



Centro Universitário de Brasília – Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

TATHYANE KELLEN MEIRELES LIMA

A COISA JULGADA E A SUA RELATIVIZAÇÃO

Brasília

2011

TATHYANE KELLEN MEIRELES LIMA

A COISA JULGADA E A SUA RELATIVIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Cesar Augusto Binder.

Brasília

2011

TATHYANE KELLEN MEIRELES LIMA

A COISA JULGADA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Cesar Augusto Binder.

Brasília, 29 de setembro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Cesar Augusto Binder
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

Brasília
2011

Agradeço primeiramente a Deus, que me dá força para continuar a caminhada em busca dos meus objetivos. À minha família, pela compreensão, ajuda e por todo carinho ao longo deste percurso. Ao orientador Cesar Augusto Binder, pela dedicação e apoio contínuos na pesquisa, e aos demais professores pelo conhecimento transmitido.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa abordar a relativização da coisa julgada para além do prazo decadencial da ação rescisória à luz das normas e princípios constitucionais. O instituto da coisa julgada é um importante instrumento para a segurança jurídica, entretanto, é necessário analisá-lo sob a ótica dos anseios sociais consubstanciados na Constituição Federal. Dessa forma, a relativização da coisa julgada inconstitucional ganha relevo, gerando importante debate na doutrina e jurisprudência. No estudo em questão serão examinadas as principais características do instituto da coisa julgada, demonstrando a necessidade de sua relativização e os possíveis mecanismos processuais para sua desconstituição.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Coisa julgada. Estado Democrático de Direito. Supremacia Constitucional. Ação rescisória. Prazo decadencial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A COISA JULGADA	8
1.1 Conceito	8
1.2 Coisa julgada formal e material	12
1.3 Limites objetivos e subjetivos	14
1.4 Enquadramento normativo	17
1.5 Eficácia preclusiva da coisa julgada	18
2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	22
2.1 Conceito	22
2.2 Princípios jurídicos inerentes ao tema	25
2.3 Função jurisdicional do Estado e controle de constitucionalidade	29
3 OS EFEITOS TRANSRESCISÓRIOS	43
3.1 Efeitos da coisa julgada inconstitucional	43
3.2 Relativização da coisa julgada inconstitucional	46
3.3 Artigo 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil	51
3.4 Mecanismos processuais para rediscutir a coisa julgada inconstitucional	55
3.5 Posição do Supremo Tribunal Federal	58
CONCLUSÕES	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da relativização da coisa julgada após o decurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória em caso de afronta às normas constitucionais.

É perceptível no Estado Democrático de Direito o aumento da busca jurisdicional para solucionar conflitos, e com isso, torna-se mais latente a possibilidade dos magistrados proferirem sentenças inconstitucionais.

Já antevendo essa questão, o legislador criou mecanismos, como os recursos *stricto sensu*, a ação rescisória e a revisão criminal, para que sentenças infringentes dos ditames constitucionais sejam reformuladas.

No entanto, como será abordado ao longo do trabalho, esses mecanismos não se mostram totalmente eficazes, vez que detecta-se a problemática de uma decisão judicial contemplar flagrante inconstitucionalidade e subsistir no ordenamento jurídico com fundamento de ter transitado em julgado e transcorrido o prazo da ação rescisória.

A questão ganha importância ao se observar que não há consenso na doutrina sobre o tema, existindo autores contrários a relativização com fulcro nos princípios da segurança jurídica e da intangibilidade da coisa julgada, e aqueles que defendem a relativização com fundamento na supremacia da constituição e na efetivação da democracia.

A metodologia utilizada no presente estudo se concentra na pesquisa bibliográfica da doutrina contemporânea do Direito Constitucional e Direito Processual Civil e na jurisprudencial, em especial o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em questão.

Inicialmente serão abordadas as principais características do instituto da *res iudicata*, conceituando-se a coisa julgada formal e material, seus limites objetivos e subjetivos, o seu enquadramento normativo e sua eficácia preclusiva.

Na sequência, o Capítulo 2 analisará, em síntese, a problemática da coisa julgada que se apresenta inconstitucional, a relacionando aos princípios jurídicos presentes no ordenamento, à função jurisdicional do Estado e ao controle de constitucionalidade.

Por fim, no Capítulo 3 serão tratados os efeitos gerados pela inconstitucionalidade da coisa julgada, demonstrando a necessidade de sua relativização e trazendo como exemplos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Ademais, serão analisados os mecanismos processuais cabíveis para rediscutir o instituto da coisa julgada que afronta a constituição e a posição do Supremo Tribunal Federal externada em alguns julgamentos.

1 A COISA JULGADA

1.1 Conceito

A locução “coisa julgada” deriva da expressão latina “*res iudicata*”, que significa “bem julgado”¹.

A origem desse instituto encontra-se no Direito Romano, em que a coisa julgada era o instrumento para a efetivação da segurança na disposição dos bens e do resultado do processo, que auxiliariam na pacificação social, um dos fins últimos do Estado². Segundo Chiovenda:

Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo³.

Já na Idade Média, com o surgimento do sistema feudal, a coisa julgada deixa de ser uma exigência para a segurança, representando a presunção de verdade aplicada às decisões judiciais⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, já eram encontradas, no período imperial, as primeiras regras legislativas acerca da coisa julgada, no Regulamento 737 de 1850, que normatizava o processo comercial. Entretanto, Herisberto e Silva Furtado Caldas leciona:

A produção legislativa referente à coisa julgada durante o império foi por demais insignificante, tanto em quantidade como acerca do próprio instituto,

¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil* (art. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 191.

² CALDAS, Herisberto e Silva Furtado. Coisa julgada: razões para não relativizá-la. *Themis, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. VII, p.344, jan./jul. 2009.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito civil*. Saraiva, 1969 apud CALDAS, Herisberto e Silva Furtado. Coisa julgada: razões para não relativizá-la. *Themis, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. VII, p. 348, jan./jul. de 2009.

⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 114.

cabendo, pois, a doutrina discorrer sobre a definição, características e efeitos⁵.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, assim como as constituições de 1934, 1946 e 1967, estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ademais, as definições legais do referido instituto estão no teor do §3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 467 do Código de Processo Civil:

Art. 6º, §3º da LINDB: chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Art. 467 do CPC: denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A *res iudicata* é o fenômeno processual que ocorre quando a sentença transita em julgado, não sendo mais passível de reforma pela via recursal.

A sentença prolatada em juízo se reveste da coisa julgada pelo esgotamento da via recursal ou não interposição no momento oportuno do recurso cabível; tornando o conteúdo da decisão judicial imutável, impedindo nova atuação jurisdicional ou incidência de lei nova sobre a matéria.

Essa proteção é conferida à sentença devido aos fundamentos de ordem política e de ordem jurídica. O primeiro se refere à necessidade de impedir a eternização no tempo dos litígios, vinculando as partes à decisão, possibilitando a execução, e assim, assegurando a estabilidade social. Já o fundamento jurídico baseia-se na vontade soberana do Estado, na exigência prática do instituto da coisa julgada⁶. Ensina Barbosa Moreira:

É comum justificar-se o fenômeno da coisa julgada material, do ponto de vista da política jurídica, pela necessidade de segurança na vida social. Cumpre que as pessoas saibam em que pé estão no mundo do direito, para poderem pautar sua própria conduta por esse conhecimento. [...] A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã – e não atingiria o fim a que visa - se o

⁵ CALDAS, Herisberto e Silva Furtado. Coisa julgada: razões para não relativizá-la. *Themis, Revista da escola superior da magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. VII, p. 363, jan./jul. 2009.

⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 118.

resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações⁷.

Entretanto, subsiste na doutrina diferentes acepções sobre o instituto.

A primeira corrente doutrinária, de forte influência alemã, defendida por Hellwing, Rosenberg, Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Celso Neves⁸, consagrada como a doutrina clássica, considera ser a coisa julgada um efeito da decisão, o efeito que torna imutável o conteúdo declaratório da sentença. Ovídio Baptista leciona:

As sentenças podem ter múltiplas eficácias e o fato de que a imutabilidade que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença⁹.

Essa concepção restringe a coisa julgada à declaração da decisão, como uma força vinculante da declaração, a tornando obrigatória e indiscutível para as partes e para os órgãos jurisdicionais.

A segunda corrente, criada por Liebman, de grande influência na doutrina brasileira, é seguida por Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini, Moacyr Amaral Santos e Teresa Arruda Alvim Wambier, conceitua a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão¹⁰. Seria a imutabilidade dos efeitos em geral da decisão judicial, não se restringindo ao efeito declaratório da sentença. Para ratificar esse posicionamento, Liebman afirma:

A autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado¹¹.

Conforme ensina Ovídio A. Baptista:

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p.733, out./dez. 2004.

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.415.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada* (ensaios e pareceres). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.81.

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.415.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 54.

[...] Já para Liebman, a coisa julgada, em vez de corresponder ao efeito declaratório da sentença, será a qualidade que, a partir de um dado momento, uma vez publicada a sentença, se acrescenta tanto ao conteúdo do ato jurisdicional, quanto aos seus efeitos, tornando imutáveis o comando sentencial e seus efeitos¹².

A terceira corrente refere-se à coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da sentença. Conceitua-se como a imutabilidade do comando dispositivo da sentença, que é composto pela norma jurídica concreta¹³. Trata-se do entendimento de Barbosa Moreira:

Parece-nos desnecessário (e fastidioso) reproduzir neste passo os argumentos com que nos animamos a contestar a idéia de uma vinculação entre a imutabilidade característica da *res iudicata* e os efeitos da sentença. O principal, no entanto, é que semelhante idéia não foi acolhida pelo ordenamento processual brasileiro: nos termos do art. 467, o que se torna imutável e indiscutível, com a coisa julgada, é a própria sentença, não os respectivos efeitos¹⁴.

Corroborando com essa idéia, Fredie Didier Júnior:

A coisa julgada é um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito¹⁵.

Em face dos argumentos apresentados, observa-se que somente a declaração contida na sentença se torna indiscutível, consistindo a coisa julgada numa situação jurídica do conteúdo da decisão. A doutrina clássica mostra-se inadequada, pois restringe a coisa julgada à declaração de existência ou inexistência de um direito; e a tese de Liebman, apesar

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.293.

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.415.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p.737, out./dez. 2004.

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5.ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.416.

de ser válida, equivocadamente no sentido de conferir à coisa julgada a imutabilidade dos seus efeitos, uma vez que analisando o ordenamento jurídico, constata-se que eles são modificáveis.

