites específicos e temporais da ação rescisória, em que se possibilitou o desfazimento da sentença passada em julgado.

6.3 Relativização com base em decisão do Supremo Tribunal Federal

Na progressão dessa possibilidade – *qual seja: elencar casos em que a coisa julgada possa ser relativizada fora dos limites da ação rescisória* –, o legislador pátrio inovou por intermédio da Lei nº 11.232, de 22.12.2005 para retirar a exigibilidade do título judicial fundado em norma tida, posteriormente, como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para melhor enfrentamento do tema, atente-se para o disposto na referida norma:

“Art. 741.-

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

Com a inclusão do parágrafo único do art. 741 no nosso ordenamento jurídico, de logo, veio o questionamento a cerca da constitucionalidade do mesmo. Dentre os que defendem a constitucionalidade do aludido parágrafo, como bem pontifica Teori Zavascki⁶³:

É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidades de sentenças inconstitucionais. In: Op. cit., p. 239, nota 34.

supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

No que pese o entendimento em contrário, defendo a constitucionalidade do referido artigo e filio-me a corrente defendida pelo Ministro Teori Zavascki por entender que, como o instituto da coisa julgada só possui proteção constitucional contra novas normas, seria uma temeridade, sobre o pretexto de manter a segurança jurídica, conceder aos magistrados o Poder Constituinte originário para reformar preceitos constitucionais. Assim como acontece com todos os demais atos emanados dos demais poderes, os atos provenientes dos membros do Poder Judiciário também têm que observar os limites dos ditames contidos na nossa constituição.

Transposta a questão da constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, mister se faz analisar e especificar os casos em que poderá ocorrer, com base na referida norma, a limitação dos efeitos da coisa julgada pode ocorrer. Para tanto merece atenção, mais uma vez, o escólio de Teori Zavascki:

Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que (a) houver precedente do STF (b) em controle concentrado de constitucionalidade (c) declarando (ainda que sem redução de texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda. E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também (a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (CF, art. 52, X); e também (b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado.

Em nosso entendimento deve ser aplicado o parágrafo único do art. 741 do CPC em todos os casos em que decisão em que se baseia a execução estiver sido fundada em norma confrontante com a constituição – seja por ter considerado-a constitucional (quando não o era, sob a visão do STF) seja por ter considerado-a inconstitucional (quando o STF, posteriormente, entende pela constitucionalidade). Igualmente, apresenta-se de menor relevo se a inconstitucionalidade é declarada em controle concentrado ou difuso, sendo nesse último caso imprescindível a Resolução do Senado

Federal para que os limites daquela decisão possam transpor os limites *inter partes*.

Com efeito, merece realce que não é imprescindível que a decisão que declara a inconstitucionalidade da norma seja posterior ao trânsito em julgado da sentença fundada em norma constitucional. Por maior razão, deve a mesma ser relativizada se antes do seu trânsito em julgado já vigorava em nosso ordenamento jurídico os efeitos da declaração da inconstitucionalidade.

Por fim, ao contrário do que entende o Min. Teori Albino Zavascki⁶⁴, ainda que o trânsito em julgado da decisão fundada em lei declarada inconstitucional, tenha ocorrido antes da inclusão do parágrafo único ao art. 741, entendo que, por se tratar de norma de eficácia processual – e não material – deve a mesma norma ter aplicação imediata. Neste caso não haverá violação ao preceito contido no inciso XXXVI da Carta Magna, pois não é o teor do aludido parágrafo único que, por si só, teria o condão de modificar a coisa julgada. Por tal razão não há que se falar em retroação para violar a coisa julgada, quando esta apenas cria um instrumento de combate a coisa julgada inconstitucional.

6.4 Da desnecessidade de previsão infraconstitucional para limitação dos efeitos da coisa julgada

Como já restou demonstrada a proteção ao instituto da coisa julgada é, basicamente, de índole infra-constitucional e, igualmente, as formas de atenuação ou limitação dos efeitos da coisa julgada, como acontece no caso da ação rescisória, guarda perfeita adequação com os preceitos constitucionais. Logo, como visto, é possível a relativização da coisa julgada.

Diante do que restou enfrentado até então, essa relativização pode ocorrer por intermédio da ação rescisória – *mormente com base no inciso V do art. 485 do CPC (violação literal dispositivo de lei)* – ou com fulcro no parágrafo único do art. 741 da codificação processual.

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidades de sentenças inconstitucionais. In: Op. cit., p. 106, nota 34

Todavia, merece ser enfrentado o tema da necessidade ou não de preceito normativo específico para que a coisa julgada venha a ser relativizada. Essa questão tem ganho especial relevo nos últimos embates.

A defesa da relativização da coisa julgada – *embora, registre-se, reconheçamos a necessidade da segurança jurídica para a sobrevivência do ordenamento jurídico como um todo* – tem como sustentáculo maior o princípio da supremacia da constituição.

Em assim sendo, se a coluna principal para relativizar ou limitar os efeitos da coisa julgada é a proteção da Carta Magna entendo que não se faz indispensável dispositivo de lei que autorize essa relativização quando a sentença atacada traz como seu sustentáculo norma incompatível com a constituição. Apresenta-se desnecessário um dispositivo de norma infraconstitucional que determine a obrigatoriedade de observância da Constituição, por conseguinte, toda norma contrária a Carta Magna deve ser excluída do ordenamento jurídico ou, no mínimo, deve ter sua aplicação negada por todos os poderes constituídos.

Nesse sentido, o mestre Humberto Theodoro Júnior⁶⁵ pontifica que se faz dispensável até a decisão do STF para que a sentença baseada em norma inconstitucional tenha a sua exigibilidade suspensa, ao afirmar:

A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem essa declaração, contudo, a invalidação do ato já existe e se impõe a reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo o juiz ao decidir qualquer processos e vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: Op. cit., p. 176, nota 34.

cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda eu o trânsito em julgado já se tenha verificado.

Por oportuno, embora com outro fundamento, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁶⁶ entendem que a sentença que abarca norma inconstitucional é proveniente de processo, cuja ação era carente, ante a impossibilidade jurídica do pedido ou ante a falta de fundamento:

Portanto, segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo da impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições de ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições de ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.

E mais adiante arrematam:

Todavia, para aqueles que não admitem tal categoria, pode-se pensar em rescindibilidade por falta de fundamento, já que nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica as decisões judiciais devem necessariamente fundamentar-se em lei, ainda que à lei, como fundamento central das decisões do juiz, possam-se acrescentar doutrina, jurisprudência, princípios jurídicos etc. Neste caso, a lei, expurgada do sistema jurídico, não existe.

É bem verdade que não é se faz necessário uma declaração judicial pré-existente para que uma norma tenha a sua eficácia negada, por inconstitucionalidade⁶⁷. Todavia, para relativizar os efeitos da coisa julgada, por inconstitucionalidade, apresenta-se bem pertinente a existência de uma decisão judicial com efeitos *erga omnes* como forma de

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

⁶⁷ Aqui necessário se faz a ocorrência de um corte epistemológico. Não desconSIDERAMOS a existência de sentenças ou decisões judiciais ilegais ou imorais. Este tema também merece um enfrentamento mais aprofundado. Todavia, neste trabalho, preferimos atacar a relativização da coisa julgada sobre o exclusivo prisma da aplicação de norma inconstitucional em sentença passada em julgado. Ou, como

impedir um ataque frontal ao princípio da segurança jurídica. Inexistindo decisão com efeitos *erga omnes*, entendo que deve ser manejada a ação declaratória sugerida por Teresa Alvim, mormente, quando apresentar-se impossível o seu ataque por via de embargos à execução ou por intermédio da ação rescisória.

Com efeito, entendo, também, que a decisão que declara inconstitucional uma norma, não deva ser aceita exclusivamente como sendo as provenientes do Supremo Tribunal Federal.

O fato é que da forma como foi instituído o controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, uma norma municipal nunca poderá ter a sua constitucionalidade enfrentada por meio de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por tais razões, cabem aos Tribunais de Justiça de cada Estado enfrentar a questão da constitucionalidade das normas municipais por intermédio de ADIN quando estas normas contrariarem a Constituição Estadual. Ao assim proceder, os tribunais de justiça exercem, também, o controle direto da constitucionalidade.

Ora, o que fazer com uma sentença fundada em norma municipal declarada inconstitucional em sede de ADIN por um Tribunal de Justiça? Negar-lhe os efeitos *erga omnes*? Deixar de combater a exigibilidade da sentença, embora reconhecida a inconstitucionalidade? É bem verdade que a nossa defesa maior deve se fundar na proteção Carta Magna. Todavia, não podemos deixar de considerar e respeitar as Constituições Estaduais, mormente quando estas guardam sintonia com a Constituição Federal.

Assim, se uma sentença baseia-se em uma norma municipal que teve a sua inadequação com a constituição estadual declarada judicialmente por Tribunal de Justiça, em decisão com efeitos *erga omnes*, deve a mesma também servir para a limitação dos efeitos da coisa julgada, mesmo que não haja previsão infraconstitucional

bem nominou, Luiz Guilherme Marinoni, preferimos enfrentar o “controle da constitucionalidade da

nesse sentido.

