

# ESTUDO DA COISA JULGADA

ANDRÉ CID MAIA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Relativização da coisa julgada; 3. Uma visão contrária; 4. Supremacia constitucional e controle de constitucionalidade; 5. Os embargos do parágrafo único do Art. 741 do Código de Processo Civil; 6. A impugnação do art. 475-L do Código de Processo Civil; 7. Ação rescisória; 8. *Querela Nullitatis*; 9. A questão da desapropriação; 10. A questão do exame de DNA; 11. A questão da indenização previdenciária; 12. Quadro analítico de decisões sobre o tema; Referências; 13. Referências.

## 1. Introdução

Numa visão retrospectiva, pode-se afirmar que o processo civil romano era marcado por extremo formalismo. Os litigantes deveriam empregar termos exatos e qualquer falha poderia ter como consequência a perda do processo.

O processo da *lex actiones* tinha uma dupla fase. A primeira, perante um juiz togado, e a segunda, diante de um juiz popular indicado pelas partes ou pelo magistrado. Ao juiz popular cabia análise das provas e proferir a decisão. O litígio era instaurado ante o juiz estatal; os pontos controvertidos eram fixados, firmando-se a *litis contestatio*.

A coisa julgada não era formada na sentença, mas na *litis contestatio*; dessa forma, até mesmo antes da decisão final, já existia a coisa julgada.

Mais adiante, ingressa-se no processo formular. Aqui, permanece a divisão em duas fases, mas o juiz popular, ao julgar, deve ficar adstrito à fórmula anteriormente estabelecida pelo pretor. O Estado continua com uma participação não integral. Nessa ocasião, a sentença passa a adquirir a coisa julgada, pois ela é fruto da aplicação da fórmula, ou seja, a liberdade do juiz popular é reduzida e seu ato vinculado ao que foi predeterminado pela justiça estatal.

No processo da *cognitio extra ordinem*, desaparece a figura do juiz popular, e todo o processo fica sob o império do Estado. Ao juiz é dado o poder de examinar as provas e proferir a sentença. O novo conceito de sentença, agora como ato estatal puro, influi no de coisa julgada.

Machado<sup>1</sup> observa, com muita propriedade, que: a *res iudicata* liga-se, na concepção romana, à autoridade estatal, de início vinculada à *litis contestatio*, enquanto fecho do procedimento *in iure*; depois à *sententia*, primeiro como ato pelo qual se soluciona a controvérsia, subjetiva e objetivamente fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado.

No direito medieval, a autoridade da coisa julgada estava baseada na verdade presumida apresentada na sentença. *Res iudicata facit de albo Nigro, de quadrata redumta*.

Já no século passado, Silva<sup>2</sup> analisa a coisa julgada em Chiovenda. Inicia seu estudo deixando claro que, para o Prof. italiano, a ação não seria um direito subjetivo,

<sup>1</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

<sup>2</sup> SILVA, Adailson Lima e. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. Coordenador LEAL, Rosemíro Pereira. Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2007.

mas só existiria direito de ação quando a sentença fosse favorável ao autor. A improcedência não se limitaria ao pedido do autor, mas sim à própria ação. O juiz não poderia criar, nem modificar a lei, devendo somente aplicá-la, já que a interpretação levada a efeito pelo juiz não seria obrigatória para todos, mas somente às partes em causa.

Chiovenda via a coisa julgada como indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada, não incidindo sobre fatos. Tem a mesma uma função negativa e uma função positiva. Na negativa, o seu exercício se dá através da exceção de coisa julgada; na positiva, obriga o juiz a reconhecer a existência do julgado em qualquer pronunciamento sobre a demanda.

Visa a coisa julgada a tornar imutável a decisão de maneira direta e obter a paz social de maneira indireta. Três espécies de coisa julgada são admitidas por Chiovenda: i) a coisa julgada formal, com a preclusão dos recursos, ii) a coisa julgada material, com a atribuição de um bem da vida ao vencedor da demanda e iii) a coisa julgada excepcional, quando atribui aos decretos e ordenanças o efeito de coisa julgada.

Os fatos que serviram de base ao julgamento não são acolhidos pela coisa julgada, podendo o juiz, em novo processo, não os ter como verdadeiros.