1.2 Coisa julgada formal e material

Existem dois fenômenos que decorrem do surgimento da coisa julgada: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

Ainda que haja diferenças entre os dois fenômenos, observa-se que ambos decorrem da impossibilidade de interposição de recurso, a fim de que se efetive maior segurança jurídica ao ordenamento.

A coisa julgada formal é o fenômeno que ocorre dentro do processo em que a sentença foi proferida e consiste na imutabilidade da decisão pelo esgotamento ou não utilização no momento adequado da via recursal. Esse fenômeno não se refere ao mérito da lide, mas somente à atuação processual da parte quanto à interposição de recursos. É segundo Cândido Rangel Dinamarco:

A imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará¹⁶.

A coisa julgada formal está ligada unicamente à sentença para aquele determinado processo, encerrando a relação processual. Trata-se, portanto, de uma forma de preclusão decorrente da impossibilidade de impugnar a decisão judicial. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma:

A coisa julgada formal, porém, só é capaz de pôr termo ao módulo processual, impedindo que se reabra a discussão acerca do objeto do

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.297.

processo no mesmo feito. A mera existência da coisa julgada formal é incapaz de impedir que tal discussão ressurgja em outro processo¹⁷.

Qualquer sentença é apta a se tornar coisa julgada formal, uma vez que todas elas têm o condão de extinguir o processo, seja pela procedência ou improcedência do pedido¹⁸.

Já a coisa julgada material está disciplinada no artigo 467 do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 467 do CPC: denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi proferida e em qualquer outro, tem eficácia endoprocessual e extraprocessual¹⁹.

Assim, para a configuração da coisa julgada material é necessário que a sentença também transite em julgado formalmente. Eduardo Andres Ferreira acrescenta:

Diz-se que a coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material, na medida em que a primeira torna imutável dentro do processo a decisão que encerra o feito, ao passo que a segunda constitui qualidade da decisão que tornam imutáveis os efeitos lançados fora do processo²⁰.

Corroborando com essa idéia, Gelson Amaro de Souza afirma:

A coisa julgada material, como o próprio nome indica, é aquela que provém de sentença que julga a matéria objeto da lide, ou seja, o mérito. Somente quando se julga o mérito é que se tem a coisa julgada material²¹.

Ao contrário do fenômeno da coisa julgada formal, nem toda sentença é apta a se tornar coisa julgada material, pois é indispensável que ela exprima certeza quanto à existência

¹⁷ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 494.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 297.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.409.

²⁰ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 103, abril/ jun. 2005.

²¹ SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*. Brasília, v. 893, ano 99, p. 11, mar. 2010.

ou inexistência do direito material da parte, o que só ocorre quando a decisão de mérito se funda em cognição exauriente²². “Assim, não farão coisa julgada as sentenças proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária nem as proferidas no processo cautelar”²³.

Ressalta-se que o sistema processual brasileiro adota, como regra geral, a teoria das três identidades; ela leciona que uma demanda só será considerada a repetição de outra se tiver as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido da anteriormente proposta²⁴. Dessa forma, só haverá impedimento de novo julgamento em razão da *res iudica* se a ação proposta for inteiramente idêntica nesses três elementos.

Nota-se, que se for instaurado um novo processo que já tenha alcançado a autoridade de coisa julgada material, esse deverá ser extinto, sem julgamento do mérito, em atendimento ao artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, in verbis:

Art. 267 do CPC: extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

A coisa julgada material atua como um impedimento processual, já que deve ser apreciada pelo juiz preliminarmente, obstando a análise judicial sobre o objeto do processo.

1.3 Limites objetivos e subjetivos

A limitação da coisa julgada pode ser de duas espécies, uma relacionada ao alcance da decisão judicial com relação ao seu objeto e outra às partes atingidas.

Essa delimitação é de extrema importância para que se tenha precisa noção da abrangência dos efeitos de determinada coisa julgada.

²² CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 495.

²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da; *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 292.

²⁴ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 495.

Os limites objetivos delimitam “quais partes” da sentença transitaram em julgado, a extensão da imutabilidade em relação ao objeto declarado.

O Código de Processo Civil regulamenta a matéria no artigo 468, segundo o qual: “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

O legislador utilizou o vocábulo “lide” com o significado de objeto da causa, ou seja, é o objeto do processo que se reveste da coisa julgada, o que não tiver nele não será alcançado pela imutabilidade. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

Ainda que nada dispusesse a Lei de modo explícito, o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e à sua finalidade de evitar conflitos práticos de julgados, não meros conflitos teóricos²⁵.

Complementando essa definição, o artigo 469 do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 469 do CPC: não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Portanto, pela redação do artigo 469, o que objetivamente transita em julgado é somente a parte dispositiva da sentença. Alexandre Freitas Câmara explica:

Apenas o dispositivo da sentença transita em julgado. O relatório, que obviamente não contém qualquer elemento decisório, não transita em julgado. Quanto à motivação da sentença, esta não é alcançada pela coisa julgada, como se verifica pela leitura do art. 469 do CPC²⁶.

Esse dispositivo é complementado pelo artigo 470 do Código de Processo Civil, a seguir *in verbis*:

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.313.

²⁶ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*.v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 502.

Art. 470 do CPC: faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Isto é, as questões prejudiciais só fazem coisa julgada se houver ação declaratória incidental, já que a questão incidental integrará o objeto principal do processo.

Os limites subjetivos da coisa julgada se referem a quem está submetido à coisa julgada, até quais pessoas se estende a proteção obtida na decisão prolatada.

O ordenamento jurídico brasileiro, influenciado pelo Direito Romano, estabelece como regra geral que a coisa julgada atinge somente as partes. É o que consta no artigo 472 do Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Cumprido salientar que para todos valerá a eficácia da sentença, que, em regra, é *erga omnes*, mas somente se fará coisa julgada em relação às partes processuais.

Tal dispositivo é corolário do princípio constitucional do contraditório. Fredie Didier Júnior acrescenta:

Este dispositivo do CPC inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF). Isso porque, segundo o espírito do sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça. Com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório²⁷.

No entanto, há exceções a esta regra. São hipóteses especiais em que a coisa julgada atinge terceiro -beneficiando ou prejudicando- devido a sua posição de cunho diferenciado nas relações de direito material, bem como de sua natureza. A exemplo da substituição processual, em que a coisa julgada se forma para o substituto processual e para o substituído, já que este é o titular do interesse levado a juízo; das ações coletivas, em que a coisa julgada

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5.ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.418.

pode, em determinados casos, ser *ultra partes*, atingindo terceiros integrantes de uma categoria econômica ou social ou *erga omnes*, como no Código de Defesa do Consumidor²⁸; e das questões de estado da pessoa, regulado pelo artigo 472 do Código de Processo Civil, in fine: “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

1.4 Enquadramento normativo

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, trata da coisa julgada no seu inciso XXXVI, ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Entende-se que com esse dispositivo a Carta Magna buscou apenas determinar que a lei não prejudique a coisa julgada, que um ato de um dos poderes constituídos não modifique a norma jurídica anterior emanada do Poder Judiciário para o caso concreto. Nesse sentido, Eduardo Andres Ferreira leciona:

Ao mencionar que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como fez o art. 485 do Código de Processo Civil (ação rescisória), sua rescindibilidade pelos instrumentos processuais adequados.²⁹

Corroborando com essa idéia, Janaína Soares Noleto afirma:

Portanto, a única interpretação possível do teor do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é a de que, com vistas a preservar o princípio da segurança jurídica, quis impedir o constituinte que lei infraconstitucional modificadora da disciplina da coisa julgada tivesse o condão de modificar o teor da sentença transitada em julgado em determinado caso concreto.³⁰

²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da; *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 299.

²⁹ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 105, abr./ jun. 2005.

³⁰ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa julgada inconstitucional: teoria e prática*. São Paulo: Gen Método, 2009, p. 61.

Fica evidente, assim, que a intangibilidade da coisa julgada não tem sede constitucional, mas infraconstitucional, pois resulta de norma do Código de Processo Civil. Não é possível suscitar conflito entre princípios constitucionais e o princípio processual da segurança jurídica relacionado à coisa julgada, o princípio da constitucionalidade se mostra materialmente e hierarquicamente superior.³¹

1.5 Eficácia preclusiva da coisa julgada

A eficácia preclusiva da coisa julgada significa que no momento em que a sentença definitiva alcança o instituto da coisa julgada, tornam-se irrelevantes todas as alegações que poderiam ter sido trazidas a juízo e não o foram. “A coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o *deduzido* e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (o *dedutível*)”³². Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõe desconformidade com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia constitutiva. Outras há que, ao contrário, pressupõe conformidade, ao menos no essencial, com a situação anterior; a respectiva eficácia é meramente declaratória. Mas, ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica independe da conformidade ou desconformidade com a anterior; e aí se tem a eficácia preclusiva. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou pra trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará da nova situação³³.

O artigo 474 do Código de Processo Civil consagra a eficácia preclusiva da coisa julgada material:

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Brasília, n. 89, p. 81, jan./ jun. 2004.

³² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 426.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p. 732, out./dez. 2004

Art.474 do CPC: 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.

Essa eficácia ocorre simultaneamente ao trânsito em julgado da decisão final de mérito, assim, as matérias -tanto de fato como de direito- trazidas posteriormente a esse momento, mesmo que sejam capazes de alterar a conclusão do *decisium*, não serão apreciadas pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação a matéria julgada. Posto que se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a *res iudicata*.³⁴

O ordenamento jurídico busca que a resolução do litígio emanada do juiz represente o máximo possível a configuração jurídica do ocorrido, porém, é salutar a necessidade de pôr fim às discussões e garantir a segurança social. Assim, não se pode ficar a mercê de as partes trazerem indefinidamente à esfera judicial novos argumentos que influenciem na decisão do processo; e é nesse sentido que atua a eficácia preclusiva da coisa julgada. Ensina José Carlos Barbosa Moreira:

Sem dificuldades se entende, porém, que admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando em larga medida a finalidade prática do instituto.[...] e, no entanto, os litígios não devem perpetuar-se. Entre os dois riscos que se deparam –o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças- prefere o ordenamento assumir o segundo³⁵.

A eficácia preclusiva proíbe a rediscussão dos argumentos e razões referentes somente a *causa petendi* que embasou a pretensão formulada pelo autor, não vai além dos

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, p. 16, jul. 1972.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, p. 15, jul. 1972.

limites da demanda. Dessa forma, uma ação que tenha o mesmo pedido, mas se fundamenta em uma nova causa de pedir não ficará impedida de julgamento³⁶.