Com efeito, já abordamos que defendemos a legalidade e constitucionalidade da limitação dos efeitos da coisa julgada nos casos especificados em lei, seja por meio da ação rescisória (art. 485, CPC) ou por embargos à execução (art. 741, I, parágrafo único, CPC), bem como nos casos em que os Tribunais de Justiça declara a inadequação constitucional de uma norma municipal frente a constituição estadual mesmo sem que haja previsão infraconstitucional específica para essa relativização, visto que também se trata de outra forma de controle direto da constitucionalidade.

E se a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma estadual ou federal decorrer de decisão de Tribunal em sede de argüição de constitucionalidade? Poderíamos, também, mesmo sem previsão infraconstitucional específica, relativizar a coisa julgada? A resposta afirmativa apresenta-se com a mais indicada.

A argüição de inconstitucionalidade encontra previsão constitucional no art. 97⁶⁸ da Constituição Federal. Por essa disposição constitucional uma lei ou ato do poder público pode ser declarada inconstitucional por maioria absoluta dos membros do Tribunal. Segundo Humberto Theodoro Júnior⁶⁹, para verificação do incidente não se distingue lei estadual, federal ou municipal. O conflito pode ainda ser ainda entre a lei local e a constituição do Estado ou Federal.

O Código de Processo Civil regula a matéria nos arts. 480⁷⁰ a 482 e estabelece

sentença passado em julgado”

⁶⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 607.

⁷⁰ Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeteram ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

que a arguição pode ser feita pela parte, pelo Ministério Público ou por membro de turma, câmara ou seção de tribunal, podendo a mesma ocorrer desde a propositura da ação (nas ações originárias), em petição avulsa ou até as peças recursais, sendo ainda possível arguí-la na sustentação oral.

Decidida sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma combatida, serão os autos devolvidos ao órgão fracionário para decisão do mérito da ação ou do recurso. Todavia, esta a decisão sobre a arguição de inconstitucionalidade não tem efeito meramente *inter partes*, como a primeira vista poder-se-ia inferir. Os efeitos desta decisão são *erga omnes* ficando os órgãos fracionários daquele tribunal vinculados a decisão sobre a constitucionalidade – ***não apenas para aquele caso específico*** - adotada pelo órgão plenário ou especial do tribunal.

Diante deste quadro questiona-se a possibilidade de relativizar a coisa julgada tomando como base a decisão em arguição de inconstitucionalidade – *que por força de comando constitucional só terá validade quando tomada por maioria absoluta dos membros do tribunal*.

Para enfrentar esta possibilidade merece enfrentamento, a título de exemplificação dois casos concretos a saber:

- a) O TRF da 5ª Região julgando questão de ordem levantada no julgamento da Reclamação nº 28/CE⁷¹, referente a constitucionalidade do § 2º e caput do art.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁷¹ QUESTÃO DE ORDEM. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 84, PARÁGRAFO 2º, DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.628/2002. 1. A constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002 está sendo objeto de questionamento nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2.797/DF e 2.860/DF, ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. O pleito de medida cautelar articulado na Adin nº 2.797-2/DF restou indeferido pelo eminente Relator, ministro Sepúlveda Pertence, encontrando-se as ações, até o presente momento,

84⁷² do Código de Processo Penal, considerou-o constitucional. Por tal razão processou e julgou o ex-Prefeito de Lagoa Seca-PB (Sr. Gilvando Carneiro Leal, Processo 2002.82.01.001743-0⁷³) em sede originária, Ação de Improbidade Administrativa manejada pelo Ministério Público contra aquele ex-gestor, mesmo a época da ação o demandado não sendo mais agente político. Ao final foi o demandado condenado por improbidade administrativa com a suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos. A decisão passou em julgado e foi iniciada a aplicação da pena.

- b) O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba analisou e julgou, em sede de Arguição Incidental de Inconstitucionalidade⁷⁴ (processo nº 2004.006192-1)

pendentes de julgamento de mérito. 2.- Questão de ordem resolvida para declarar a competência desta corte para o processo e julgamento das Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 84, parágrafo 2º, do CPP, com redação fornecida pela Lei nº 10.628/2002, até que sejam julgadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

⁷² Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

⁷³ ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA PREFEITURA. OMISSÃO CARACTERIZADA. 1.- Os fatos havidos como ímprobos relacionam-se à não prestação de contas, em fase do exercício da chefia executiva do Município de Lagoa Seca/PB (ex-Prefeito), perante o FNDE, das verbas recebidas, no período de 1999 a 2000, através do Programa Direto na Escola – “PDDE”. 2.- Porque não era necessária a formalização de convênio ou acordo, o “PDDE” se caracterizava pela transferência dos valores federais, diretamente para conta corrente das unidades executoras, que os deviam aplicar nos estabelecimentos de ensino fundamental (inciso I, parágrafo único, do artigo 9º, da Medida Provisória nº 1.979/19/00. 3.- Se é certo, por um lado, que deixou de haver a prestação de contas devida por cada unidade gestora, é certo também, por outro lado, que tal não constituiu escusa para o dirigente maior do ente público, a quem competia, diretamente ou por intermédio de assessores, efetuar a cobrança das multicitadas prestações de contas devidas pelas entidades subordinadas ao Executivo Municipal. 4.- A omissão no tocante a essa prática importou na inclusão da Municipalidade no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN, impedindo-a de celebrar novos convênios e angariar recursos federais. 5.- Omissão por parte do ex-Prefeito, que ultrapassou a esfera da simples irregularidade administrativa, e afrontou os princípios da legalidade e da lealdade às instituições, que regem a Administração Pública – artigo 11, VI, da Lei nº 8.429/92. Procedência do pedido. 6.- Incidência das seguintes cominações, todas previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo diploma legal: suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos e, pagamento de multa civil equivalente a 05 (cinco) vezes o valor da remuneração por ele percebida.

⁷⁴ CONSTITUCIONAL e PROCESSO CIVIL – Arguição incidental de inconstitucionalidade – Autos remetidos ao Tribunal Pleno – Respeito à cláusula de reserva de plenário – Art. 97 da CF – Matéria semelhante já apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – Desnecessidade de se obter votos da maioria absoluta do TJ/PB – Inteligência do art. 481, § 1º, da Lei de Ritos –

para reconhecer a inconstitucionalidade de preceito de Lei Municipal que determinava a vinculação da remuneração de servidores municipais ao salário mínimo vigente. Todavia, antes desta declaração foi formado precatório contra a fazenda municipal (TRT-RP-700/94) em valores na ordem de 08 milhões em razão, exclusivamente, da aplicação da norma tida como inconstitucional.

É bem verdade que a decisão lançada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Regional na Reclamação nº 28/CE no que tange a argüição de inconstitucionalidade nela argüida teve o condão de declarar a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, ensejando o julgamento da ação de improbidade administrativa, em sede originária, pelo TRF da 5ª Região, causando a condenação do demandado em decisão passada em julgado. Atente-se que aquele processo só chegou a ser processado e julgado originalmente pelo TRF da 5ª em razão da argüição de constitucionalidade antes decidida. Todavia o que fazer se o STF ao julgar as ADIN nº 2.860-0 e ADIN nº 2.797-2, considerou os §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP como inconstitucionais se a decisão na ação de improbidade restou transitada em julgado? Outra saída não resta senão a adequação da coisa julgada ao comando constitucional, pouco importando se a decisão sobre definitiva sobre a constitucionalidade da norma ocorreu antes ou depois do trânsito em julgado.

No outro caso a situação ainda é mais conflitante, eis que envolve interesses e

Inconstitucionalidade que podia ter sido julgada pelo órgão Fracionário – Retorno dos autos à 4ª Câmara Cível – Desnecessidade – observância dos princípios da economicidade e celeridade – Inconstitucionalidade declarada pelo Plenário. 1.- Regra geral, somente pela maioria absoluta de todos os membros de Tribunal de Justiça é que se pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 97 da CF). Se já houver, a respeito da matéria, o pronunciamento do Pleno do STF, não se deve observância a essa regra, sendo o caso de se aplicar o art. 481, § 1º, do Digesto Processual Civil. Entretanto, se, mesmo assim, o Órgão Fracionário aprovou a argüição incidental e remeteu os autos ao Plenário da Corte, deve ser nele – Plenário – apreciada e julgada a constitucionalidade do ato normativo, haja vista a inexistência de qualquer prejuízo e o respeito ao princípio da economicidade e celeridade. CONSTITUCIONAL – Argüição incidental de inconstitucionalidade – Servidores municipais – Pretensão de vinculação dos vencimentos ao salário mínimo – Impossibilidade – Existência de expressa vedação constitucional – Previsão nos arts. 3º e 4º da Lei Municipal nº 7.165/92 e nos arts. 5º e 6º da Lei Federal nº 4.950-A/66 – Incompatibilidade destas normas com as regras insertas no art. 7º, IV, e art. 37, XIII, ambos da Lei Maior, e art. 30, XVII, e art. 33, I, da CE – Inconstitucionalidade evidenciada – Decretação incidental que se impõe. 1.- Despontam incompatíveis com o disposto nos arts. 7º, IV, e 37, XIII, da Constituição Federal, e com o art. 30, XVII, e art. 33, I, da Constituição Estadual, os dispositivos previstos nos arts. 3º e 4º da Lei Municipal 7.165/92, bem como o art. 7º do Decreto 2.399/92, ao determinar a vinculação da remuneração de servidores públicos por eles contemplados ao salário mínimo vigente. Ilação jurisprudencial consolidada.

direitos da fazenda pública. Neste caso a decisão na arguição de inconstitucionalidade adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba recolheu, frente a constituição federal, a inadequação constitucional de norma municipal que fixou e indexou o patamar mínimo do salário dos engenheiros do quadro da Prefeitura Municipal em 08 (oito) salários mínimos. Todavia, com base nesta mesma norma – agora tida por inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado – foi emitido um precatório de mais de 08 milhões em desfavor da fazenda municipal, crédito esse que, por acordo entre as partes, teve o seu pagamento parcelado.