A relativização da coisa julgada já era conhecida por Chiovenda, em 1906; esse instituto, dizia, nada tem em si de absoluto e de necessário; do conceito de atividade judicial deriva necessariamente somente que a sentença deva poder mandar à execução, mas não que deva ser tida, no futuro, como norma imutável do caso decidido. Tanto é verdade que conhecemos direitos antigos, nos quais a sentença é obrigatória para as partes, mas pode indefinidamente ser impugnada, ora com base em novas provas, ora não... As partes podem renunciar aos efeitos do julgado. O réu poderá com uma ação de acerto negativo fazer declarar, por exemplo, a impossibilidade da prestação.

Liebman, por sua vez, em estudo desenvolvido por Santos<sup>3</sup> formula a percepção de coisa julgada como predicado da sentença, uma qualidade de que resulta sua imutabilidade.

Para Enrico Tullio Liebman, uma vez que se esgotem as *impugnazioni*, meios de promoção da revisão dos julgados, ocorrerá o fenômeno denominado coisa julgada.

Coisa julgada formal e preclusão são coisas distintas. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, a sua imutabilidade dentro do processo. Coisa julgada material produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame de *res in iudicium deducta*.

Relativamente aos limites da coisa julgada, esses podem ser objetivos e subjetivos. Objetivamente, somente a parte decisória da sentença fica resguardada, jamais seus motivos. Isso não implica em afirmar que somente o dispositivo da sentença é alcançado pela coisa julgada. Em qualquer lugar onde houver decisão, lá estará a coisa julgada, que se opera também sobre questões que poderiam ser discutidas e não as foram.

No campo subjetivo, a regra é que a sentença somente faz coisa julgada em relação às partes, embora tenha eficácia reflexa em relação a todas as pessoas. Com a autoridade da coisa julgada ficam as partes impedidas de pretender nova manifestação do Poder Judiciário a seu respeito, podendo a outra arguir a *eccezione di cosa giudicata* ou o magistrado conhecê-la de ofício, pois a coisa julgada ultrapassa o interesse privado, sendo matéria de interesse geral de segurança.

Para Liebman, a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que a lei agrega a essa para fim de promover a sua estabilização.

<sup>3</sup> SANTOS, Adriano Lúcio. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. Coordenador LEAL, Rosemíro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

Outro italiano, Enrico Allorio, tem a coisa julgada como um atributo da jurisdição, vale dizer, somente os atos aptos a produzirem coisa julgada são atos jurisdicionais; os demais, são administrativos. Essa teoria foi insuficiente, pois, por ela, as sentenças que não resolvem o mérito ou as sentenças proferidas em processos cautelares não seriam jurisdicionais. Isso sem falar nas sentenças condenatórias de natureza penal.

A teoria de Liebman, diz Rodrigues<sup>4</sup>, se aproxima de Allorio, no que se refere à jurisdição: *pelo fato de que a atividade da jurisdição, na concepção de Liebman somente ocorre quando houver julgamento do mérito da causa. Assim, a jurisdição estaria relacionada à formação da coisa julgada material.*

A jurisdição, conclui, não é o centro do ordenamento jurídico, mas está a serviço do processo, como instituição constitucionalizada.

Para o uruguaio Couture, estudado por Carvalho<sup>5</sup>, *la cosa juzgada es una forma de autoridad y una medida de eficacia...es, en resumen una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica.*

Couture entende que a sentença cria direito novo, cria um estado de certeza do que antes era abstrato. Compartilha o mesmo com o pensamento de Liebman ao aceitar a coisa julgada como qualidade da sentença.

A distinção entre coisa julgada formal e material refere-se às decisões judiciais que tenham esgotadas as vias de recurso, não impedindo que, em um momento posterior, possam ser modificadas. A coisa julgada substancial ou material existe quando: *a la condición de inimpugnabile en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en outro juicio posterior.*

Dentro do campo da relativização da coisa julgada, Couture considera possível a revisão de julgados obtidos mediante fraude ou conluio, acarretando prejuízos a litigantes ou terceiros.

Por fim, Elio Fazzalari. Para ele, o processo é o procedimento qualificado pelo contraditório, ou seja, procedimento é o gênero, e o processo, espécie. Não havendo contraditório, não há processo.