De acordo com Barbosa Moreira, a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge as questões de fato, de direito, prejudiciais em sentido próprio, suscetíveis de conhecimento “ex officio” e as só apreciáveis pela provocação de uma das partes³⁷.

Vale ressaltar que coisa julgada e preclusão são institutos diversos. Esta é a perda de uma posição processual, ficando as partes proibidas de praticar determinado ato processual e assim, é um instrumento para o andamento processual; Existem no ordenamento três espécies de preclusão: temporal, lógica e consumativa. Já a coisa julgada é uma das situações jurídicas dotadas de preclusão, ou seja, dentre os efeitos da coisa julgada está o de produzir a eficácia preclusiva³⁸. A coisa julgada tem eficácia preclusiva em relação ao que poderia ter sido suscitado pelas partes ou apreciado pelo juiz, proibindo a rediscussão do que foi alcançado pela *res iudicata*. Alexandre Freitas Câmara propõe:

Se a sentença tiver alcançado apenas a coisa julgada formal, esta eficácia preclusiva impede novas discussões apenas no processo onde a sentença foi proferida(eficácia preclusiva endoprocessual), mas, se a sentença alcançou também a coisa julgada material, tal eficácia preclusiva impede qualquer nova discussão, em qualquer outro processo, acerca do que já foi coberto pela autoridade de coisa julgada(eficácia preclusiva panprocessual).³⁹

Ademais, a eficácia preclusiva da coisa julgada está intimamente ligada aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Quanto aos limites objetivos, a eficácia preclusiva atua no sentido de as partes processuais não mais poderem discutir com novos assuntos aquele objeto da sentença, os argumentos e razões que digam respeito à causa de pedir deduzida pelo autor. E em relação aos limites subjetivos, a eficácia preclusiva opera-se somente àqueles que participaram do processo, não sendo aplicável a terceiros. Para ratificar esse posicionamento, Cândido Rangel Dinamarco afirma:

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 427.

³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, p. 19, jul. 1972.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, p. 16, jul. 1972.

³⁹ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 505.

A eficácia preclusiva da coisa julgada não se aplica a terceiros que não hajam intervindo no processo, pela simples razão de que, quanto a eles, não há uma *auctoritas rei judicatae* a proteger: eles ficariam em alguma medida atingidos por alguns efeitos reflexos da sentença sem terem participado do contraditório⁴⁰.

Por fim, salienta-se que Barbosa Moreira, com grande propriedade, distingue o efeito preclusivo da coisa julgada do efeito preclusivo que se manifesta na execução da sentença:

Quer isso dizer que não é lícito ao executado opor-se à execução com base em supostos fatos extintivos ou modificativos do crédito do exeqüente, salvo no caso de superveniência. A arguição dos que já antes existiam fica preclusa no processo de execução, pouco importando se foram ou não argüidos no de conhecimento, e também, quanto aos que não o foram, o motivo da omissão⁴¹.

Depreende-se, assim, que as matérias de defesa na execução somente podem se referir a fatos posteriores ao trânsito em julgado da decisão.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 327.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, p. 22, jul.1972.

2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1 Conceito

O Estado Democrático de Direito busca garantir a ordem jurídica e a justiça por meio da supremacia da constituição, e para isso, é indispensável que todo o ordenamento se coadune com seus princípios. Nesse contexto, Nelson Nery Júnior afirma:

Um dos fundamentos sobre os quais se erige a república brasileira é o Estado democrático de direito (CF, artigo 1º, caput). [...] É necessário que esse Estado de direito, legal, seja democrático, instituído e regulado por princípios que se traduzam no bem estar de todos, na igualdade, na solidariedade⁴².

Entretanto, equivocadamente, a preocupação em relação à constitucionalidade dos atos emanados do poder público está voltada somente para os atos legislativos, como se os atos do Poder Judiciário estivessem imunes a tal controle⁴³. Paulo Otero leciona:

As questões de validade constitucional dos atos do poder judicial foram objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como “a boca que pronuncia as palavras da lei” e o poder judicial como “invisível e nulo” (Montesquieu)⁴⁴.

Nesse sentido, também entende Andrés Ferreira Rodrigues:

Negar a discussão equivaleria a alçar a função jurisdicional acima do próprio poder constituinte, já que as violações constitucionais estariam sacramentadas pelo próprio sistema jurídico, de tal maneira que, ao Judiciário, restariam prerrogativas, pouco defensáveis, de afastar a incidência de dispositivos de índole constitucional, para casos concretos. No limite, os magistrados investir-se-iam de verdadeiro poder constituinte originário, bastando, para tanto, prolatarem decisões inconstitucionais, as quais, decorrido certo interregno, estariam consolidadas, não podendo ser

⁴² NERY JÚNIOR, Nelson. Coisa julgada e o estado democrático de direito. *Revista Forense*. v. 100, n. 375, p.142, set./out. 2004.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 544, jul./ set. 2001.

⁴⁴ OTERO, Paulo. *Ensaios sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 9.

reformadas. Evidentemente, a matriz constitucional não lhes outorga essa legitimidade⁴⁵.

Assim, os atos do Poder Judiciário também estão submetidos aos princípios constitucionais e a aferição da constitucionalidade da coisa julgada mostra-se como um importante instrumento para o controle de sua atuação e o equilíbrio entre os Poderes constituídos.

A coisa julgada inconstitucional ocorre quando a sentença transitada em julgado se fundamenta em lei posteriormente declarada inconstitucional ou se mostra ofensiva aos ditames previstos constitucionalmente. Juliano Taveira Bernardes afirma:

Coisa julgada inconstitucional é o efeito do trânsito em julgado de decisão cujo comando emergente importa na aplicação concreta de conseqüências jurídicas diversas daquelas decorrente da linha de deduções lógicas extraídas da interpretação do bloco de constitucionalidade⁴⁶.

Acrescenta José Carlos Barbosa Moreira:

A expressão “coisa julgada inconstitucional” é tecnicamente defeituosa: na sentença, e não em sua imutabilidade, é que se pode conceber a existência de contrariedade à Constituição⁴⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível impugnar a decisão judicial eivada de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, desde que a sentença tenha sido decidida em única ou última instância e demonstre-se a repercussão geral nela contida, conforme o artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal de 1988⁴⁸. Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o recurso constitucional aos casos de afronta aos

⁴⁵ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 98, abr./jun. 2005.

⁴⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. Coisa julgada inconstitucional e teoria geral do direito. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 184, mar./abr. 2010.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p. 737, out./dez. 2004.

⁴⁸ Artigo 102, III da Constituição Federal de 1988: compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição.

direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a constituição⁴⁹.

Entretanto, essa hipótese não contempla os casos em que a inconstitucionalidade é suscitada após o trânsito em julgado da sentença; havendo no cenário atual a possibilidade da propositura da ação rescisória, definida em rol taxativo no artigo 485 do Código do Processo Civil⁵⁰. Humberto Theodoro Júnior afirma:

São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia da justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica. A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria injustiça⁵¹.

Com relação a esse instituto, Bernardo Pimentel Souza leciona:

Trata-se de ação apropriada para desconstituir julgado protegido pela *res iudicata*, e que dá ensejo à prolação, em regra, necessária, de novo julgamento da causa solucionada por meio do decisum impugnado na rescisória.[...] Sob outro prisma, independentemente do decisum tido em mira, a admissibilidade da rescisória está sempre condicionada à impossibilidade jurídica da interposição de recurso (o que geralmente ocorre com o término dos prazos recursais) e do ajuizamento de outra ação⁵².

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.303.

⁵⁰ Artigo 485 do Código de Processo Civil: 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.

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

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

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Brasília, n. 89, p.79, jan./ jun. 2004.

⁵² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

Cumpra salientar que o vocábulo “decisão” verificado no artigo 485 do Código de Processo Civil, que disciplina o prazo para a propositura da ação rescisória, é um vocábulo genérico, vez que a ação rescisória pode desconstituir também acórdão, decisão monocrática e decisão interlocutória⁵³.

Nota-se, dessa forma, que no atual ordenamento jurídico já são previstos meios que visam relativizar a coisa julgada, entretanto, faz-se mister analisar a possibilidade de relativizar a coisa julgada ofensiva às normas e princípios constitucionais para além do prazo decadencial da ação rescisória, tema que será abordado no capítulo seguinte.

2.2 Princípios jurídicos inerentes ao tema

Os princípios jurídicos são importantes instrumentos para a interpretação das normas, servindo de vetores para que a vontade consubstanciada na Constituição seja efetivada.

Como já elucidado alhures, o instituto da coisa julgada não tem sede constitucional, já que a Carta Magna buscou em seu texto apenas assegurar que uma nova lei não modificasse ou afrontasse a *res iudicata*. Ademais, mesmo que se entenda ser a intangibilidade da coisa julgada uma garantia constitucional, como o faz José Frederico Marques⁵⁴, mostra-se necessária a sua relativização em determinadas circunstâncias, em razão desse instituto não ser um valor absoluto.

O instituto da coisa julgada, assim como todo o ordenamento jurídico, deve fundamentar-se nos princípios presentes na Constituição Federal, a fim de que se efetive o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Vivien Racy afirma:

⁵³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003, p. 329.

Para que uma norma tenha validade deve ser formulada de acordo com os ditames constitucionais, bem como seu conteúdo deve respeitá-los. Qualquer ato do Poder Público, como é uma sentença que produz norma jurídica específica a um caso concreto, deve existir em conformidade com o texto e com o espírito constitucional, pois se encontra hierarquicamente abaixo da Carta Maior e a incompatibilidade com esta, que fornece as linhas mestras do Estado, é inadmissível⁵⁵.

O princípio da constitucionalidade evidencia a supremacia da constituição no ordenamento jurídico, já que a mesma decorre do poder constituinte originário, devendo ser observado para a validade e eficácia de todos os atos estatais, nos três poderes constituídos. Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro de Faria lecionam:

Com efeito, há um princípio geral, que não pode ser ignorado, de que todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição⁵⁶.

A coisa julgada como ato emanado do Poder Judiciário deve sujeitar-se a esse princípio hierárquico, não sendo possível perdurar no ordenamento jurídico uma decisão que afronte à Constituição, mesmo que tenha transitado em julgado. Segundo Eduardo Andrés Ferreira Rodrigues:

Torna-se injustificável para o Judiciário a defesa do caráter absoluto da coisa julgada quando em desconformidade com as próprias normas constitucionais, cuja defesa lhe é própria [...] A superveniência e a perenização de decisões judiciais flagrantemente inconstitucionais não encontram arrimo nos postulados que regem a distribuição das funções políticas do Estado Nacional⁵⁷.