Ocorre que mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença passada em julgado, ainda persistem os efeitos daquela norma visto que ainda há várias parcelas do precatório (originado da decisão fundada em norma inconstitucional) a serem pagas. O que fazer? Não vejo outra saída a não se flexibilizar a coisa julgada para adequar aquela decisão aos comandos da constituição.

Em síntese, entendo não ser necessária a prévia existência de norma infraconstitucional regulando o tema, nem que o teor das normas já existentes sejam *numeros clausus*, bastando para tanto, em sede de relativização da coisa julgada inconstitucional, que se tenha, ao menos, uma decisão de efeitos *erga omnes* declarando a inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença passada em julgado, seja ela provenientes do STF, STJ, TRF ou qualquer outro tribunal que tenha competência para apreciar o tema.

7 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

7.1 Importância dos efeitos

Como visto anteriormente, até por previsão infraconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal pode ensejar a relativização da coisa julgada por força do disposto no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil.

Todavia, esta declaração pode ter sido proferida em decisão posteriormente a decisão passada em julgada fundada em norma inconstitucional. E, nesses casos, pode estar sendo ou já ter sido executada a aludida decisão e, nesses casos como proceder se os efeitos forem retroativos? Essa retroação pode ser ainda mais fatal quando os efeitos da sentença maculada já tiverem sido empreendidos completamente.

Diante desta situação o legislador pátrio, sensível a problemática e, sobretudo, a necessidade de se apresentar soluções positivou a regra e as exceções para a fixação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

7.2 Efeitos no direito comparado

Como posto em capítulo anterior, o direito pátrio, no tocante a relativização da coisa julgada, sofre efeitos e influência concreta do direito alienígena.

No tocante aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma inconstitucional, não foi diferente. No direito alemão a regra é a não retroatividade na área cível, embora possa ocorrer em se tratando de decisão penal que aplicou a norma declarada inconstitucional.

Na Espanha, como bem ensina Eduardo Talamini⁷⁵, atribui-se o efeito da declaração da inconstitucionalidade *pro futuro* a partir da sua publicação. Ademais, esta aplicação guarda respaldo constitucional.

Já em Portugal, continua Eduardo Talamini⁷⁶, tem-se como regra a retroativa declaração de inconstitucionalidade. O sistema de controle de constitucionalidade português apresenta um modelo de retroatividade atenuável. Segundo o qual:

A decisão produz efeitos desde a entrada em vigor da norma inconstitucional ou, em caso de inconstitucionalidade superveniente, desde o momento em que sobreveio tal defeito (art. 282, n. 1 e 2). A Constituição portuguesa expressamente exclui dessa eficácia retroativa sentenças revestida da coisa julgada (“casos julgados”), excetuando da exclusão as que envolvam matéria penal, disciplinar ou de “ilícito de mera ordenação social”, quando a declaração de inconstitucionalidade puder representar situação mais favorável ao condenado (art. 282, 3).

Por sua vez, o modelo americano reconhece a tese da nulidade e da ineficácia absoluta da lei inconstitucional, de modo que seus efeitos são retroativos, não importando a sua natureza. É bem verdade que este entendimento tem comportado abrandamento jurisprudencial.

A rigidez do modelo americano, influência ou decisivamente a concepção de eficácia da declaração dos efeitos da inconstitucionalidade, onde, implantou-se, como regra, a retroação dos efeitos. Todavia, ao poucos foram estabelecidos mecanismos para colocar ressalvas e limites a tal eficácia retroativa.

7.3 Efeitos. Sentença inexistente. Irretroatividade absoluta

Alguns doutrinadores como Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem que as sentenças fundadas em lei declarada inconstitucional constituem um ato juridicamente inexistente, posto que a sentença é um ato emanado de um poder público e, como tal, devendo, como deve, se sujeitar aos ditames

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: Op. cit., p. 106, nota 34.

⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. Ibid.

constitucional, em casos de não observância dos preceitos contidos na Lei Maior, mister se faz reconhecer a sua inexistência no ordenamento jurídico.

Assim, não existindo no mundo jurídico pouco restaria a observar quanto aos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.

Com bastante acerto, Luiz Guilherme Marinone⁷⁷, enfrentando o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier, defende que como o que é declarado inconstitucional é uma lei e não o ato judicial específico, este vigoraria até a declaração do desfazimento do ato, quando aponta em resumo:

Por outro lado, e agora em outra dimensão, é preciso dizer que, na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado da interpretação judicial se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.

Sobre o assunto Eduardo Talamini⁷⁸ também defende a que a declaração da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a sentença não a torna nula. E argumenta:

A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional, não é só por isso “nula” ou “inexistente”. (...) Mas, a título de argumentação, ainda que pudéssemos dizer a lei inconstitucional é uma “não-lei”, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento de mérito é inexistente. Nem de nulidade, propriamente, padece essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência e validade.

Comungo com o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e Eduardo Talamini por entender que a sentença, embora fundada em norma tida posteriormente como inconstitucional, existe no mundo jurídico, pois configura o posicionamento ou entendimento de um magistrado, obedecendo aos requisitos objetivos exigidos para a elaboração de uma sentença ou acórdão. Portanto, o ato existe e, por conseguinte, persiste a necessidade de se ver declarada a nulidade ou anulabilidade do referido ato

⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais – a questão da relativização da coisa julgada material. In: Op. cit., p. 235, nota 34.

⁷⁸TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In: Op. cit., p. 114, nota 34.

seja por intermédio de ação rescisória, embargos à execução ou utilizando-se a *querela nulitatis*.

7.4 Os efeitos da declaração e o art. 27 da Lei 9.868/99

Antes mesmo do advento da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma não poderia ser absoluta, devendo guardar temperança para evitar lesão maior à segurança jurídica. Um exemplo claro deste fato é quando o STF declara inconstitucional norma que enseja suspensão de vantagem que vinha sendo percebida por funcionário público. Nesses casos o posicionamento é no sentido de que seja suspenso o pagamento das vantagens decorrente da lei inconstitucional, evitando-se, entretantes, a irrepetibilidade dessas verbas por serem de natureza alimentícia.

Em perfeito compasso com essa necessidade, veio o legislador infraconstitucional normatizar essa possibilidade. Ao fazê-lo estabeleceu como regra a retroatividade, sem, todavia, perder de mente a possibilidade de aplicar, quando o caso ensejar, os efeitos daquela decisão a partir da declaração da inconstitucionalidade. Para melhor análise vejamos o que restou especificado no art. 27 da Lei 9.868, vejamos:

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

Atente-se que a fixação da regra da retroatividade dos efeitos da declaração ficou bem clara, tanto que para excepcioná-la se faz necessário a decisão por quorum qualificado e, ainda, se a segurança jurídica ou o excepcional interesse social o ensejar. Portanto, a regra é que nos pronunciamentos de inconstitucionalidade de uma norma, em controle concentrado, esta decisão será dotada de eficácia *erga omnes* e com efeitos *ex tunc*.

Sobre essa inovação Walber Agra⁷⁹ entende que ficou estabelecida uma maior discricionariedade para o Poder Judiciário tendo asseverado

Inovação trazida pela Lei 9.868/1999 foi possibilitar que o STF, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, mediante o quórum qualificado de dois terços dos seus componentes, e levando em conta razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, modifique os efeitos *ex tunc*, tidos como regra geral, para *ex nunc* ou *pro futuro* ou restrinja os efeitos daquela declaração. Com isso, há um maior espaço para decisões discricionárias por parte do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade. De acordo com a conveniência do caso concreto, com a finalidade de atender à segurança jurídica e ao interesse social, a extensão dos efeitos das declarações pode ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*.

O escólio de Humberto Theodoro Júnior⁸⁰ também é no sentido a aplicação de exceções à regra irrestrita da retroatividade da deliberação tomada, ao assim pontificar:

Aludida limitação se justifica à medida que, no direito brasileiro, a segurança jurídica é um princípio da própria República Federativa, consoante consagrado no preâmbulo da Constituição Federal. A necessidade de respeito à segurança jurídica traz consigo a consequência de que a eficácia da deliberação deverá ser examinada caso a caso, não admitindo, portanto, soluções preconcebidas.