A coisa julgada, para Fazzalari, consistente na irretratabilidade da sentença prolatada pelo juiz, não exclui, por outro lado, que os efeitos do provimento do mérito possam incidir fora do processo. Após a sentença, por exemplo, condenando o réu ao pagamento de determinada verba, nada impede que as partes transijam, que o credor perdoe o devedor, tudo dentro do poder dispositivo das partes. Imagine-se, agora, que essas mesmas partes, após a decisão judicial, transitada em julgado, venham a acordar de modo diverso do decidido e uma delas deixa de cumprir o pactuado. Nada impede que o magistrado venha a conhecer essa demanda.

O juiz não estará ferindo a coisa julgada, pois não será ele, juiz, que irá alterar o conteúdo do julgado, esse já terá sido, previamente, alterado pela vontade das partes.

Em visão histórica nacional, somente em 1934, a expressão coisa julgada apareceu com status constitucional. No Estado Novo, 1937, ela não constou da Carta, por inspiração de Francisco Campos. Entendia que era na lei civil o lugar correto para que a mesma figurasse. A não-retroatividade, considerava Campos, é tão-somente uma norma de interpretação, uma regra de hermenêutica e, por ela, se entende que o intérprete ou o juiz não podem aplicar a lei nova às relações jurídicas já consumadas na vacância da lei antiga.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Ângela de Lourdes. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. Coordenador LEAL, Rosemiro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

<sup>5</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. Coordenador LEAL, Rosemiro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

Em nosso atual ordenamento jurídico, a coisa julgada se encontra prevista na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI, na Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), na norma de seu art. 6º, no Código de Processo Civil, no § 1º do art. 301, § 3º do art. 301, arts. 467 e. 472.

## 2. A relativização da coisa julgada

A pedra de toque em toda essa problemática é analisar até em que ponto a coisa julgada tem o poder de tornar imodificáveis os julgados. Bonumá<sup>6</sup>, citado por Santos, lembra, lá no ano de 1946, que a cláusula *rebus sic standibus* é implícita no ato jurisdicional, sendo, assim, a inalterabilidade da sentença só é aconselhável em inexistindo violação aos princípios superiores de ordem pública. Será de fato, prossegue o processualista, que a coisa julgada pode fazer reto aquilo que é torto? Em outros termos, pode essa qualidade alterar a realidade? O branco passará a ser preto? Se está diante do vício transtemporal. O branco é branco hoje, continuará a ser amanhã e assim permanecerá por toda a eternidade, por mais que uma sentença diga o contrário.

Dentro dessa linha de raciocínio, Nascimento E Pereira Jr<sup>7</sup> traçam uma bem elaborada abordagem filosófica. Fortes em Aristóteles, diferenciam os conceitos de matéria e forma, afirmando que matéria é aquilo de que uma determinada substância é feita, “nesse sentido, uma peça jurídica possui como matéria palavras, argumentos e razões ordenadas num discurso que visa a dar conta da elucidação de uma querela entre partes. “Forma, ao contrário, permite que uma substância seja o que ela é, aquilo que reúne em si todos os componentes materiais da substância. As propriedades acidentais, por sua vez, são atributos que não têm o condão de alterar a substância do ente na sua configuração, embora faça parte do seu corpo.

Da utilização desses conceitos, concluem que a sentença, e não a coisa julgada, é que merece as considerações aqui desenvolvidas; a coisa julgada não é parte integrante da sentença, mas simplesmente qualidade. Ou seja, se a substância contém vício, não tem a qualidade o poder de corrigir a substância. O que é podre permanecerá podre, com ou sem adesão da qualidade.

Em sendo a sentença a matéria e a coisa julgada a qualidade, não se pode pensar em inconstitucionalidade na qualidade. Se há algum vício é evidente que o mesmo incide sobre a matéria, sobre a sentença. Ela é que será conforme a Constituição ou desconforme. A proteção da coisa julgada, envolvendo a sentença, não a torna imune ao vício. Em linguagem figurada: a casca do ovo não tem o poder de tornar saudável uma gema estragada.

A coisa julgada, portanto, além de não alterar a substância não é elemento imprescindível à mesma, vale dizer, é perfeitamente viável haver uma decisão, sem que a ela adira a coisa julgada.