Andreo Aleksandro Nobre Marques acrescenta:

Constitui grave ofensa à Constituição permitir que uma decisão inconstitucional possa surtir efeitos apenas porque houve o trânsito em julgado material do julgado, e transcorreu o prazo para o ingresso com a ação rescisória. Isso caracteriza mesmo uma situação de extrema injustiça que, como tal, não pode ser tolerada, ressaltando-se que a própria Constituição da República Federativa estatuiu constituir um dos objetivos a ser perseguidos pela República Federativa do Brasil a construção de uma

⁵⁵ RACY, Vivien. Coisa julgada inconstitucional- uma interpretação acerca de sua flexibilização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Brasília, ano 18, n. 73, p.257, out./dez. 2010.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 544, jul./set. 2001.

⁵⁷ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 99, abr./ jun. 2005.

sociedade livre, justa e solidária. Acrescenta-se também que um dos escopos da jurisdição, o mais importante sem dúvida, é o de pacificação social com justiça⁵⁸.

Assim, o princípio da constitucionalidade demonstra a necessidade de relativizar a coisa julgada que padece de inconstitucionalidade, já que a imutabilidade desse instituto viola os ditames da Carta Política.

O princípio do equilíbrio entre os poderes constituídos também mostra-se importante para a relativização da coisa julgada, evidenciando a distribuição dos poderes e o controle mútuo que deve ser realizado entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, não permitindo a superioridade dos atos emanados de um deles⁵⁹.

Dessa forma, o Poder Judiciário, assim como os outros poderes, deve respeitar a Constituição Federal, não podendo conferir intangibilidade à sentença transitada em julgada inconstitucional. Paulo Otero afirma:

Admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz⁶⁰.

Outro princípio relevante ao presente estudo é o da segurança jurídica, pois é utilizado como um dos principais objetivos perseguidos pela coisa julgada, uma vez que ela externa para o mundo, de forma definitiva, o que fora decidido juridicamente, estabelecendo que naquele litígio a resposta judicial não será alterada.

Apesar do importante papel que a segurança jurídica realiza para a vida em sociedade, faz-se mister analisar esse princípio voltando-se à Constituição Federal e à efetivação da justiça. Nesse contexto, José Augusto Delgado leciona:

⁵⁸ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p.68, out./dez. 2005.

⁵⁹ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 166, p. 98, abr./ jun. 2005.

⁶⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p.35.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições⁶¹.

Corroborando com essa idéia, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam:

Não há, como já se afirmou, insegurança maior, dentro do Estado Democrático de Direito, do que a instabilidade da ordem constitucional, e não há injustiça mais evidente do que a prevalência de um ato reconhecidamente ofensivo aos preceitos fundamentais da Constituição⁶².

Ademais, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º enuncia o princípio da isonomia: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País...”.

No plano jurisdicional, esse princípio se apresenta na necessidade das decisões judiciais não conferirem tratamento diverso entre situações semelhantes. Eduardo Andrés Ferreira Rodrigues levanta a problemática em relação à coisa julgada:

Na prática, sem embargo, verificam-se inúmeros casos em que decisões judiciais contraditórias transitam em julgado e acarretam diferenciações pouco defensáveis, causando prejuízos a diversos cidadãos, e favorecendo outros tantos⁶³.

Por fim, cabe ressaltar o princípio da instrumentalidade do processo, evidenciando que o processo tem como função precípua a instrumentalidade, não sendo um fim em si mesmo, devendo a sua atuação se pautar nos objetivos constitucionais⁶⁴. Nesse sentido, Eduardo Andrés Ferreira Rodrigues:

⁶¹ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2004, p. 46.

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 555, jul./set. 2001.

⁶³ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 101, abr./ jun. 2005.

⁶⁴ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 102, abr./ jun. 2005.

No limite, a materialização do valor justiça desponta como a verdadeira finalidade da existência das regras jurídicas e do aparato estatal mantido para preservar a ordem social. Consiste em grave equívoco a tendência de hipervalorização da forma em detrimento do conteúdo e da noção de justiça, disseminada em parcela do universo dos operadores do Direito⁶⁵.

É de se notar que os princípios são o alicerce da Constituição, sendo indispensável a sua observância; assim, na problemática da relativização ou não da coisa julgada inconstitucional faz-se necessário analisar, precipuamente, qual tese se mostra mais adequada para efetivá-los.

2.3 Função jurisdicional do Estado e controle de constitucionalidade

Com o advento das revoluções liberais, a necessidade de divisão orgânica do poder mostrou-se mais latente, propiciando a criação de diversas teorias sobre o assunto.

As primeiras bases teóricas a respeito da “tripartição de poderes” foram realizadas por Aristóteles, em sua obra “Política”, que posteriormente foram aprimoradas por Montesquieu na obra “O espírito das leis”, considerada a grande precursora da moderna teoria da separação dos poderes⁶⁶.

Montesquieu, além de vislumbrar a existência de três funções estatais, já identificadas por Aristóteles, afirma que tais funções seriam realizadas por meio de órgãos distintos, autônomos e independentes; isto é, cada “poder” exercia uma função típica, inerente a sua natureza⁶⁷. Roger Stiefelmann Leal afirma:

Diferentemente de Aristóteles, Montesquieu não se limita a uma distinção abstrata e racional das funções do Estado, mas, sobretudo, enuncia um modelo de separação orgânica de poderes. E - diferentemente de Locke - Montesquieu não se restringe a descrever a realidade da organização política de seu país a seu tempo, mas propôs, ainda que implicitamente, uma organização ideal, aplicável, como princípio geral, em cada Estado⁶⁸.

⁶⁵ RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 102, abr./ jun. 2005.

⁶⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 05.

⁶⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p.395.

⁶⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06.

Ressalta-se que a expressão “tripartição de poderes” é tecnicamente imprópria, pois o poder em si é uno e indivisível, realizado por meio de diversos órgãos que exercem funções. Ademais, os órgãos além de realizarem sua função típica, exercem também funções atípicas.

Em relação ao “poder de julgar”, Montesquieu a identifica como uma função em que os juízes deveriam estritamente aplicar a lei, caracterizando-a como uma atividade eminentemente técnica. Nesse sentido, Roger Stiefelman Leal leciona:

A redução da atividade judicial a uma função de estrita aplicação de textos legislativos encontra justificativa no modelo e nas concepções político-filosóficas apregoado por Montesquieu. O arranjo institucional delineado pelo autor tem a lei como elemento central- fruto do entendimento entre o rei, a câmara dos nobres e a câmara dos representantes do povo. Revestida da importância de simbolizar o acordo entre as três principais forças políticas da época, a lei não poderia, de modo algum, estar sujeita à vontade e interpretação de seus aplicadores⁶⁹.

Observa-se que a tese do “poder de julgar” elaborada por Montesquieu serviu de parâmetro para os Estados instituírem e desenvolverem o seu Poder Judiciário, de acordo com suas aspirações sociais e políticas.

A função jurisdicional do Estado é exercida no Brasil tipicamente pelo Poder Judiciário, que exerce também funções atípicas, de natureza executiva e legislativa. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito(atraves de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (atraves da execução forçada)⁷⁰.

⁶⁹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

⁷⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.129.

O Poder Judiciário, assim como os demais poderes, deve observar no exercício da sua função jurisdicional os ditames da Constituição Federal. Para ratificar esse posicionamento, Carlos Valder Nascimento afirma:

O sistema jurídico positivo fornece os elementos essenciais à compreensão do exame do controle das atividades que envolvem o exercício das funções típicas do Estado: administrativa, legislativa e jurisdicional, cujos atos dele emanados devem guardar absoluta fidelidade ao Texto Magno, sob pena de invalidade. Essa submissão ao princípio da constitucionalidade é o traço revelador do Estado de Direito Democrático, que se assenta no Direito Constitucional⁷¹.

No Brasil foram criados meios para que se verifique a adequação entre as leis e os preceitos constitucionais, o chamado controle de constitucionalidade. Ensina Gilmar Ferreira Mendes:

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes”, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo⁷².

Para ratificar esse posicionamento, Clèmerson Merlin Clève leciona:

O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente ocorrerá se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Judiciário, como residir fora dela. Importante é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles violadores de preceitos ou princípios constitucionais⁷³.

A Constituição Federal de 1988 atribui primordialmente ao Poder Judiciário o dever de fiscalizar a constitucionalidade das leis, entretanto, salienta-se que os demais poderes constituídos também o realizam, em situações definidas pela Carta Magna.

⁷¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 2.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.370.

⁷³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.34.

Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade tem como pressuposto a existência de uma constituição rígida e suprema. Clèmerson Merlin Clève acrescenta:

A rigidez constitucional permite a discriminação entre as obras do Constituinte e do Legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sobre o prisma formal, atingi-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação) necessária entre ambas.

A supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. De fato, caminhe-se para o campo da história, e então compreender-se-á que a real primazia de uma Constituição depende de sua efetividade (eficácia social)⁷⁴.

Dessa forma, é necessário que os atos normativos sejam verticalmente compatíveis com a Constituição, vez que ela é a lei fundamental do Estado e como tal atribui validade às normas de grau inferior⁷⁵. Nesse sentido, Paulo Bonavides afirma:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos⁷⁶.

Convém precisar que um ato normativo é considerado inconstitucional se o seu conteúdo ou sua forma se contrapõe a algum preceito ou princípio constitucional. Entretanto, Gilmar Ferreira Mendes ressalta:

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão-somente, a idéia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bitar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o

⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.32.

⁷⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p.195.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade- por desconformidade com o ordenamento constitucional⁷⁷.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis é considerado misto, vez que é realizado de forma concentrada e difusa.

O controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de controle abstrato, por analisar a lei em tese, foi desenvolvido primeiramente na Europa, em especial na Áustria, tendo como grande defensor Kelsen⁷⁸.

No Brasil, esse controle foi instituído pela Emenda nº 16 à Constituição de 1946, sendo ampliado significativamente na atual Constituição Federal de 1988⁷⁹.

O controle *in abstracto* das normas é realizado por meio de uma ação prevista formalmente no texto constitucional, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade visa impugnar leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem os preceitos constitucionais, conforme enuncia o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal⁸⁰ e a Lei nº 9868/99. Assim, “utilizou-se o constituinte de formulação consideravelmente abrangente de todos os atos normativos primários da União ou dos Estados”⁸¹. Conforme Clèmerson Merlin Clève:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é, propriamente, a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo (o que pode ocorrer, não obstante,

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade- aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 217.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 372.