Em sentido contrário – *com o qual não concordo* - é o entendimento de Ives Gandra⁸¹ que entende ser, a aplicação de efeitos *ex tunc* a declaração de inconstitucionalidade, uma irresponsabilidade impositiva argumentando:

Em face desse raciocínio, não entendo viável em nosso ordenamento – não é a opinião de Gilmar Mendes – a adoção de instituto semelhante ao do direito alemão, de se dar eficácia *ex nunc* às decisões definitivas, e oito dos Ministros da Suprema Corte assim decidirem. Tal entendimento pode gerar, principalmente no campo do direito tributário, a irresponsabilidade impositiva, com a possibilidade de s exações inconstitucionais, mesmo após a decisão definitiva da Suprema Corte, terem seus inconstitucionais efeitos perpetuados, entendendo-se o Estado – que violentou a Constituição – autorizado a permanecer com o produto da arrecadação ilegítima, pela eficácia ofertada à decisão definitiva.

⁷⁹ AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. p. 533.

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: Op. cit., p. 179, nota 34.

⁸¹ MARTINS, Ives Gandra. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 206.

Assim, se a coisa julgada não pode ser contrária a Constituição, de igual modo, a supremacia da constituição não deve se sobrepor à segurança jurídica, indispensável para estabilidade do ordenamento jurídico. Em havendo este conflito, ganha especial relevo a estabilidade das relações decididas, ainda que fundada em lei declarada constitucional, ensejando o abrandamento da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

8 INSTRUMENTOS PARA DESFAZIMENTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

8.1 Aspectos gerais

A desconstituição da coisa julgada oriunda de sentença vitimada ou fundada em norma inconstitucional deixa o esquadro da possibilidade para transitar no espectro da absoluta necessidade.

O relevo e a importância da segurança jurídica e da coisa julgada, guardam limitação nos ditames contidos na Constituição Federal, mormente na supremacia dos comandos constitucionais aos quais devem se submeter, não apenas os atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo, mas, também, os atos decorrentes do Poder Judiciário.

Sobre a impossibilidade de coabitação no ordenamento jurídico de sentença fundada em norma inconstitucional assim pontuou Carlos Valder do Nascimento⁸²:

Não resta dúvida sobre a existência da coisa julgada inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, tendo presente a necessidade de adequação da sentença ao plano do justo. Fora disso, seria a consagração do absurdo e ninguém pode escapar ao controle social. Especialmente do Poder Judiciário, dentro do possível, cabe fazer justiça e não transformar o injusto no justo por amor ao formalismo rigoroso do processo, sob o pretexto de colocar, a qualquer custo, mesmo imoral, ponto final da contenda.

Restando sedimentada a possibilidade de relativização dos efeitos da coisa julgada decorrente de sentença fundada em norma inconstitucional, necessário se faz, agora, enfrentar e traçar uma adequação dos instrumentos hábeis para esse desiderato.

8.2 Da Ação Rescisória como instrumento de relativização

Como visto em capítulo anterior a ação rescisória constitui importante instrumento em busca da relativização da coisa julgada.

⁸² NASCIMENTO, Carlos Valder. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2005. p. 132.

Como o próprio nome já o diz, a ação rescisória não se trata de um recurso, mas de uma ação autônoma com a finalidade específica de atacar decisões passada em julgado em busca de rescindi-las. Etmologicamente, como bem salienta Luiz Flávio Yarshell⁸³:

(...)“rescisão” é o termo que encontra correspondência no termo “cassação”, sendo clássica a lição de que “cassar” não significa outra coisa senão “rescindir”. De qualquer modo, o vocábulo – visto sob o ângulo do chamado juízo rescindente – pode ser entendido como sinônimo de desconstituição.

A positivação contida no caput do art. 485 estabelece que, por intermédio da ação rescisória, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida. E, ao longo do aludido artigo, é especificada uma lista, *numerus clausus* ou taxativa, indicando cada um dos casos em que seria cabível o manejo da ação rescisória. Portanto, que a ação rescisória é um instrumento para o desfazimento de sentença passada em julgado, isso não se questiona. O que se pretende enfrentar é se o instituto jurídico da ação rescisória se presta para atacar a coisa julgada inconstitucional. Essa é a questão!!

Antes de se analisar o cabimento da ação rescisória para espancar a coisa julgada inconstitucional, necessário se faz ter em vista que, em qualquer caso e independentemente da constitucionalidade ou não da decisão passada em julgado, imperioso se faz atentar que a ação rescisória guarda uma limitação temporal para o seu manejo.

O art. 495 estabelece que “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

Alicerçando entendimento em contrário, Ivo Dantas⁸⁴ defende a utilização da Ação Rescisória como instrumento adequado para enfrentar a coisa julgada inconstitucional, mas não admite a limitação decadencial do biênio legal quando o

⁸³ YARSHELL, Luiz Flávio. **Ação rescisória**: juízos rescindentes e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25

⁸⁴ DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência In: Op. cit., p. 261, nota 23.

fundamento para a ação rescisória for a violação a Constituição Federal, sob os seguintes argumentos:

Admitida, portanto, a propositura de Ação Rescisória em que a norma frontalmente ferida seja um dispositivo constitucional, falta-nos apenas vencer a questão do prazo decadencial, ou seja, apenas advogamos uma maior abertura par ao uso da Ação Rescisória contra decisões inconstitucionais, isto porque, na hipótese, e apesar de a Constituição ser a Lei das Leis, não nos satisfaz nem impressiona a simples interpretação controvertida nos tribunais, mas sim (e a repetição é proposital) a declaração de inconstitucionalidade da lei, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Em conseqüência, não aceitamos, nos casos de inconstitucionalidade, o prazo, e como dissemos acima, sem e tratando de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente, por estar calcada em lei inconstitucional;

Não se pode deixar ao lado o pressuposto de que a ação rescisória só pode ser utilizada até 02 (dois) anos após o trânsito em julgado por força de limitação legal. É bem verdade que seria muito conveniente e adequado a majoração desse prazo para os casos de coisa julgada inconstitucional ou, até mesmo, a ausência de limitação temporal para esse caso. Todavia, mister se faz uma modificação normativa. Da forma se hoje se apresenta, não vejo como suplantar este obstáculo decadencial.

Com efeito, em estando dentro do biênio legal para o manejo da ação rescisória pode a mesma ser utilizada para atacar a coisa julgada constitucional? A resposta que se apresenta deve ser positiva.

Por força do contido no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, pode a ação rescisória ser manejada quando a coisa julgada atacar texto de lei. Ora, se é possível o manejo desta ação quando há violação de lei – ou seja, norma infraconstitucional -, por mais e maiores razões também é possível utilizar a ação rescisória quando a Lei Maior estiver atacada pelo *decisum* vergastado.

Neste caso, para que a sentença rescindenda seja modificada com fulcro no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, necessário se faz que a mesma tenha sido fruto de um desconhecimento da norma violada ou da inaplicação de uma norma específica, não sendo possível ou cabível, se a decisão atacada for fruto de decisão

controvertida nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal, em respeito e proteção ao instituto da coisa julgada e da segurança jurídica, editou a Súmula 343 regulando o assunto, que assim dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

O que a suprema corte buscou ao instituir essa norma foi evitar que a via estreita da ação rescisória fosse aberta em decorrência de qualquer má interpretação da norma infraconstitucional, para tanto, se faz necessário que a interpretação se equivalha a uma própria violação.

Ainda no tocante a interpretação de norma, o Supremo Tribunal Federal, mantendo a súmula 343, editou a súmula 400 referente ao Recurso Extraordinário que assim dispõe: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da C.F.”⁸⁵

Como se depreende, quando se trata de norma infraconstitucional o Supremo evita o enfrentamento da constitucionalidade do tema quando fundado em mera divergência de interpretação de norma por tribunais.

Por outro lado, o STF tem decidido que a aplicação da súmula 343 se refere a interpretação controvertida de lei contida em norma infraconstitucional e não em material constitucional, pois nesse último caso, independentemente da interpretação ou da controvérsia deve a coisa julgada que viola a Carta Magna ser objeto de ataque por meio de ação rescisória, visto que a constituição não pode ficar sujeita à perplexidade.

Em contrário a esse entendimento Luiz Guilherme Marinoni⁸⁶ assevera que a súmula 343 também deve ser aplicada nos casos em que o fundamento para a rescisão é

⁸⁵ O dispositivo legal indicado nesta súmula é da Constituição Federal de 1946.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais. In: Op. cit., p.240, nota 34.

a violação da Carta Magna asseverando que:

Isso quer dizer que ou a Súmula n. 343 não vale nada – nem mesmo para as leis infraconstitucionais – ou ela deve ser aplicada também à matéria constitucional. Mas, pensar na eliminação da Súmula 343 significa dar extensão desmedida ao art. 485, V do CPC, equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação da sua própria essência.