Nas palavras daqueles doutrinadores: “dada sentença, se impregnada pelo vício da inconstitucionalidade, há se ser expurgada do universo processual, em razão de sua incompatibilidade com a ordem jurídica. A coisa julgada não tem o condão de remover essa patologia que a contamina, por improvável possa a qualidade modificar essência

<sup>6</sup> BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. V. 2, São Paulo: Saraiva, 1946, apud SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. *Breve Histórico da Relativização da Coisa Julgada no Brasil*, apud Coisa Julgada Inconstitucional, NASCIMENTO. Organizadores Carlos Valder et Delgado, José Augusto. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder e PEREIRA JR., Lourival. *Natureza da Coisa Julgada: Uma Abordagem Filosófica*, apud Coisa Julgada Inconstitucional, NASCIMENTO. Organizadores Carlos Valder et Delgado, José Augusto. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

de matéria que não é própria, para convalidar ato jurisdicional nulo.”

A coisa julgada, portanto, sendo qualidade, é elemento accidental da decisão, não contendo elemento de fundo.

Almeida<sup>8</sup> considera que os efeitos da sentença não se tornam imutáveis, sendo passíveis de modificação extra-autos. As partes não são obrigadas a cumprir o decidido; podem, sem dúvida, alterar os efeitos da decisão em alguns casos, como quando se está diante de direitos disponíveis.

Cumpre destacar, nos termos de Almeida, que efeito e eficácia não se confundem. Eficácias são potencialidades. Efeitos correspondem à expressão dinâmica das eficácias.

Eficácia é a possibilidade de materializar o conteúdo da sentença, e efeito é a exteriorização dessa materialidade.

Direito<sup>9</sup>, nessa mesma linha de raciocínio, afirma que a coisa julgada não possui substância em si mesma; a sentença sim, pois é ela resultado da prestação de tutela jurisdicional. A coisa julgada exerceria, dessa forma, um papel ideológico de legitimação, implementando o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito. Não pode ela ser utilizada como segurança jurídica para uma panacéia de todos os males que afligem a sociedade.

A coisa julgada não tem inserção na Constituição Federal; o texto traz um comando ao legislador, impedindo-o de legislar de forma retroativa, para prejudicar direitos ou para alterar os efeitos de sentenças transitadas em julgado. Sua natureza jurídico – processual admite, em consequência, que a legislação ordinária crie exceções à sua formação. Exemplos clássicos são a revisão criminal e a ação rescisória. A autoridade da coisa julgada é uma opção política-constitucional relativa, podendo sofrer abrandamento pela lei, como no caso da lei penal posterior mais benéfica.

Na revisão criminal, diante do conflito entre a segurança jurídica, trazida pela imutabilidade dos julgamentos e a busca da verdade real, se inclina a mesma em direção a este último aspecto. Serve, portanto, a revisão criminal como refúgio da justiça, da dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal penal, impedindo que um inocente, condenado erroneamente, tenha que sofrer os males incomensuráveis da privação da liberdade ou o estigma perpétuo de uma condenação criminal. É o remédio dado pela lei para o desfazimento da coisa julgada formal, no caso de ser ou de ficar evidente a ocorrência de erro judiciário. Constitui-se típica ação penal, de natureza constitutiva, que objetiva invalidar a autoridade da coisa julgada penal, em face de defeitos rescisórios de que se reveste a sentença que a acolhe.

Mesmo no caso da revisão criminal, onde o segundo bem mais importante do homem é agasalhado (o primeiro é a vida e o segundo a liberdade), a relativização da coisa julgada não traduz em seu aniquilamento. Com efeito, a presunção de verdade evidenciada pela autoridade da coisa julgada formal é contra o peticionário, a quem incumbe o ônus da prova de sua alegada inocência. O juízo de certeza que deriva da sentença penal condenatória transita em julgado, só pode ser desconstituído, a partir de elementos instrutórios suficientes e convincentes produzidos pelo autor da ação revisional.

Ora, prossegue Direito: “as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzirem a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com esses ditames.” Se existe, como de fato existe, a supremacia de Constituição, e se todos os atos jurídicos devem estar conforme à Lei Maior, não pode haver hesitação que a sentença, num Estado Democrático, para

<sup>8</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Coisa Julgada*, in Curso de Direito Processual Civil, Coordenação PINTO, Adriano Moura da Fonseca, Freitas Bastos, 2006.

<sup>9</sup> DIREITO, Carlos Alberto. *Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*, Coord. NASCIMENTO, Carlos Valder. Lumen Juris, 2005.

ter eficácia, deve também a ela estar submissa.