⁸⁰ Artigo 102 da Constituição Federal de 1988: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 399.

de modo indireto e reflexo). A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando “processo objetivo” de defesa da Constituição⁸².

Dessa forma, inexistem lide e partes no processo da ação direta de inconstitucionalidade.

A ação em questão deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (em caso de contrariedade à Constituição Federal de 1988), por meio dos legitimados constantes no artigo 103 da Constituição Federal⁸³. Acrescenta Clèmerson Merlin Clève:

Os atos municipais, por via de ação direta, são impugnáveis apenas no plano estadual (em face da Constituição Estadual), os estaduais são impugnáveis no plano local, quando contrariem dispositivo constitucional estadual, e, no plano federal, quando colidam com preceito ou princípio insculpido da Carta Federal; os distritais, a seu turno, são impugnáveis por via de ação direta apenas perante o Supremo Tribunal Federal e unicamente quando editados, pelo Distrito Federal, no exercício da competência legislativa estadual⁸⁴.

Ressalta-se que uma das grandes inovações realizadas pela Constituição Federal de 1988, no âmbito do controle abstrato de normas, foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, já que anteriormente tal legitimidade era

⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.142.

⁸³ Artigo 103 da Constituição Federal de 1988: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.183.

conferida exclusivamente ao Procurador- Geral da República. Nesse contexto, Gilmar Ferreira Mendes ressalta:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo do controle abstrato de normas⁸⁵.

No tocante aos legitimados ativos, o Supremo Tribunal Federal entende que a Mesa de Assembléia Legislativa de Estado, Governador de Estado e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional devem demonstrar a pertinência temática para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, devem demonstrar interesse em relação à sua finalidade institucional, sendo definidos pela doutrina como autores interessados ou especiais⁸⁶.

A ação declaratória de constitucionalidade também está disciplinada no artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 13 a 21 da Lei n° 9868/99. A partir de um estudo desenvolvido por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Granda Martins, foi apresentada proposta de emenda à Constituição disciplinando a ação declaratória de constitucionalidade, a Emenda Constitucional n° 3 de 1993⁸⁷.

A referida ação visa afastar a insegurança jurídica sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal fruto de relevante controvérsia judicial.

Isto é, para a utilização dessa ação é necessário que haja dúvida fundada sobre a compatibilidade da norma com a Constituição, demonstrando que juízes, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, têm decidido pela inconstitucionalidade da lei federal em questão. Clèmerson Merlin Clève afirma:

A finalidade do instituto é a de, ocorrente dissídio a respeito da legitimidade de uma lei ou ato normativo federal, levar desde logo a questão

⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 375.

⁸⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p.273.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447.

constitucional ao Supremo Tribunal Federal para que este, exercendo a guarda da Constituição, a resolva de modo definitivo (com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante), para proveito da economia e celeridade processuais, e dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica. A finalidade precípua, portanto, é a guarda do direito constitucional objetivo. Bem manejado, é valioso instrumento de garantia da Constituição⁸⁸.

A ação declaratória de constitucionalidade também tem o Supremo Tribunal Federal com órgão competente para sua apreciação e possui os mesmos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da Constituição Federal de 1988).

Constata-se, enfim, que a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade são ações dúplices ou ambivalentes, já que em caso de indeferimento do pedido na ação declaratória de constitucionalidade, os efeitos seriam os mesmos de um possível deferimento da ação direta de inconstitucionalidade e em caso de indeferimento da ação direta de inconstitucionalidade, os efeitos seriam os mesmos do deferimento da ação declaratória de constitucionalidade⁸⁹.

Ademais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (disciplinada nos artigos 12-A a 12-H da Lei n° 9868/99) juntamente com o mandado de injunção demonstram a preocupação conferida pelo constituinte de 1988 na efetivação dos preceitos constitucionais. Ensina Clèmerson Merlin Clève:

Os dados normativos da Constituição, não de qualquer Constituição, mas de uma Lei Fundamental como a republicana de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática e emancipatória. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, concretização, aplicação). O *como* elaborar isso, juridicamente, é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição um condensado de normatividade integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação⁹⁰.

⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.282.

⁸⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14.ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 317.

⁹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.312.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é defender a vontade constitucional, declarando principalmente a mora do legislador em regulamentar uma norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, o legislador não faz algo que lhe é positivamente imposto pela Constituição Federal. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes afirma:

Todas essas considerações estão a demonstrar que a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador a tarefa de construção do Estado Constitucional. Como a Constituição na basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade em apreço⁹¹.

Ressalta-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui procedimento semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade, apresentando os mesmos legitimados (artigo 103 da Constituição Federal) e o Supremo Tribunal Federal como foro competente.

O artigo 103, §2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Tal disposição evidencia que tanto a atividade legislativa quanto administrativa podem por meio omissões afetar a efetivação de norma constitucional.

Por fim, cabe analisar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinada no artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988⁹² e na Lei nº 9882/99.

O artigo 1º, caput da Lei nº 9882/99 enuncia que a ação em questão tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público e o seu parágrafo único prevê a utilização de arguição de descumprimento de preceito

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 501.

⁹² Artigo 102 da Constituição Federal de 1988: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

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

Observa-se, assim, que o referido instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade pode ter caráter preventivo ou repressivo; e, em se tratando da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 1º, é necessário que a divergência jurisdicional relevante seja demonstrada na aplicação do ato normativo. Conforme Gilmar Ferreira Mendes:

Tal como a Lei nº 9868 de 1999, na parte que disciplinou os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade (artigos 13-20), a Lei nº 9882, de 1999, pressupõe, basicamente, a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da arguição de inconstitucionalidade. Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no Direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado⁹³.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e os legitimados para a sua propositura são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade genérica, conforme o artigo 2º da Lei nº 9882/99.

De acordo com o artigo 4º, §1º da Lei nº 9882/99: “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz capaz de sanar a lesividade”, consagrando, dessa forma, o princípio da subsidiariedade da ação em questão. Nesse contexto, Gilmar Ferreira Mendes ensina:

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado o esgotamento dos meios eficazes para afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade- inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão-, contido no § 1º do artigo 4º da Lei nº 9882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global⁹⁴.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 613.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 615.

Ressalta-se que, com exceção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem disciplinado os seus efeitos no artigo 103, §2º, da Constituição Federal de 1988, as demais decisões das ações do controle concentrado de constitucionalidade têm efeitos “*erga omnes*”, vinculante (relativamente aos demais órgãos do poder público) e retroativos (“*ex tunc*”).

Em relação ao efeito “*ex tunc*”, há uma particularidade, qual seja, o Supremo Tribunal Federal pode reconhecer a modulação de efeitos, possibilitando que os efeitos das decisões das referidas ações sejam “*ex nunc*”, “pro futuro” ou a partir de determinado momento⁹⁵, conforme o artigo 27 da Lei nº 9868/99.

Ademais, é necessário analisar o controle difuso de constitucionalidade, de grande relevância para o presente estudo.

O controle difuso de constitucionalidade teve origem no Direito norte-americano, com o caso *Marbury versus Madison*, em que a Suprema Corte decidiu ao julgá-lo que, existindo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição⁹⁶.

No Brasil, o referido controle iniciou-se com a Constituição de 1891, ao instituir recursos para o Supremo Tribunal Federal das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância, em que se questionava a validade de uma lei federal⁹⁷.

Esse controle, também chamado de controle pela via de exceção, é realizado por qualquer juízo ou tribunal se verificado em um caso concreto a inconstitucionalidade de lei, ou seja, de forma incidental. Paulo Otero afirma:

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à

⁹⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 265.

⁹⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 224.

⁹⁷ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p.326.

anulação da lei, mas tão-somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda⁹⁸.

Corroborando com essa idéia, Gilmar Ferreira Mendes leciona:

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica⁹⁹.

Dessa forma, o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da apreciação de recurso extraordinário.

O artigo 97 da Constituição Federal estabelece que “somente pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”, a chamada cláusula de reserva do plenário¹⁰⁰. José Levi Mello do Amaral Júnior afirma:

A regra do *fullbench*, isto é, a declaração de inconstitucionalidade pela maioria absoluta (no mínimo) da totalidade dos membros do tribunal julgador, firmada na jurisprudência norte-americana do século XIX e adotada pelo direito positivo constitucional brasileiro em 1934, ocupa importante posição no controle da constitucionalidade das normas. [...] No controle difuso de constitucionalidade das normas, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, por força da regra do *fullbench*(artigo 97 da Constituição de 1988), é o mecanismo que possibilita – com observância à regra do *fullbench*– a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público nos tribunais pátrios¹⁰¹.

Entretanto, Clèmerson Merlin Clève ressalta:

A declaração da constitucionalidade de uma lei, porém, pode (interpretação a contrário), nos tribunais, ser proclamada por órgão fracionário (as Câmaras, Seções ou turmas). A exigência do artigo 97 da Constituição, segundo o Supremo Tribunal Federal, não se aplica senão para o fim de declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo, ainda não declarada

⁹⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p.302.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 665.

¹⁰⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 225.

¹⁰¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.17 e 39.

inconstitucional pelo Excelso Pretório ou pelo Plenário ou órgão especial do respectivo Tribunal em controle incidental ou em controle concentrado¹⁰².

A sentença que declara a inconstitucionalidade de determinada lei, em sede do controle difuso de constitucionalidade, produz efeitos *inter partes* e retroativos. No entanto, os efeitos poderão ser *erga omnes* e “*ex nunc*”, caso o Senado Federal, por meio de resolução, suspenda a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Pedro Lenza afirma:

Assim, se toda a lei foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão da lei, deverá fazê-lo “no todo”, vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte¹⁰³.

Porém, Gilmar Ferreira Mendes ressalta:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje, necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender liminarmente a eficácia de uma lei, até mesmo de uma emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica¹⁰⁴.

Observa-se, assim, que apesar da utilização do controle difuso de constitucionalidade ter sido reduzida pelas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 em sede do controle abstrato das normas, esse se mostra um importante instrumento de proteção da supremacia da Constituição.

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.101.

¹⁰³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 230.

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.702.

O controle de constitucionalidade, tanto na forma concentrada quanto difusa, demonstram a preocupação do constituinte em efetivar os ditames constitucionais, o que também se verifica na relativização da coisa julgada inconstitucional.

3 OS EFEITOS TRANSRESCISÓRIOS

3.1 Efeitos da coisa julgada inconstitucional

Do ponto de vista do direito processual civil brasileiro, a problemática surge quando a sentença transita em julgado e já decaiu o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, caracterizando o que a doutrina chama de “coisa soberanamente julgada”¹⁰⁵.