A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da vida após o encerramento do processo que definiu o litígio -, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas.

No que pese os argumentos acima citados, entendo que a Súmula 343 do STF subsiste em nosso ordenamento jurídico. Todavia, deve a mesma ser aplicada apenas no que concerne a alegação de violação das normas infraconstitucionais, visto que quando se trata de norma constitucional deve as demais decisões guardar simetria com a norma específica contida na Constituição, como também com a interpretação dada a Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal. Pensar em sentido contrário, seria desconsiderar, por exemplo, as decisões do STF em que procede a análise de dispositivo legal e específica a interpretação da norma conforme a Constituição, como forma e fonte a ensejar a justificativa para a demonstração da violação de dispositivo legal a ensejar ação rescisória. Por tais razões entendo que é possível combater a sentença passada em julgado que tenha como fundamento norma inconstitucional, por intermédio de ação rescisória (art. 485, V, CPC) ainda que a decisão rescindenda tenha como fundamento e aplicação interpretação controvertida sobre a aplicação de preceito constitucional.

8.3 Os Embargos à Execução como fonte de rescisão

Embora a ação rescisória seja um excepcional instrumento para o ataque à coisa julgada inconstitucional, tem-se que este instrumento jurídico tem a sua utilidade limitada pela barreira temporal consistente no biênio legal para o seu ajuizamento.

Ao instituto da ação rescisória, foi inserida a possibilidade de ataque a coisa julgada, seja esta constitucional ou não, sem limitação temporal, por intermédio de embargos à execução.

Esta previsão está contida no art. 741, parágrafo único e no art. 475-L, II, § 1º do Código Processo Civil e constitui importante e decisivo passo para possibilitar o soerguimento do justo e legal sobre o injusto e ilegal ainda que a decisão tenha passado em julgado.

A inovação legislativa abriu a possibilidade às partes de enfrentarem a sentença passada em julgado, desde que as mesmas tenham se pautado em norma tida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em dois momentos: na impugnação quando da fase de liquidação da sentença e nos embargos à execução. A referida inovação assim grafou os artigos indicados:

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

II - inexigibilidade do título;

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

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

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

É indiscutível a importância da posituação desta possibilidade, posto que demonstra avanço legislativo na busca da proteção da Carta Magna. Todavia, reitero, como pontificado em capítulo anterior, que a via aberta por estes dispositivos também possibilita que outras decisões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma – *mormente as adotadas por outros tribunais, como, por exemplo, nos casos de arguição de inconstitucionalidade* – também possam ser utilizadas como forma de espancar a coisa julgada fundada em inconstitucionalidade.

Sobre esse avanço o Ministro Gilmar Mendes⁸⁷ não apenas o reconhece como necessário, mas também como indispensável como instrumento de respeito à separação

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In: Op. cit., p. 102-108.

dos poderes, ao asseverar:

Vê-se, pois, que, com a adoção do novo modelo normativo, ampliou-se a possibilidade de impugnação dos atos concretos inconstitucionais, especialmente das sentenças ou decisões judiciais fundadas em leis inconstitucionais ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição.

É que tais sentenças transitadas em julgado poderão ter a sua inexigibilidade reconhecida em sede de embargos à execução nas ações contra a Fazenda Pública ou mediante impugnação proposta nas demais formas de execução judicial.

Abriu-se, assim, uma nova perspectiva dogmática para o debate em torno da superação da coisa ‘coisa julgada inconstitucional’ no âmbito do próprio processo de execução judicial.

Cuida-se de solução que, respeitando a separação de plano de validade da lei e do ato concreto, concebe fórmula adequada de impugnação, no âmbito do procedimento de execução, da sentença judicial proferida com base em lei inconstitucional ou adotada com lastro e interpretação não compatível com a Constituição.

O reconhecimento desse novo instrumento ganha contornos de importante ferramenta, haja vista que pode a mesma ser utilizada, justamente, quando o exequente pretende obter os efeitos concretos da sentença passada em julgado, posto que na maioria das vezes não mais é cabível o manejo da rescisória (até por que o seu simples manejo não suspende a decisão rescindenda) quando da concretização dos efeitos da decisão que agasalha a coisa julgada inconstitucional.

É bem verdade que com a possibilidade de se atacar a coisa julgada inconstitucional na impugnação ou com os embargos à execução abre-se um grande caminho, mas, até mesmo nesses casos há uma limitação temporal, qual seja: a oportunidade para oferecimento dos embargos e a oportunidade para apresentar impugnação.

O alcance da norma contida no parágrafo único do art. 741 do CPC, já foi abordado em julgamento de Recurso Especial pelo STJ nos RESP nº 720.953-SC e 721.808-DF, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, oportunidade e que restou assim assentado:

Realmente, o novo instrumento rescisório não tem a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam

do controle da constitucionalidade das normas. A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica norma constitucional considerada não-auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte. A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade não especificados naquele dispositivo. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da “relativização da coisa julgada”, com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns admitindo a “relativização” (v.g.: José Augusto Delgado, “Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais”, in “Coisa Julgada Inconstitucional” – Coord.. Carlos Valder do Nascimento, RJ, América Jurídica, 2002; Humberto Theodoro Jr. E Juliana Cordeiro de Faria, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in “Coisa Julgada Inconstitucional” – Coord.. Carlos Valder do Nascimento, cit., p. 83; Cândido Dinamarco, “A nova era do Processo Civil”, Malheiros, 2003, p. 220-266; Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, “O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de relativização”, RT, 2003), e outros negando-a peremptoriamente (v.g.: Ovídio A. Batista da Silva, “Coisa Julgada relativa?”, RDDP 13:102-112; José Carlos Barbosa Moreira, “Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, n. 22, p. 91-111; Luiz Guilherme Marinoni, “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, Gênesis – Revista de Direito Processual Civil 31: 142-162). Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção, para tanto, do procedimento do art. 741, parágrafo único, do CPC, mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecido. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado – por imposição do princípio da instrumentalidade - o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destina o referido mecanismo. A força rescisória dos embargos à execução restringe-se, conforme expressa o texto normativo, a “(...) título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização desse novo mecanismo de rescisão: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional. Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, parcial ou integral. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a

Constituição.”

O precedente do STF a ser utilizado pode ser decorrente de controle direto ou indireto, tendo o Superior Tribunal de Justiça tido oportunidade em enfrentar o tema no julgamento do RESP nº 720.953-SC e 721.808-DF, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, oportunidade em que assim assentou:

Pouco importa, para os fins previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC, a época em que o precedente do STF foi adotado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, distinção que a lei não estabelece. A tese de que somente se poderia considerar, para esse efeito, os precedentes supervenientes à sentença exequenda, não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade. É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo e, ademais, nem é cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme tivemos oportunidade de mostrar em sede doutrinária (Teori Albino Zavascki, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, SP, RT, 2001, p. 25). A recomendação de nossa doutrina clássica - de que a eficácia erga omnes das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “efeito natural da sentença” (Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 143; CASTRO NUNES, José. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 592) -, está ganhando campo no plano legislativo e jurisprudencial. Relativamente à ação rescisória em matéria constitucional, conforme já se referiu, os precedentes do STF atuam com idêntica força, pouco importando a natureza do processo do qual emanam. É assim também para os fins do art. 481, parágrafo único, do CPC, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade, indiferentemente de terem sido tomadas em controle concentrado ou difuso.”

Portanto, como dito anteriormente, a sistemática introduzida parágrafo único do art. 741 e do § 1º do art. 475-L, todos do Código de Processo Civil, constitui fundamental e importante instrumento de combate as sentenças transitadas em julgado inconstitucionais.

Precluindo esta oportunidade e não sendo mais cabível a ação rescisória, o que fazer? Em resposta a este questionamento tem-se, ainda, a possibilidade da utilização da

querela nulitatis.

8.4 A *querela nulitatis* como instrumento hábil

Sob a influência do direito romano, ainda persiste em nosso ordenamento jurídico a *querela nulitatis* como forma de atacar o erro *in procedendo*.

É indiscutível a influência dos estatutos italianos em nosso direito processual tanto que José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸ assim pontifica:

Foi no direito intermediário, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana, que se julgou necessário criar, para a denúncia dos erros *in procedendo*, um remédio especial, a *querela nulitatis* exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por aquilo a que se chamava *imploratio officii judicis*. Esse remédio comportava duas modalidades: a *querela nulitatis sanabilis* e a *querela nulitatis insanabilis*. Na maioria dos ordenamentos europeus, a primeira foi pouco a pouco absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de alegar-se por meio de recurso, sob pena de ficarem preclusos com o esgotamento das vias recursais.