Silva<sup>10</sup>, também se manifestando sobre o tema em questão, não tem receio em considerar possível a existência da coisa julgada inconstitucional, mas considera que o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado, fundamental de nosso ordenamento normativo, impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Uma coisa julgada, diz Siqueira<sup>11</sup>, que está em confronto com a Lei Fundamental, por ser uma norma jurídica similar à lei ordinária, deve seguir o mesmo caminho dessa última, vale dizer, ser expulsa do ordenamento jurídico. Assim como os atos típicos dos Poderes Legislativo (leis) e do Executivo (atos administrativos) se submetem ao controle de constitucionalidade, não seria razoável dar-se tratamento diverso ao ato típico do Poder Judiciário (sentença). Em, eventualmente, agindo-se dessa forma, estar-se-ia violando o art. 2º da Constituição.

Questão que impõe estudo diz respeito ao seguinte questionamento: uma sentença que contenha vício de inconstitucionalidade adquire a qualidade de coisa julgada? Dizem que se a sentença inconstitucional é passível de ação rescisória e o pressuposto da ação rescisória é, exatamente, a preexistência de coisa julgada, é lógico que o vício da inconstitucionalidade não impede a formação da coisa julgada.

Sálvio de Figueiredo<sup>12</sup>, por seu turno, diverge, considerando que uma sentença proferida por um juiz absolutamente incompetente é irremediavelmente nula, não sendo jamais acobertada pela coisa julgada. No caso, há falta de pressuposto de validade do processo. Finaliza seu raciocínio afirmando que, mesmo se ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos da ação rescisória, poderá a parte, quando da execução do julgado, se o desejar, deduzir a nulidade absoluta do título executando, por meio de embargos à execução.

Dessa mesma opinião, comunga Bermudes<sup>13</sup>:

“No tocante às decisões judiciais cuja subsistência é repugnante, existe a certeza de que elas não podem prevalecer de nenhum modo. Seria contra-senso pretender-lhes a eficácia, em nome da segurança jurídica, quando elas são causa de insegurança jurídica pelas incertezas, incredulidade, pelos temores que infundem. Produzem efeito contrário à finalidade institucional. Não se pode admitir o cumprimento desses atos, nem mesmo depois de preclusos todos os meios legais para sua impugnação.”

Câmara<sup>14</sup> comunga dos ensinamentos acima, afirmando que, sendo em tese possível a existência de um ato jurisdicional que afronte a Constituição Federal, torna imperativo

<sup>10</sup> SILVA, Erica Barbosa. *O Vício Existente na Coisa Julgada Inconstitucional*. Revista do Processo, 145, p. 83.

<sup>11</sup> SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Renovar, 2006.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, Sálvio de. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 16.397- RJ, Relator LBA x Juízo da 2ª Vara Federal do RJ. www.stj.gov.br, acesso em 06, de maio de 2007.

<sup>13</sup> BERMUDES, Sérgio. *Coisa Julgada Ilegal e Segurança Jurídica*. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum, p. 131.

<sup>14</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da Coisa Julgada, Relativização da Coisa Julgada*, Coordenação Fredie Didier Jr. Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

a também existência no sistema processual de um mecanismo de controle dessas anomalias.

O primeiro ataque, indubitável, é o recurso extraordinário. Entretanto, como soa trivial, o mesmo só é cabível enquanto não transitada em julgado a decisão violadora do texto maior.

Mas, e depois do trânsito em julgado? Divergindo de outros doutrinadores, considera Câmara que a coisa julgada é constitucionalmente assegurada, não se tratando, apenas, de uma garantia de irretroatividade da lei. Prossegue em seu raciocínio, considerando que, nem mesmo assim, se torna impossível relativizar a coisa julgada. Através da ponderação dos interesses em disputa, afasta-se, num determinado caso concreto, um princípio constitucional em favor de outro, também constitucional.

Em segundo lugar, afirma Câmara: *apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido por sentença transitada em julgado*. Tal como já afirmado anteriormente, a mera injustiça não é vista como causa suficiente por si só para relativizar a sentença que adquiriu a qualidade de coisa julgada.

Uma vez constatada o vício de inconstitucionalidade, poderá a ineficácia do ato jurisdicional ser reconhecida por qualquer meio idôneo, ou seja, por qualquer meio capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou como questão prévia.

Com efeito, não é mais admissível continuar o pensamento de que a coisa julgada é intangível. O que o cidadão espera do Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional. A missão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente deste, é fazer prevalecer a força da Constituição.