Ressalta-se que qualquer juiz deve, de ofício, observar se para a resolução do litígio será prolatada sentença com fundamentos que violam a Carta Magna; o chamado controle difuso de constitucionalidade. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Todos os juízes têm o dever de verificar se a lei, invocada pelo autor ou pelo réu ou apenas necessária à resolução do litígio, é constitucional ou não, possuindo assim a incumbência de apreciar a questão constitucional de forma incidental no caso concreto¹⁰⁶.

Ademais, não há consenso na doutrina sobre os efeitos que a inconstitucionalidade gera à coisa julgada, se essa padeceria de inexistência ou nulidade(invalidade). José Carlos Barbosa Moreira leciona:

Abrem-se dois caminhos a quem queira sustentar que, nas hipóteses de que se cuida, não há cogitar de obstáculo resultante da coisa julgada à reapreciação da matéria em juízo. Consiste um deles em negar a própria existência da coisa julgada material: esta aí, não chegaria a formar-se a despeito da preclusão total das vias utilizáveis para novo exame no mesmo processo. Outro caminho consiste em reconhecer a existência da coisa julgada material, mas entender que é possível negar imutabilidade à sentença em razão do vício grave que a inquina; em outras palavras, entender que a coisa julgada é suscetível de ser desconsiderada¹⁰⁷.

Araken de Assis, por sua vez, acrescenta:

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 600.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p 730, out./dez. 2004.

O ato inexistente se distingue do inválido: aquele é incapaz de gerar efeitos; este, ao contrário, entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais. De resto, o ato deficiente precisa ser desfeito; o ato inexistente apenas se declara com tal. A inexistência constitui imprescindível dado referencial, contrastando com a invalidade. Prescindindo-se da subentendida existência jurídica, por exemplo, não há sentido em tutelar o aparente (ou não-real) ¹⁰⁸.

Em relação à inexistência, Ivo Dantas afirma que “em se 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” ¹⁰⁹; assim, para o autor, a sentença que afronta um princípio ou norma constitucional é considerado inexistente do ponto de vista jurídico. Também nesse sentido, é o entendimento de José Augusto Delgado:

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado [...] nunca terão força de coisa julgada e que poderão a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça ¹¹⁰.

Entretanto, a inexistência de uma lei ou ato normativo ocorre ao se verificar a existência de vícios tão graves sob a ótica jurídica, que não se vislumbra uma possível convalidação, como no caso de não observância aos requisitos formais e processuais.

Isto é, a sentença contrária à Constituição Federal que se reveste da coisa julgada é existente, já que observou em sua formação os requisitos formais e processuais; porém, apresenta o vício material de inconstitucionalidade, amplamente combatido no Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, gera o efeito de nulidade da *res iudicata*.

Em razão da ofensa às normas e princípios da Lei Maior, a coisa julgada inconstitucional é nula, fazendo-se necessária sua relativização mesmo após o prazo decadencial da ação rescisória. Segundo Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

¹⁰⁸ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 211.

¹⁰⁹ DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência*. In: Carlos Valder do Nascimento; José Augusto Delgado (Org.). Coisa julgada inconstitucional. Belo horizonte: Forum, 2006, p. 261.

¹¹⁰ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 36.

Sendo desconforme à Constituição, o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais par existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para valer, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado.

Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo¹¹¹.

Acrescenta Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Filho:

Sabe-se que as nulidades processuais de regra, são sanadas com o trânsito em julgado da sentença, quando então se dá a eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 474 do Código de Processo Civil. Todavia, em sendo caso de nulidade, a inconstitucionalidade do julgamento (decisão, sentença ou acórdão) pode ser alegada a qualquer momento e por qualquer meio, independentemente de qualquer formalidade¹¹².

Outro aspecto que merece ser tratado diz respeito aos efeitos da decisão que desconstituirá a coisa julgada inconstitucional, se esta produzirá efeitos “*ex tunc*” ou “*ex nunc*”.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria entendem que “a coisa julgada se submete ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo”¹¹³; assim, seriam aplicados analogicamente os efeitos produzidos no controle de constitucionalidade; ou seja, em regra retroativos, salvo nos casos de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Entretanto, Andreo Aleksandro Nobre Marques ressalta:

A bem da segurança jurídica, caberá ao magistrado, diante do caso concreto, estabelecer desde quando ou a partir de quando surtirá efeito a decisão que desconstitui a coisa julgada inconstitucional, isto é, estabelecer se a decisão

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 552, jul./ set. 2001.

¹¹² SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*. Brasília, v. 893, ano 99, mar. 2010, p. 14.

¹¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 59, jul./ set. 2001.

produzirá efeitos apenas para o futuro(*ex nunc*) ou se projetará os efeitos para o passado(*ex tunc*).

Assim, apesar de ser possível, considerando-se a nulidade absoluta da decisão que ofende a Constituição, que a nova sentença projete seus efeitos para o passado, isto é, tentando desfazer os efeitos que foram produzidos em atenção à sentença viciada, pode ocorrer de não ser aconselhável, na prática, a produção de efeitos *ex tunc*, o que constituiria solução consentânea com o princípio da segurança jurídica¹¹⁴.

Enfim, a coisa julgada é existente, embora contrária à Constituição, surtindo efeitos jurídicos até que seja desconstituída por outra decisão judicial com fulcro na sua nulidade. Ademais, a nova decisão judicial determinará seus efeitos (*ex tunc ou ex nunc*), de acordo com o que mais efetive a Constituição, e, por consequência, os anseios sociais.

3.2 Relativização da coisa julgada inconstitucional

A sociedade atualmente é caracterizada pelas constantes mudanças culturais, sociais e econômicas impulsionadas pela visão da modernidade. Dentre essas mudanças, observa-se no campo jurídico a tendência de alteração do pensamento que agregava ao instituto da coisa julgada a característica de intangibilidade.

Em um mundo cada vez mais plurívoco, em que o Estado busca primordialmente consolidar a democracia, mister se faz efetivar os princípios e normas constantes em sua Constituição; e assim, não parece razoável a perpetuação de decisões judiciais eivadas de inconstitucionalidade com a justificativa de estarem protegidas pela *res iudicata*. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva:

Certamente ainda somos “modernos”, mas participamos do que Bauman, um dos mais instigantes sociólogos contemporâneos, denomina “modernidade líquida”, contrapondo-a à “primeira modernidade”. Enquanto a que fora objeto da observação de Marx destruía todos os sólidos, porém para recompô-los, criando novas verdades, com igual pretensão à perenidade, a “modernidade líquida” compraz-se em tudo desfazer, “desmanchar” o que fora a novidade da véspera, sem que nada permanente seja construído. Tudo o que nossa “modernidade líquida” é capaz de construir nasce com o selo da provisoriedade, para ser logo demolido.

¹¹⁴ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p.71, out./dez. 2005.

Neste quadro cultural, não deve surpreender que a instituição da coisa julgada, tida como sagrada na “primeira modernidade”, entre em declínio. O fenômeno obedece à lei que tem presidido o mundo moderno. Não deixa, porém, de ser curioso que o ataque à coisa julgada provenha da própria modernidade, levando em conta que a instituição fora concebida para atender à exigência primordial de segurança jurídica, condição básica para o desenvolvimento econômico, aspiração também moderna. A coisa julgada, exageradamente abrangente, foi a âncora jurídica que possibilitou a construção do “mundo industrial”¹¹⁵.

A relativização da coisa julgada material é um tema extremamente polêmico na doutrina, tendo como um dos primeiros defensores no Brasil o Ministro José Augusto Delgado¹¹⁶, que leciona que “a coisa julgada é uma entidade definida e regada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição”¹¹⁷.

A lição de José Augusto Delgado foi difundida por diversos autores, no entanto, não se observa entre eles consenso na delimitação dos casos em que o instituto da coisa julgada deve ser relativizado.

Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado condicionam a relativização da coisa julgada à existência de uma “séria ou grave injustiça” na decisão. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam:

O direito processual civil mudou e a busca da verdade real, como meio de se alcançar a justiça e concretizar o anseio do justo processo legal, é uma exigência de tempos modernos.

E nada mais injusto que uma decisão judicial contrária aos valores e princípios consagrados na Constituição Federal¹¹⁸.

Corroborando com essa idéia, José Augusto Delgado leciona:

¹¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In: Fredie Didier Júnior (Org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2008, p. 307.

¹¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p. 441.

¹¹⁷ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 45.

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 552, jul./ set. 2001.

A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania¹¹⁹.

Porém, entende-se que esse posicionamento não parece o mais adequado, já que o referido instituto ficaria a mercê de elementos demasiadamente subjetivos e é perceptível em uma lide que a parte vencida sempre se acha injustiçada. Nesse sentido, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira afirmam:

O problema é que admitir-se a relativização com base na existência de injustiça – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, significa franquear-se ao Judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada, que pode dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. A revisão da coisa julgada dar-se-ia por critérios atípicos¹²⁰.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, acrescenta:

Significa isto dizer que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. Ao se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada¹²¹.

Ressalta-se que o instituto da coisa julgada deve observar a justiça, no entanto, em seu aspecto formal e em relação à ofensa constitucional, que, por conseqüência, é uma situação de extrema injustiça. Conforme ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

Entretanto, se não cometo engano ao interpretar seu pensamento, a palavra justiça entra nessa proposição para significar aquela justiça formal inerente a todas as sentenças, não a expressão de uma justiça material, enquanto aspiração a ser buscada pelo julgador; mesmo porque, costuma-se dizer, a coisa julgada é uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma

¹¹⁹ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 45.

¹²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.442.

¹²¹ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.499.

forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça¹²².

Fica evidente, assim, que a relativização da coisa julgada com o fundamento de não se deixar persistir injustiças é um conceito inadequado, visto que apresenta alto grau de indeterminação, e com isso, geraria a eternização dos litígios.

No entanto, a relativização do instituto da coisa julgada para além do prazo decadencial da ação rescisória por afrontar os ditames constitucionais mostra-se extremamente necessária e válida, já que em um Estado Democrático de Direito não é possível persistir sentenças que violem a Constituição Federal, expressão máxima dos anseios da população. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam:

Paralelamente à visão da Constituição como Lei Fundamental e da qual todos os atos extraem o fundamento de sua validade, surge outra idéia: a de que a Constituição deve ser juridicamente garantida. Assim, é hoje pacífico o entendimento segundo o qual “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida”.

A garantia jurídica de que é merecedora a Constituição decorre de um princípio que é caro ao Estado de Direito: o da constitucionalidade. Aludido princípio é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade¹²³.