No mesmo sentido é o escólio de Alexandre dos Santos Macedo⁸⁹ que, em sua obra específica sobre a *querela nulitatis* asseverou:

A *querela nulitatis* comportava duas modalidades, a *querela nulitatis sanabilis* adequada à impugnação dos vícios sanáveis, e a *querela nulitatis insanabilis*, a ser proposta para impugnar os vícios mais graves. Aquela fundiu-se com os recursos em diversos ordenamentos europeus, com a transformação dos motivos de nulidades menos graves em motivos de apelação; a *insanabilis* subsistiu e podia ser alegada como remédio extremo contra os vícios mais graves, considerados insanáveis e que, por isso, sobreviviam ao decurso dos prazos e à formação *dares judicata*.

Em nosso ordenamento jurídico a *querela nulitatis insanabilis* se apresenta sedimentada por intermédio da ação declaratória nos termos do art. 4º⁹⁰ do Código de Processo Civil, bem ainda nos casos de nulidade de citação nos termos do inciso I do

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5, p. 96.

⁸⁹ MACEDO, Alexandre dos Santos. **Da querela nulitatis**: sua sobrevivência no direito brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000. p.50.

⁹⁰ Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

art. 741 do diploma processual e, como mostramos anteriormente, nos termos do parágrafo único do art. 741 e do art. 475-J.

Nesse momento, convém enfrentarmos mais especificadamente o manejo da *querela nullitatis insanabilis* por intermédio da ação autônoma em busca da declaração de nulidade do provimento judicial.

Em se tratando de ação autônoma e em sendo o objeto do ataque o ato judicial protegido pela coisa julgada fundada em norma inconstitucional, tem-se que devem ser relativizados os prazos prescricionais ou decadenciais para o seu manejo. Neste norte é o posicionamento de Carlos Valder do Nascimento⁹¹:

Por outro lado, não pode ser decretado outro instrumento processual, remédio, também, indicado para remover os obstáculos advindos da coisa julgada inconstitucional. Trata-se da ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença. De inspiração romana, pois, derivada da *querela nulitatis*, pode ser utilizada sem observância dos prazos prescricionais ou decadenciais, portanto, a qualquer tempo com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional.

A importância da *querela nulitatis* é tamanha que os que defendem que a sentença que acolhe coisa julgada inconstitucional não transita em julgado por ser um ato inexistente⁹², ainda assim indicam como remédio contra este ato a *querela nulitatis* como se constata nas colocações tanto de Ivo Dantas⁹³ como o de Teresa Arruda Alvim

⁹¹ NASCIMENTO, Carlos Valder. Op. cit., p.173, nota 82.

⁹² Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina defendem: “Pensamos também, conforme se explicará adiante que as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição (e não de direito de ação!) já que não havia possibilidade jurídica do pedido.” **Entendimento com o qual não concordo posto que tendo a sentença preenchido todos os seus requisitos formais e objetivos, não se pode falar de ato inexistente.**

⁹³ “No mesmo sentido é o posicionamento de Ivo Dantas citado por José Augusto Delgado: “Diante desse raciocínio, podemos chegar às seguintes conclusões, a partir das quais novos aspectos poderiam ser analisados, desde que aceita a trilogia da Tese, antítese e Síntese. São elas: a) se a inconstitucionalidade significa inexistência da lei e/ou ato, não se poderá falar em Coisa Julgada por encontrar-se esta fundamentada em algo que não existe. A expressão Coisa Julgada Inconstitucional, neste caso, a rigor, seria utilizada mesmo reconhecendo-se a contradição, intrínseca que representa. Teria, possivelmente, um sentido mais retórico, que científico; b) sendo a Coisa Julgada calcada em norma inconstitucional, não se há de falar em relativização ou flexibilização da Coisa Julgada Inconstitucional, razão pela qual, os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em Inconstitucionalidade. Na prática, contudo, sem a rescisão, e como foi dito com base em Pontes de

Wambier e de José Miguel Garcia Medina⁹⁴:

Portanto, segundo o que nos parece, tendo sido atendido pedido formulado pela parte com base em lei inconstitucional, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da *necessidade*, mas da *utilidade* da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada.

Como posto acima, tem-se como adequado e cabível – *mormente quando não é mais cabível o manejo de ação rescisória, embargos à execução ou impugnação* – a interposição de Ação Declaratória de Nulidade a ser proposta pela parte prejudicada ou interessada visto que estaria presente todas as condições de ação ensejadora ao manejo da ação, ressaltando que o interesse de agir estaria presente ante a necessidade e, sobretudo, a utilidade do instrumento para a retirada da coisa julgada inconstitucional do ordenamento jurídico, bem como estaria a possibilidade jurídica do pedido (art. 4º do CPC) tendo em vista que a decisão fundada em lei inconstitucional tem uma fundamentação “errônea” ou ausente ante a declaração de sua inconstitucionalidade.

8.5 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como meio de controle

De origem germânica a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é mais uma garantia constitucional tendo em vista proteger e dar aplicação aos preceitos constitucionais.

A previsão constitucional para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no § 1º do art. 102 da Carta Magna que assim dispõe:

Miranda, ‘a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível’;” (DELGADO, José Augusto. “Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações Doutrinária.”. *in*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 111.”

⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. *In*: Op. cit., p. 344, nota 34.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Como posto na Constituição necessário se fazia uma legislação infraconstitucional para regulamentar a matéria. Apenas depois de mais de dez anos após a promulgação da Carta Magna foi a matéria regulamentada por intermédio da Lei n.º 9.882/99 (Lei da Arguição). Desde então passou a ADPF a ser um instrumento jurídico hábil e capaz de proteger a Lei Maior exclusivamente quando “*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*” nos expressos termos do inciso I⁹⁵ do art.1º da aludida norma.

Dúvidas não restam que a sentença é um ato resultante do Poder Público, haja vista que é função exclusiva do Poder Judiciário – *que é um poder público* – prestar a tutela judicial. E a sentença, em sendo uma forma de prestação judicial, é um ato resultante do Poder Público. Logo, a sentença (sobretudo quando passada em julgado) abre a via estreitíssima da ADPF quando lesionar preceito fundamental.

Nesse sentido é o pensamento de Fausto França Júnior⁹⁶ que expõe que “O que defendemos é que exigir que a ADPF seja usada apenas em face de atos normativos esvazia totalmente o seu conteúdo, equiparando-a a uma ADIN, e tornando o seu uso medida inócua, o que evidentemente não é o objetivo do constituinte.”

É bem verdade que embora seja um instrumento hábil para proteger e defender a Carta Magna, este instrumento tem o seu uso bem limitado seja pelos seus diminutos casos de cabimento (Só pode atacar ato do poder público e quando houver controvérsia

⁹⁵ Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

⁹⁶ FRANÇA JÚNIOR, Fausto. **A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF**. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 3, nº 113, 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina>>.

entre a Carta Magna e norma infraconstitucional, anterior a constituição) seja pela grande limitação de partes legitimadas⁹⁷ para propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todavia, não há que se olvidar que a ADPF pode, também, ser utilizada como instrumento para desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

⁹⁷ A limitação para propor a ADPF é especificada no inciso I do art. 2º da Lei 9.882/1999 quando prevê que apenas as pessoas legitimadas para propor a ADIN (art. 103, CF) podem manejar a ADPF.

9 TUTELAS DE EMERGÊNCIA NA FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

Nos tópicos anteriores restou demonstrada a impossibilidade e inadequação do ordenamento jurídico conviver com decisões inconstitucionais, ainda que tenham passado em julgado, haja vista que o Poder Judiciário não é dotado de poder constituinte originário, mas originado, logo, os seus atos não podem modificar comandos ou mandamentos expressos contidos na Carta Magna.

Para fazer prosperar a eficácia e legitimidade constitucional, os efeitos da coisa julgada devem ser mitigados quando esta contenha comando inconstitucional e, para tanto, necessário se faz ter como ponto de partida que a coisa julgada é regulamentada por norma infraconstitucional merecendo respeito e adequação às imposições constitucionais.

A relativização da coisa julgada tem sido enfrentada, entre outros meios, em sede de Ação Rescisória, bem como através de Embargos do Devedor, nos termos do art. 741 do Código de Processo Civil tendo o Superior Tribunal de Justiça enfrentado diretamente o tema por intermédio de diversos acórdãos como, por exemplo, nos RESP nº 720.953-SC e 721.808-DF sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki.

Assim, em sendo possível, como de fato o é, relativizar a coisa julgada mister se faz enfrentar e considerar que em determinadas situações seja imprescindível uma tutela de emergência para minimizar ou evitar os danos da coisa julgada inconstitucional. Imaginemos o caso em que um Município tenha parcelado o pagamento de um precatório originado de uma decisão fulcrado exclusivamente em uma Lei posteriormente considerada inconstitucional? O que fazer? Pagar a parcela seguinte e aguardar que seja enfrentado a flexibilização? O processo como instrumento de efetividade e justiça social impõe que o quanto antes seja retirado do ordenamento jurídico o comando que viola a Carta Magna.

Nestes casos, o direito, como fonte de restabelecimento da justiça social,

apresenta as tutelas de urgência como forma de solucionar ou proteger as situações que impõem uma atuação rápida e efetiva.

As modalidades de tutela de urgência existentes no ordenamento jurídico pátrio assim se apresentam:

- a) Tutela cautelar;
- b) Antecipação dos efeitos da tutela;
- c) Tutela de urgência satisfativa.