Pereira<sup>15</sup> diz que a regra é o caráter relativo da coisa julgada, não se podendo desfigurar a segurança e a certeza de ordem jurídica que encarna, porém, permitindo sua destruição em ação autônoma. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante, ali terão efeitos juridicamente impossíveis e, portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada material. O instrumento adequado contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza. Para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e, por conseguinte, na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que se investigue sua adequação à Constituição.

Nenhuma prerrogativa excepcional pode ser outorgada à sentença judicial que provoque choque com o sistema constitucional adotado pela Nação.

A coisa julgada não poderá ser empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença.

A imutabilidade inerente à coisa julgada deve, dessa forma, ser entendida como inviabilidade de alteração mediante recursos, nada impedindo que, por vias outras, se possa alcançar a mudança.

Chioyenda<sup>16</sup> já escrevia que a lei admita a impugnação da coisa julgada nada tem, em si, de ofensa à razão, pois que, efetivamente, a própria autoridade da coisa julgada não é absoluta e necessária.

Impossível é manter-se o dogma, em nome da segurança jurídica, em favor da verdadeira santidade da coisa julgada e a sua intangibilidade como valor absoluto.

Jorge Miranda<sup>17</sup> leciona que *constitucionalidade e inconstitucionalidade*

<sup>15</sup> PEREIRA, Virgínia Prenzholatto. *A Flexibilização da Coisa Julgada*. Disponível em: < <http://www.uva.br/iccj/artigos> > acesso em 08 de maio de 2006.

<sup>16</sup> CHIOYENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª Edição. São Paulo: 1969, v.3, p. 174.

<sup>17</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo Para Uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 11.

*designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível. Também a actividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus efeitos da conformidade com a Lei Fundamental.*

Não há injustiça mais evidente do que a prevalência de um ato reconhecidamente ofensivo aos preceitos fundamentais da Constituição. Não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida.

Theodoro Jr e Faria<sup>18</sup>, com muita propriedade, dizem que os Tribunais são titulares de um poder constituído e não constituinte. A inconstitucionalidade torna nula *ipso iure* a sentença e, como tal, pode ser argüível e reconhecível a qualquer tempo e em qualquer processo, por qualquer juiz ou tribunal.

Se está diante de uma relação entre antecedente e conseqüente. Para que se defenda a intangibilidade da coisa julgada e, portanto, o regime diferenciado de impugnação, é necessário que, num primeiro passo, se investigue sua conformidade com a Constituição.

Dantas<sup>19</sup>, diante do vício de inconstitucionalidade da sentença chega a afirmar, ao meu ver de modo equivocado, a inexistência do ato jurisdicional. Partindo dessa premissa, alega que não teria sentido, nem justificativa, limitar a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória ao prazo decadencial de dois anos previsto no art. 495 do Código de Processo Civil. *Não aceitamos*, diz ele, *nos casos de inconstitucionalidade, o prazo decadencial de dois anos*.

Ouso divergir. A sentença inconstitucional não é ato inexistente. É ato existente, porém, impregnado de vício grave que o torna nulo.

Deixando de lado esse aspecto, vislumbra-se que a inconstitucionalidade da sentença pode ser de três espécies: a orgânica, a formal e a material. Câmara<sup>20</sup>, no primeiro caso, exemplifica com uma sentença proferida pela Justiça do Trabalho numa relação estatutária e não celetista. Haveria uma inconstitucionalidade orgânica. Formalmente inconstitucional seria uma sentença proferida em sessão secreta e, por fim, seria materialmente inconstitucional uma sentença que julgasse válido ato demissionário proferido em procedimento disciplinar administrativo sem que houvesse sido garantida a observância do contraditório e da ampla defesa.

Observa-se que todos os doutrinadores até aqui citados têm a preocupação em não esvaziar, por completo, a coisa julgada. Admitem eles a sua relativização, a quebra da imutabilidade quando o ato jurisdicional viola a Lei Maior.

Sócrates, mencionado por Marinoni<sup>21</sup>, já alertava: *crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?*

<sup>18</sup> THEODORO JR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. *Reflexões Sobre o Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada e sua Relativização*. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum, p. 131.