Dessa forma, verifica-se que a coisa julgada deve ser relativizada somente em caso de inconstitucionalidade, pois, ao generalizar a sua utilização, se permitiria o desvirtuamento desse instituto, importante instrumento para o ordenamento jurídico.

Ademais, outro aspecto relevante se dirige a quais instâncias ou tribunais são legitimados para relativizar a coisa julgada inconstitucional; se qualquer juiz pode realizar ou se somente o Supremo Tribunal Federal, em analogia ao controle abstrato de constitucionalidade e ao artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil. Andreo Aleksandro Nobre Marques propõe:

¹²² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In: Fredie Didier Júnior (Org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2008, p. 308.

¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 545, jul./ set. 2001.

Realmente, não haveria tranquilidade social se todo juiz pudesse rescindir uma sentença, de acordo com seu particular entendimento acerca da constitucionalidade ou não das leis ou atos normativos. A desconstituição de uma sentença, após seu trânsito em julgado, com base em sua inconstitucionalidade, deve estar orientada pelo entendimento sufragado pelo guardião da Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal¹²⁴.

Acrescenta Leonardo de Faria Beraldo:

E por fim, no nosso entendimento, a competência para o julgamento desses casos deveria ser, de *lege ferenda*, originária do Supremo Tribunal Federal, já que se trata de matéria constitucional. Mesmo sabendo do grande volume de processos julgados anualmente pelo Supremo, e, ainda, da vontade da maioria da doutrina de que o Supremo Tribunal fizesse apenas o papel de Corte Constitucional, temos que, devido à tamanha importância e gravidade de se flexibilizar a *res iudicata*, este é, definitivamente, o órgão mais indicado para o exercício desta função¹²⁵.

É perceptível que a imutabilidade da coisa julgada não é um valor jurídico absoluto, vez que se refere à impossibilidade de alteração da sentença pela via recursal e não por outras vias; como o já estabelecido com ação rescisória, revisão criminal e artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

Quando se afirma que algo deve ser “relativizado”, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda “relativizar” o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí no campo civil, a ação rescisória e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada¹²⁶.

Assim, apesar de a coisa julgada ser um limite ao exercício da função jurisdicional, é necessário repensar sua sistemática, possibilitando a sua relativização mesmo após transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, a fim de que esse instituto seja instrumento para efetivação da Constituição e não para perpetuação de inconstitucionalidades emanadas do Poder Judiciário.

¹²⁴ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p. 71, out./dez. 2005.

¹²⁵ BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p.152.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p. 730, out./dez. 2004.

3.3 Artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil

Entre os instrumentos jurídicos aptos a analisar a constitucionalidade dos atos jurisdicionais, não mais reformáveis pela via recursal ou ação rescisória, encontram-se os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença, previstos nos artigos 741, parágrafo único e 475-L, §1º do Código de Processo Civil.

Estabelece o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil que, na execução contra a Fazenda Pública, o título poderá ser declarado inexigível, se “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”.

Nesse contexto, o artigo 475-L do Código de Processo Civil, também estabelece em seu §1º, que na impugnação a sentença o título poderá ser declarado inexigível, se “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Com efeito, essas alterações realizadas no Código de Processo Civil demonstram que a coisa julgada eivada de inconstitucionalidade é hipótese de inexigibilidade do título judicial. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam:

O que se deduz do texto do parágrafo único do artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A exigibilidade do crédito exequente será automática decorrência do pronunciamento de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal¹²⁷.

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo, Repro 127*, São Paulo, ano 30, p. 28, set. 2005.

Acrescenta Gelson Amaro de Souza e Gelson Amaro de Souza Júnior:

A todo e qualquer momento em que a sentença inconstitucional for posta em execução (cumprimento), poderá o interessado oferecer a sua impugnação e alegar a inexigibilidade da obrigação constante do título. A lei (artigo 475-L, II, do Código de Processo Civil) fala em inexigibilidade do título, mas se deve entender como inexigibilidade da obrigação constante deste. No caso, inexigível é a obrigação constante da sentença, decisão e acórdão contaminados pela eiva da inconstitucionalidade¹²⁸.

Observa-se, assim, que, devido à supremacia da Constituição, não pode subsistir no ordenamento jurídico coisa julgada que afronte normas e princípios constitucionais, devendo ser reconhecida a sua nulidade inclusive na ação incidental de embargos à execução. Conforme Araken de Assis:

Em tal contingência, tão intensa e profunda se revela a inconstitucionalidade, pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, que desaparece a indiscutibilidade do título, decorrente da coisa julgada, e, conseqüentemente, sua exequibilidade. Assim, o artigo 741, parágrafo único, tornou *sub conditione* a eficácia da coisa julgada do título judicial que, preponderante ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir *sub conditione*. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do artigo 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória¹²⁹.

Questão controvertida se observa na doutrina em relação à necessidade ou não de prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal para que o juiz declare a inexigibilidade do título judicial, principalmente no que se refere à parte final do parágrafo único do artigo 741 que dispõe a inexigibilidade do título em caso de “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição”. Andreo Aleksandro Nobre Marques leciona:

Exige-se que o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado pela constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo no qual se baseou a decisão que deu origem ao título executivo, ou ainda que tenha se manifestado favoravelmente ou não à compatibilidade com a Constituição da aplicação ou interpretação empregada na decisão que deu origem ao título executivo, a fim de justificar o acolhimento dos embargos, quer a apreciação

¹²⁸ SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*. Brasília, v. 893, ano 99, p. 21, março 2010.

¹²⁹ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 221.

do Supremo Tribunal Federal tenha se dado em controle direto, por via de ação, quer em controle difuso, por via de exceção¹³⁰.

Nesse sentido, também afirma Araken de Assis:

Não é todo juízo de inconstitucionalidade que, consoante o artigo 741, parágrafo único, retirará a força executiva do provimento judicial. Impõe-se julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, de procedência na ação direta de inconstitucionalidade ou de improcedência na ação direta de constitucionalidade¹³¹.

Em posicionamento diverso, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria afirmam:

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

Não é, ressalta-se, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que constitui a nulidade da norma ou ato inconstitucional. A invalidade decorre *ipso iure* próprio ato perpetrado ao arrepio de mandamento da Lei Maior. É justamente essa invalidade congênita que inspira a regra legal inserida no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil¹³².

Ressalta-se que em um primeiro momento a Medida Provisória nº 2180/2001 foi alvo de inúmeras críticas no sentido de que a mesma teria sido editada com fins políticos ligados à Fazenda Pública. Segundo Ivo Dantas:

No caso, bem sabemos, o objetivo da Medida Provisória teve um endereço certo, ou seja, evitar que aquelas ações nas quais se discutiam aplicações de índices referentes aos Planos Econômicos editados por diferentes Governos, e que já tinham decisão transitada em julgado com conteúdo diverso ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, pudessem ser executadas contra a Fazenda Pública, ou necessitassem de Ação Rescisória, pois em muitos casos, já era decorrido o prazo de dois anos [...]Mais uma vez, portanto, o cidadão sai prejudicado por uma legislação casuística... Na prática, a MP 2180/2001 apenas veio servir à voracidade do Executivo Federal, que utilizando-se do uso deste infeliz instituto chamado medida provisória,

¹³⁰ MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, p. 73, out./dez. 2005.

¹³¹ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 224.

¹³² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo, Repró 127*, São Paulo, ano 30, p. 28, set. 2005.

legisla em causa própria e em detrimento dos princípios maiores que informam o Estado Democrático de Direito¹³³.

Entretanto, Araken de Assis assevera:

Ademais, em que pese a suspeita de que a regra, haja vista sua bem documentada origem, ao fim e ao cabo favoreça apenas a Fazenda Pública, sua aplicação é neutra e indiferente à condição da parte. Ela também beneficia o adversário da Fazenda Pública.

O artigo 741, parágrafo único, beneficia a Fazenda pública tão-só no sentido de alargar suas possibilidades de obter desejável uniformidade nos litígios com seus servidores e os contribuintes¹³⁴.

O artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil é questionado em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3740), ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, perante o Supremo Tribunal Federal, em que os autos se encontram concluso ao relator Ministro Gilmar Mendes¹³⁵.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral em relação à compatibilidade do instituto da coisa julgada e o artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil nos Recursos Extraordinários 611503/SP e 586068/PR. O Recurso Extraordinário 611503/SP versa sobre a possibilidade de se verificar a adequação dos títulos judiciais exequendos às decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo após o trânsito em julgado da sentença¹³⁶. E o Recurso Extraordinário 586068/PR analisa a extensão da decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se conferiu a aplicabilidade no âmbito dos juizados especiais da inexigibilidade do título executivo judicial, aos casos com trânsito em julgado¹³⁷.

Conquanto o Supremo Tribunal Federal não realize os julgamentos da referida ação direta de inconstitucionalidade e dos recursos extraordinários, mister se faz ressaltar que

¹³³ DANTAS, Ivo. *Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência*. In: Carlos Valder do Nascimento; José Augusto Delgado (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo horizonte: Forum, 2006, p. 263.

¹³⁴ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 222.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.740/DF. Relator: Min. GILMAR MENDES. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2384960>>. Acesso em: 27 set. 2011. 13:45.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 611503/SP. Relator: Min. AYRES BRITTO. Brasília, DF, 16 dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=109&dataPu>>. Acesso em: 05 out. 2011. 17:12.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 586068/PR. Relator: Min. ELLEN GRACIE. Brasília, DF, 02 agosto de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 out. 2011. 17:25.

as alterações realizadas nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil são de grande relevância, pois evidenciam a necessidade de relativização da coisa julgada em caso de afronta à constituição.

3.4 Mecanismos processuais para rediscutir a coisa julgada inconstitucional

Observa-se atualmente uma intensa discussão doutrinária quanto à necessidade de relativização da coisa julgada para além do prazo da ação rescisória, entretanto, não se pode desconsiderar a importância desse instituto para o ordenamento jurídico, sendo indispensável a delimitação dos instrumentos que poderão relativizar a coisa julgada inquinada de vícios de ordem constitucional.

Admitem-se, no direito processual civil brasileiro, como instrumentos de revisão da coisa julgada material: a ação rescisória, a *querela nullitatis* e a impugnação da sentença inconstitucional, esta analisada no item anterior.

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de sentença transitada em julgado com alguns dos vícios previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil.

O inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil dispõe a possibilidade de desconstituição da coisa julgada que violar a “literal disposição de lei”. Assim, a ação rescisória pode ser utilizada em caso da decisão de mérito transitada em julgado ofender a Constituição, lei suprema do Estado. Alexandre Freitas Câmara afirma:

É sabido que este dispositivo não pode ser interpretado literalmente, sendo certo que a rescindibilidade existirá sempre que a sentença transitada em julgado “violar direito em tese”. Assim sendo, será possível rescindir-se a sentença inconstitucional transitada em julgado, proferindo-se em seguida um novo julgamento da causa¹³⁸.

Esse remédio processual, porém, deve ser manejado respeitando o prazo decadencial de dois anos, de acordo com o artigo 495 do Código de Processo Civil.

¹³⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

Assim, questão controvertida se observa na doutrina acerca da possibilidade de utilização da ação rescisória após o seu prazo bienal, em caso de inconstitucionalidade da coisa julgada. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria defendem a utilização da ação rescisória independente do seu prazo decadencial:

A admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional expressada nos julgados supra, porém, não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição.

Em verdade, a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade.

Deste modo, a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade da coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação¹³⁹.

Acrescenta Alexandre Freitas Câmara:

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

Não bastaria, porém, acrescentar este novo inciso ao artigo 485 do CPC, mesmo porque a rigor tal dispositivo, sozinho, em nada inovaria, uma vez que - conforme já se viu - a rescisão da sentença inconstitucional já é possível com base no disposto no inciso V daquele artigo. A criação do novo inciso só se justificaria se este fosse a “pedra fundamental” de um novo regime, que para se completar dependeria de outras regras¹⁴⁰.

Já José Carlos Barbosa Moreira é contrário a relativização da coisa julgada, por entender que os meios de controle previstos no ordenamento jurídico já são suficientes; entretanto, admite a propositura da ação rescisória independente do seu prazo bienal, excepcionalmente, em caso de o juiz aplicar na sentença lei já declarada inconstitucional pelo

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 554, jul./ set. 2001.

¹⁴⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

Supremo Tribunal Federal, pois nessa problemática a norma não mais existia no ordenamento jurídico, não tendo sido observado os efeitos vinculante e *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade¹⁴¹. Não visualizando exceções, Leonardo de Faria Beraldo afirma:

Na nossa opinião, a ação rescisória (AR) não seria meio hábil a desconstituir uma sentença, após o prazo decadencial de dois anos a que faz alusão o artigo 495 do Código de Processo Civil¹⁴².

É perceptível que o efeito de nulidade da coisa julgada inconstitucional corrobora para o entendimento de a ação rescisória poder ser utilizada a qualquer momento como instrumento hábil a rediscutir esse instituto. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria lecionam:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, impõe-lhe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”¹⁴³.

Ademais, outro instrumento de revisão da coisa julgada é a *querella nulitatis*, caracterizada como um meio de impugnação de decisão contendo vícios transrescisórios¹⁴⁴. Esses vícios ocorrem em caso da decisão ser proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação ou citação defeituosa (artigos 475-L, inciso I e 741, inciso I, do Código de Processo Civil).

Ressalta-se que, diferentemente da ação rescisória, em observância à gravidade do vício ocorrido, a *querella nulitatis* não se submete a qualquer prazo decadencial. Relacionado à coisa julgada inconstitucional, Alexandre Freitas Câmara afirma:

¹⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p. 744, out./dez. 2004.

¹⁴² BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: Carlos Valder do Nascimento (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 151.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 554, jul./ set. 2001.

¹⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2010, p.437.

Como sabido, a coisa julgada possui eficácia sanatória geral, o que significa dizer que uma vez transitada em julgado a sentença convalida todas as invalidades eventualmente existentes no processo. Desaparecidas as invalidades, porém, pode sobreviver a ineficácia. E essa ineficácia poderá ser reconhecida através do ajuizamento de demanda visando à sua declaração. É a *querela nullitatis*, instituto originário do Direito romano e que sobrevive no Direito moderno¹⁴⁵.

Acrescentam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria:

É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res iudicata*, que não pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil. Com efeito, segundo pacífica orientação em sede doutrinária, “a parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória”. Para tanto, poderá: opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença; ou propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, inclusive uma ação declaratória ordinária, como sobrevivência da antiga *querela nullitatis*¹⁴⁶.

Apesar da grande divergência em relação aos mecanismos processuais capazes de rediscutir a coisa julgada inconstitucional, é perceptível que a utilização da ação rescisória mesmo após o seu prazo decadencial é o instrumento mais adequado no atual cenário jurídico, visto que suas premissas já se encontram definidas no Código de Processo Civil, sendo necessário apenas adaptá-la à especificidade da presente questão.

É indispensável revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, por meio do desenvolvimento de instrumentos racionais e objetivos para a referida relativização, a fim de que as novas aspirações jurídicas sejam efetivadas.

3.5 Posição do Supremo Tribunal Federal

¹⁴⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

¹⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo, Repro 127*, São Paulo, ano 30, p. 45, set. 2005.

Apesar das intensas discussões no âmbito doutrinário acerca da necessidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal apresenta posicionamento, em regra, contrário a referida relativização.

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 594929/RS, manteve a decisão prolatada em execução de sentença, por entender que no caso a parte recorrente visava por meio do recurso rescindir o julgado. No referido julgamento, o Ministro demonstrou posicionamento contrário à relativização da coisa julgada inconstitucional, ressaltando o instituto da coisa julgada como uma garantia essencial à segurança jurídica, só podendo ser desconstituída no prazo decadencial para propositura da ação rescisória. Ademais, é ressaltado no recurso em questão que a relativização da coisa julgada prejudicará intensamente a estabilidade das relações jurídicas, ao se permitir a perpetuação dos litígios¹⁴⁷.

Já em recente julgamento do Recurso Extraordinário 363889/DF, em que se apreciou o direito de um jovem exigir do suposto pai um teste de DNA para reconhecimento de paternidade mesmo após a sentença ter transitado em julgado e decorrido o prazo decadencial da ação rescisória, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela relativização da coisa julgada com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴⁸.

Em relação a esse tema, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

Impossível ignorar a importância social e jurídica do problema, ou minimizar o aspecto relacionado com os direitos da personalidade, do investigante e do investigado. A toda pessoa deve reconhecer-se o direito de ver declarada em termos verdadeiros a relação de filiação que a liga a outra, assim como a esta, reciprocamente, o direito de ver negada, em termos igualmente verdadeiros, a condição de pai daquela. A discrepância entre a motivação *in facto* da sentença e a realidade assume aí colorido mais chocante do que noutras hipóteses.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 594929/RS. Decisão Monocrática. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Brasília, DF, 23 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0000085>>. Acesso em: 04 nov. 2010. 16:37.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 363889/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2072456>>. Acesso em: 12 set. 2011. 09:15.

¹⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, p. 738, out./dez. 2004.

Dessa forma, mostra-se necessário que a problemática da coisa julgada inconstitucional seja examinada de forma mais incisiva no Poder Judiciário, para que a referida relativização não seja realizada somente em sede de investigação de paternidade, devido ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, mas também em casos em que se verificar a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado, como nos referidos Recursos Extraordinários com repercussão geral 611503/SP e 586068/DF.

CONCLUSÕES

Em face dos argumentos apresentados, constata-se que a coisa julgada se refere à impossibilidade de nova discussão da declaração contida na sentença, caracterizando-se como uma situação jurídica do conteúdo da decisão.

O instituto da *res iudicata* foi elaborado com o fim de determinar que o legislador não modifique a norma jurídica anterior emanada do Poder Judiciário para o caso concreto, se revelando como um importante instrumento de efetivação dos anseios consubstanciados na Constituição Federal.

A inconstitucionalidade da coisa julgada ocorre em caso de ofensa às normas constitucionais, não podendo subsistir no ordenamento jurídico conforme os princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Independente da esfera de poder que originou o ato, este deve apresentar-se constitucional, não sendo plausível a imunidade de controle fomentada ao longo dos séculos em relação ao Poder Judiciário. O Poder Judiciário, assim como os demais poderes, deve observar no exercício da sua função jurisdicional os ditames constitucionais.

Apesar de ser um limite à função jurisdicional, a coisa julgada inconstitucional é nula, surtindo efeitos jurídicos até que seja desconstituída por meio de outra decisão judicial; e assim, faz-se necessário sua relativização para além do prazo decadencial da ação rescisória.

Ademais, o próprio legislador já previu no ordenamento jurídico mecanismos que relativizam a coisa julgada, como os artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil; a ação rescisória e a revisão criminal; entretanto, é indispensável que a relativização seja realizada a qualquer tempo se constatada violação à Lei Maior, a fim de que esse instituto seja instrumento para efetivar a constituição e não para consagrar inconstitucionalidades.

A relativização da coisa julgada não poderá ser feita de forma generalizada, pois acarretaria o seu total desvirtuamento, só sendo permitida a referida relativização em caso de

inconstitucionalidade, já que se estará buscando preservar a constituição, expressão máxima dos anseios sociais.

Fica evidente, assim, a necessidade de se discutir no âmbito doutrinário e jurisprudencial mecanismos processuais que poderão relativizar a coisa julgada inquinada de vícios de ordem constitucional.

Em observância aos instrumentos presentes no ordenamento, constata-se que enquanto o legislador não revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados a ação rescisória é o instrumento jurídico mais adequado para a referida relativização, devendo ser utilizada mesmo após o decurso do seu prazo decadencial.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de inconstitucionalidade: comentários ao art.97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil (art. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Coisa julgada inconstitucional e teoria geral do direito. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALDAS, Herisberto e Silva Furtado. Coisa julgada: razões para não relativizá-la. *Themis, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. VII, jan./jul. 2009.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa julgada inconstitucional: teoria e prática*. São Paulo: Gen Método, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2008.
- _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. II. 5.ed. Salvador: Juspodium, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Andreo Aleksandro Nobre. Do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. 9. ed. São Paulo: Millennium, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade- aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 441, jul. 1972.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 34, out./dez. 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____; Delgado, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo horizonte: Forum, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o estado democrático de direito. *Revista Forense*. v. 100, n. 375, set./out. 2004.

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

RACY, Vivien. Coisa julgada inconstitucional- uma interpretação acerca de sua flexibilização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Brasília, ano 18, n. 73, out./dez. 2010.

RODRIGUEZ, Eduardo Andrés Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 166, abr./ jun. 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Coisa julgada inconstitucional. *Revista dos Tribunais*. Brasília, v. 896, ano 99, mar. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Brasília, n. 89, jan./ jun. 2004.

_____. *Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*.v. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Genesis- Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, jul./ set. 2001.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *Revista de Processo, Repra 127*, São Paulo, ano 30, set. 2005.