As modalidades acima declinadas, a primeira vista possuem idênticas características. Todavia, cada uma das modalidades possui uma particularidade distinta que peculiaridade a sua própria existência.

As tutelas cautelares são aquelas concedidas ou deferidas por intermédio de processo cautelar nominado ou inominado. O escopo principal dos processos cautelar – como o próprio nome indica – tem o objetivo de garantir ou acautelar determinada situação com o objetivo de evitar que padeça ou pereça o objeto da lide revestida no processo de conhecimento. O seu intuito principal é conservar ou garantir a efetividade do provimento de um processo de conhecimento e, como requisito primordial tem a presença do perigo da demora e a fumaça do bom direito.

As ações cautelares existem exclusivamente em função dos processos de conhecimento, podendo ser interpostas de modo preparatório ou incidental, mas, em qualquer dos casos guarda estrita dependência com a lide principal nos termos do art. 796⁹⁸ do Código de Processo Civil.

No caso da antecipação dos efeitos da tutela principal, como medida de urgência, o que se tem é a possibilidade de dentro do próprio processo de conhecimento poder ser total, parcial ou reflexamente ser antecipado o provimento judicial final pleiteado na lide. Para a sua concessão têm que ser obedecido os regramentos contidos

no art. 273⁹⁹ do Código de Processo Civil e, principalmente, a prova inequívoca, verossimilhança das alegações e, alternativa ou cumulativamente, *i*) perigo de dano irreparável ou de difícil reparação e/ou *ii*) que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto intuito protelatório do réu.

No que pertine a tutela antecipada um requisito importante deve ser analisado: o provimento antecipatório não pode ser irreversível, logo quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado a tutela não deve ser concedida, sob pena de suprimir ou tornar sem qualquer objeto a sentença meritória.

Sobre a diferença entre as tutelas cautelares e a antecipação de tutela o escólio de Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁰⁰ aponta que:

Na doutrina recente, afirmou-se, quando da generalização da antecipação dos efeitos da tutela, que se estaria diante de uma segunda categoria de tutela de urgência, paralela à tutela cautelar. Pode-se dizer que a diferença entre tais categorias - nem sempre de fácil constatação, no cotidiano forense - está na instrumentalidade da tutela cautelar em relação à tutela “principal”. Com efeito, o provimento cautelar, a rigor, não tem a vocação de tornar-se definitivo. De outra parte, os efeitos antecipados ex art. 273 do CPC tendem a tornar-se definitivos, se confirmado o pronunciamento judicial que a concedeu (= se concedida tutela pleiteada). Por isso que, na doutrina, afirma-se que nesse caso a tutela seria “satisfativa”, não no sentido de se conceder ao demandante providência definitiva acerca do direito pleiteado, mas no que

⁹⁸ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

⁹⁹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

¹⁰⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia Op. cit., p. 126-127, nota 56.

se refere à possibilidade de se permitir a este a fruição total ou parcial dos efeitos oriundos da tutela pleiteada, ainda que provisoriamente.

Mas adiante sintetiza a referida professora leciona:

Em suma: a tutela cautelar conserva a situação de fato ou de direito sobre a qual haverá de incidir eficazmente o provimento “principal”, a antecipação dos efeitos da tutela permite a fruição imediata dos efeitos da situação jurídica a ser reconhecida no provimento principal. Às vezes só essa permissão de função imediata dos efeitos da tutela é que permite sejam conservadas ou criadas condições para a eficácia do provimento jurisprudencial “principal”. Nos dois casos, no entanto, há provisoriedade, seja em relação ao provimento judicial, em si mesmo considerado, seja em relação aos efeitos do provimento judicial.

Por fim, nos casos de tutela de urgência satisfativa, deve a mesma ser concedida nos casos em que a sua não concessão inviabilize concretamente o objeto da ação principal e, ante a sua satisfatividade e irreversibilidade possui característica própria e distinta da tutela cautelar e da antecipação de tutela.

Pontificada as formas de tutelas de urgência convém perquirir agora se as medidas de urgências podem ser concedidas ou deferidas ao longo do processo que pleiteia o anular, definitivamente, os efeitos da coisa julgada de inconstitucional.

O que se questiona, de início, é se uma decisão interlocutória teria o condão de modificar uma outra decisão judicial protegida pela *res judicata* diante do princípio da segurança jurídica.

Essa possibilidade teve a sua abordagem primeira em saber se alguma das tutelas de urgência poderia ser concedida ou deferida previamente ou no curso de ações rescisória interpostas ou em qualquer dos outros instrumentos de combate a coisa julgada inconstitucional.

Em sede de ação rescisória os tribunais pátrios, mormente o STJ¹⁰¹ tem

¹⁰¹ “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL. 1. A despeito da norma inserta no artigo 489 do Código de Processo Civil, a jurisprudência desta Corte tem admitido, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória, para suspender a execução da decisão rescindenda, quando presentes as

entendido pela possibilidade de conceder a tutela antecipada nas ações rescisórias, sob o argumento de que se a tutela final não pode ser antecipada, por igual razão ao final também não poderá, em sendo concedida, atacar os efeitos da coisa julgada.

Sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada no curso de ação rescisória o professor FLÁVIO LUIZ YARSHELL¹⁰² pontifica que

Do ponto de vista lógico, antes de se cogitar da antecipação dos efeitos do novo julgamento é preciso admitir a antecipação dos efeitos decorrentes do juízo rescindente, não havendo como chegar a uma coisa sem a outra. Portanto, se não se admite a antecipação para o juízo rescindente, a rigor, não se deve admitir também pr ao rescisório. Nessa linha de raciocínio, para se chegar a um provimento antecipatório do novo julgamento se terá, quando menos de forma instrumental, antecipação do juízo rescindente: não há como produzir nova eficácia substancial enquanto vigoram os efeitos da decisão rescindenda, cobertos, até então, pela autoridade da coisa julgada material.

Não obstante seja cabível a antecipação de tutela nas ações rescisórias é, igualmente, cabível a interposição de tutela de urgência por intermédio de medida cautelar¹⁰³ seja nas ações rescisórias, nas ADPF's ou, ainda, nas *querellas nulitatis*. O cabimento de medida cautelar não se apresente como contraditório ao fato de poder ser

hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil. 2. "Será cabível a concessão de liminar nas ações rescisórias e revisional, para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando, em caso de fraude ou erro material comprovado." (artigo 71, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91). 3. Em existindo fortes indícios de que o benefício previdenciário deferido à ré fundou-se em prova falsa e em havendo sido fixada multa diária para a mora na implantação do benefício, resta demonstrada a verossimilhança da alegação, assim como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação a autorizar a suspensão da execução da decisão rescindenda, mormente porque, em se tratando de verba de natureza alimentar, obtendo êxito a autarquia previdenciária, dificilmente terá como se ressarcir do prejuízo que a execução possa lhe acarretar. 4. Agravo regimental provido." (STJ. 3ª Seção. AgRg no AR 2130/SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 24.10.2005, p. 168) PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. RESCISÓRIA. 1. É de se conceder os efeitos da tutela antecipada em sede de ação rescisória intentada para desconstituir acórdão decorrente de julgamento proferido sem intimação prévia da parte vencida. 2. Acórdão que está em fase de execução com capacidade de provocar danos de difícil reparação à parte executada, em face de penhora de seus bens. 3. Pressupostos presentes para a concessão dos efeitos da tutela antecipada. 4. Doutrina e jurisprudência apresentam fundamentos, na atualidade, em prol da concessão dos efeitos da tutela antecipada em ação rescisória, quando são evidentes os pressupostos para a sua concessão. 5. Agravo regimental provido por maioria concedendo os efeitos da tutela antecipada requerida." (STJ. 1ª Seção. AGRg na AR 3319/SP. Rel. Min. José Delgado. DJ 10.10.2005, p. 207.)

¹⁰² YARSHELL, Flávio Luiz. Op. Cit., p. 395, nota 83.

¹⁰³ O Professor Flávio Yarshell assevera que "É certo que, não admitida a antecipação quanto ao juízo rescindente, seria possível ressalvar, quanto a ele, a possibilidade da concessão de tutela de urgência na forma da medida cautelar. Contudo, isso não parece alterar a conclusão acima, porque, nesse particular, a medida cautelar teria essencialmente o escopo de sustar – total ou parcialmente – a eficácia da decisão rescindenda, e nada mais. Pela cautelar não é possível antecipar os efeitos do novo

antecipada a tutela. Para tanto, basta lembrar que ambos os institutos possuem características para deferimento e efeitos distintos. Através da medida cautelar se antecipa os efeitos da lide rescisória – *como pode ocorrer nos casos de tutela antecipada* – mas apenas serve para garantir a efetividade da decisão final na ação rescisória.

Ademais, o § 7º do art. 273 do CPC possibilita a fungibilidade entre as medidas antecipatórias e cautelares como forma de garantir a efetividade do processo propiciando uma eficácia substancial de atuação concreta no sobre a decisão rescindenda.