<sup>19</sup> DANTAS, Ivo. *Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência*. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>20</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bens Sujeitos à Proteção do Direito Constitucional Processual*. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais*. (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Freddie Didier Jr., Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

Ninguém duvida da importância da coisa julgada, como um atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito. O que aconteceu, diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema, foi a expressa definição das hipóteses em que a sentença transitada em julgado pode ser reanalisada.

Validar uma sentença abusiva seria medida odiosa. Não há tergiversação que o respeito à coisa julgada é um primado constitucional que, como qualquer outro princípio constitucional, não configura um princípio absoluto.

A Constituição procura colocar a coisa julgada fora do alcance de nova regra jurídica, com o objetivo de preservar a integridade do que fora decidido e tenha sido transitado em julgado. A proteção à coisa julgada é uma das facetas do princípio da irretroatividade da lei. Essa proteção não significa que a lei ordinária não possa alterar o regime da coisa julgada. O efeito de desfazimento da coisa julgada é dar de novo, isto é, entregar com outro conteúdo, no sentido próprio, a prometida prestação jurisdicional.

O poder judicial não é detentor da soberania e como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional. Soberano é o Estado como um todo, e não o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário.

Todos os atos estatais são passíveis de desconstituição. O ato administrativo, o ato normativo e, também, o ato jurisdicional. Os Poderes da República são harmônicos e independentes entre si, portanto, seus atos possuem o mesmo peso.

Araújo<sup>22</sup> assevera que a existência de decisões inconstitucionais é perfeitamente viável e deve ser levada a sério num Estado Democrático de Direito, como reflexo da adoção do Princípio de Supremacia Constitucional, sob pena de reconhecer no Poder Judiciário um Poder Constituinte autônomo e paralelo ao Poder Constituinte Originário.

Celso de Mello<sup>23</sup>, dando os exatos contornos da coisa julgada no plano constitucional, salientou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Na realidade, a alegação de ofensa à norma constitucional que protege a autoridade da coisa julgada não basta, por si só, para legitimar o acesso à via recursal extraordinária, pois acaso configurada, essa arguição caracterizaria, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política. *In verbis: A questão pertinente à definição formal dos limites objetivos da res judicata submete-se ao domínio normativo da lei ordinária, não se revestindo, em consequência, da estatura constitucional, necessária à interposição do recurso extraordinário (RTJ 161/284).*

Não se pode perder de perspectiva que a legislação processual civil é a sede, por excelência, da definição formal dos limites objetivos da coisa julgada.

Alguns estudiosos mencionam a expressão coisa soberanamente julgada. A Constituição não faz distinção entre coisa julgada e coisa soberanamente julgada. Essa última ocorreria após a impossibilidade, pelo decurso de tempo, de utilização da ação rescisória.

Seria plenamente constitucional a opção do legislador em se permitir a revisão criminal *pro reo* e *pro societate*.

Não se pode falar, *a priori*, que seria inconstitucional a revisão *pro societate*, porque o princípio da manutenção da liberdade e da dignidade da pessoa humana nem sempre, independente do caso concreto, é superior hierarquicamente ao princípio da manutenção da ordem pública e da paz social.

O que não poderia ocorrer seria a previsão da revisão *pro societate* e a exclusão da revisão *pro reo*.

Carmem Lúcia<sup>24</sup>, a respeito do vício de inconstitucionalidade dos atos jurisdicionais, defende que a autoridade dos atos do Estado tem como suporte a autoridade constitucional que fundamenta os mesmos. O ato estatal sem base na *autoritas constitutionalis* é carente, tornando-o inválido.

Diz a Ministra: *soberania não está na caneta do juiz, mas na tinta constitucional com que ela se aperfeiçoa e que a dota de força de poder estatal aderente e obrigante.*

Quando a estabilidade decidida pelo ato judicial não se ativer nos contornos ditados pela Carta Constitucional, pode-se ter a certeza do decidido e só. Não se produz direito avesso à Constituição.

Não se pode buscar fazer da coisa julgada ato pétreo. Com efeito, se até mesmo a Constituição Federal pode, em sua grande maioria, ser objeto de modificações, através de emendas constitucionais, por que um ato jurisdicional seria intocável? Se a própria emenda constitucional está sujeita ao controle de constitucionalidade, por que uma sentença não estaria? Af está! Nada justificaria o absolutismo da coisa julgada.