Como visto é possível a utilização das tutelas de urgência como forma de sobrestar a eficácia da decisão rescindenda, independentemente, da coisa julgada ser legal, ilegal ou inconstitucional.

juízo, mas tão-somente – e quando muito – assegurar que, quando sobrevenha, seja útil e eficaz, se for esse o caso.”

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão temos que embora seja imprescindível a necessidade de um parâmetro ou termo final para as lides judicantes como forma de evitar a eternização de litígios, é igualmente necessário a contínua e consistente proteção aos ditames constitucionais, pois estas normas são o marco inicial de todo o ordenamento jurídico.

Por tais razões, no primeiro capítulo foi abordada a importância da jurisdição constitucional, enquanto mecanismo indispensável à proteção e garantia na concretização dos direitos fundamentais, bem como no controle dos poderes públicos para que possam atuar com eficiência atendendo ao bem comum da sociedade, notadamente quando a coisa julgada apresenta-se como uma afronta a segurança jurídica e a própria Constituição Federal.

No segundo capítulo demonstrou-se que a proteção a coisa julgada não é de índole constitucional, mas, sim, infra-constitucional, eis que o legislador constituinte quis por a salvo a coisa julgada apenas dos efeitos de lei nova. Logo, apenas neste aspecto a coisa julgada encontra agasalho constitucional.

Analisando a relativização no direito comparado tem-se que o tema guarda discussões e aplicações desde a antiguidade, tendo sido inicialmente codificado em 1917 sob a forma de *restitutio in integrum*¹⁰⁴, como norma eclesiástica, e, posteriormente, sido adotado, pouco a pouco, na maioria dos ordenamentos jurídicos, tendo a positividade contida na norma alemã inspirado, decisivamente, o surgimento e a adoção de norma específica sobre o tema em nosso ordenamento que, complementada pela influência lusitana, incluiu a possibilidade de modulação da retroação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade quando das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁴ Este instituto é previsto como um recurso especial e peculiar, de caráter extraordinário, para impugnar a sentença manifestamente injusta – mas válida – que tenha passado em julgado.

Em seguida é feito um corte epistemológico para centrar o trabalho na flexibilização da coisa julgada inconstitucional, deixando, ao largo, temporariamente, a análise da flexibilização da coisa julgada ilegal¹⁰⁵, por entender que não se pode aceitar a permanência no ordenamento jurídico de uma decisão inconstitucional, ainda que protegida pelos efeitos da coisa julgada, seria permitir ou outorgar ao Poder Judiciário um poder constituinte originário, o que se torna impossível.

A Carta Magna é a demonstração positivada da soberania de um povo e a ela devem se submeter todos os atos do Poder Executivo Poder Legislativo, como também do Poder Judiciário. Logo decisão judicial, ainda que passada em julgado, que lesa a Constituição Federal não só pode mas como deve ser adequada aos comandos da *Lex Mater* ainda que tenha passado o prazo para a Ação Rescisória.

Pensar em contrário é entender que, como disse o Ministro José Augusto Delgado¹⁰⁶ “...que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroque ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que branco é branco, e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa”

Dentro desse prisma, a coisa julgada inconstitucional pode se apresentar de três formas: **a)** A sentença ofende diretamente a Constituição Federal; **b)** a sentença agasalha lei que foi tida como inconstitucional antes ou após ter sido lavrada a decisão inconstitucional e; **c)** a sentença deixa de considerar e aplicar lei sob a alegação de que esta é inconstitucional sem que haja decisão de efeito *erga omnes* nesse sentido, e que com a existência de decisão posterior tem-se a mesma como constitucional.

Definidos os casos em que ocorre a coisa julgada inconstitucional, para promover a sua relativização, necessário se fez o confronto entre o princípio da

¹⁰⁵ Entendemos que existe a coisa julgada injusta e ilegal e que a mesma, assim como ocorre com a coisa julgada inconstitucional, deve, também, ser relativizada ou flexibilizada. Todavia, necessário se faz traçar um marco divisório no trabalho como forma de possibilitar um maior e melhor enfrentamento do tema escolhido.

¹⁰⁶ Ob., cit., p. 63.

segurança jurídica com o princípio da constitucionalidade, devendo, até por força do princípio da proporcionalidade, prevalecer o princípio da constitucionalidade, posto que os atos judiciais também têm que se quedar aos comandos constitucionais.

Ao longo do trabalho restou demonstrada a desnecessidade de previsão infraconstitucional específica para propiciar a relativização da coisa julgada, visto que não é necessária ou exigível uma norma que determine a obrigatoriedade de observância da Constituição, por conseguinte, toda norma contrária a Carta Magna deve ser excluída do ordenamento jurídico ou, no mínimo, deve ter sua aplicação negada por todos os poderes constituídos. Por estas razões defendemos que não apenas as decisões com efeitos *erga omnes* provenientes do STF servem para embasar a relativização (esta com previsão infra-constitucional), como também as decisões lançadas por Tribunais de Justiça em sede de ADIN ou, ainda nas decisões em argüição de inconstitucionalidade proferida por qualquer tribunal (estas, sem previsão infra-constitucional específica).

A relativização da coisa julgada pode ser operada através do manejo da ação rescisória, dos embargos, da impugnação ou, ainda, pela *querella nulitatis* com base no art. 4º do Código de Processo Civil, como também por meio da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental prevista no § 1º do art. 102 da Carta Magna, regulamentada por intermédio da Lei n.º 9.882/99 (Lei da Argüição). Desde então passou a ADPF a ser um instrumento jurídico hábil e capaz de proteger a Lei Maior exclusivamente quando “*quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*” nos expressos termos do inciso I do art.1º da aludida norma.

Como visto os meios para o combate a coisa julgada inconstitucional guardam contornos legais e constitucionais, podendo ser operado, dependendo das peculiaridades do caso, por um ou por outro instrumento, mormente por meio do mais amplo deles: a *querella nulitatis*.

Outra questão enfrentada foi a atinente aos efeitos da decisão que relativiza a coisa julgada. No direito alemão e no espanhol defende-se que os efeitos daquela

decisão só operariam a partir do momento de sua prolação (*ex nunc*) possuindo efeitos *pro futuro*. Já no direito português e no norte-americano tem-se como regra a retroativa declaração de inconstitucionalidade, embora em ambos os sistemas tenha esta regra geral comportado abrandamentos. O direito pátrio seguiu as diretrizes portuguesas e norte-america e estabeleceu como regra a retroatividade, sem, todavia, perder de mente a possibilidade de aplicar, quando o caso ensejar, os efeitos daquela decisão a partir da declaração da inconstitucionalidade nas hipóteses traçadas no art. 27 da Lei 9.868 como forma de defesa da segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Por fim, em busca de evitar os nefastos efeitos da decisão eivada de inconstitucionalidade, poder-se-á cumular qualquer dos remédios jurídicos apontados como meio para propiciar a relativização com medidas liminares ou com a própria antecipação do provimento meritório. Apenas desta forma poder-se-á falar em soberania e supremacia da Constituição Federal dentro de todo ordenamento, possibilitando o controle da adequação dos atos do Poder Judiciário, quando estes macularem a Carta Magna, por intermédio de instrumentos eficazes e ágeis.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS, TESES, REVISTAS ESPECIALIZADAS E ARTIGOS DE INTERNET

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIN, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v. 1.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CALAMANDREI, Tiero. **Direito processual civil**. Traduzido por Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Brookseller, 1999. v.1.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook., 2000. v.2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição de direito processual civil**. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. _____. 2. ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: 1965. v. 3.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. (coord.). In: **Relativização da coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

DIEGO-LORA, Carmelo. **Eficácia de cosa juzgada y nueva propositio**: cuestiones básicas de derecho procesal canônico. Salamanca: Julio Manzanares, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada – I**, In Meio Jurídico, ano IV, nº 43, março/2001.

_____. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANÇA JÚNIOR, Fausto. **A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF**. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 3, nº 113, 2005. Disponível em: <<http://www.boletinjuridico.com.br/doutrina>>.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimentos dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACEDO, Alexandre dos Santos. **Da querela nulitatis: sua sobrevivência no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2000. p.50.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

MURILLO, Jorge de Salas. **Comentário exegético al código de Derecho Canônico**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2002. v. 2.

NASCIMENTO, Carlos Valder. (coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2005.

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

PINTO, Pio Vito. **I processi nel código di diritto canônico**. Cidade do Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

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

YARSHELL, Luiz Flávio. **Ação rescisória: juízos rescindentes e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DICIONÁRIOS

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 3.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988, Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1946, Disponibilidade de acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 e alterações posteriores. Institui o Código de Processo Civil. Disponibilidade de acesso em www.planalto.gov.br

BRASIL. Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponibilidade de acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRg na AR 3319/SP. Rel. Min. José Delgado. DJ 10.10.2005, p. 207.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RESP nº 720.953-SC. Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RESP nº 721.808-DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

ITÁLIA. Código de Direito Canônico. Disponibilidade de acesso em http://www.vatican.va/archive/ITA0276/_INDEX.HTM.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)