A coisa julgada é direito fundamental nesse sentido e apenas nesse. Lei nova não poderá alterar o fundamento válido da decisão judicial transitada em julgado, porque a sentença já terá superado o momento de sua formação e ofertada ao cumprimento integral.

Não se pode considerar haver julgamento válido e subsistente contra a Constituição, pois o juiz busca a fonte de sua competência nesta Lei Suprema e sobre ela constrói seus julgados.

Imagine-se a insegurança pudesse o juiz atuar de forma contrária à Carta e o resultado de seu trabalho ficasse imune a consertos em razão de norma constitucional que viesse a proibir o desfazimento de seus efeitos.

Carmem Lúcia ainda entende que se o julgado atenta contra a Constituição, não se aperfeiçoa com a qualidade de coisa julgada para os efeitos de garantia constitucional.

É de se observar a divergência entre os autores até aqui citados. Todos consideram que, diante de uma sentença violadora do texto constitucional, há necessidade de possibilitar a desconstituição do ato; entretanto, para alguns esse ato jurisdicional não adquire a qualidade de coisa julgada e, para outros, sim.

A questão não é pacífica. Considero que uma sentença inconstitucional, como qualquer outra sentença, pelo decurso de tempo, passa a gozar da qualidade de coisa julgada. Apesar disso, e como já dito acima, a coisa julgada não pode alterar a substância gravemente viciada. De conseguinte, mesmo sendo envolvida por essa proteção, a nulidade persiste e pode ser declarada.

A segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional. Admitir-se que a coisa julgada inconstitucional convalesça no tempo seria o mesmo que dar a ela importância maior que a própria Constituição.

Machado<sup>25</sup>, num interessante raciocínio, após defender que a coisa julgada na Constituição Federal é garantia somente contra a irretroatividade da lei, vale dizer, que

<sup>22</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007.

<sup>23</sup> MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 237.138-1-SP. Allen- Bradley Controles Eletrônicos Ltda x Cleonice Pereira Arruda, julgado em 27, de junho de 2000. www.stf.gov.br. acesso em 12, de maio de 2007.

<sup>24</sup> ANTUNES, Carmem Lúcia Rocha. *O Princípio de Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. Constituição e Segurança Jurídica*. Coord. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>25</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

uma sentença transitada em julgado não poderia ser desfeita se uma lei posterior desse tratamento jurídico diferente àquele dispositivo utilizado pelo julgador, em sua decisão, acaba por afastar a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois não existiria conflito entre princípios e garantias constitucionalmente assegurados.

Mais ainda, afirma que: *se a coisa julgada emana da lei processual e se esta mesma lei não tem prazo para se submeter a um futuro crivo judicial, acerca de sua constitucionalidade, logo, a coisa julgada que imutabiliza os efeitos substanciais de determinada decisão – que de alguma forma ofendem à Constituição – não pode ficar adstrita a prazos processuais limitadores da possibilidade de sua rescisão.*

Se uma norma jurídica foi declarada inconstitucional pelo Órgão do Judiciário competente, parece claro que a decisão judicial anterior que se tenha baseado nela não pode prevalecer. A toda evidência, isso poderia, se adotada a tese sem nenhum tempero, levar a consequências perigosas, pois situações, às vezes, muito antigas e já cristalizadas há décadas, ficariam sujeitas a um rejuízo indesejado.

Surge então a importância do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, autorizadora da modelação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, possibilitando a produção de efeitos *ex nunc*, ou até mesmo em momento futuro. Essa norma, complementa o antigo art. 5º da Lei da Introdução ao Código Civil (norma de sobredireito), segundo o qual na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A forma como se dará o desfazimento do julgado primitivo e o rejuízo da causa é matéria que tem menos importância do que o reconhecimento da necessidade de combater o vício inconvalidável.

É preciso também ter em mente que, muitas vezes, apesar da existência desse vício de inconstitucionalidade, a sentença prevalecerá. É a hipótese, por exemplo, do ato jurisdicional que possui mais de um fundamento, sendo apenas um deles declarado, reconhecido inconstitucional. Ora, se mesmo extirpado esse mal, a parte dispositiva não sofrer alteração, não há por que rejuízo. Se o fundamento conforme a ordem constitucional é suficiente, por si só, para impor a manutenção do julgado, não deve o mesmo ser declarado nulo, em respeito ao fim social e ao bem comum.

É de se observar que, no Brasil, o controle de constitucionalidade incide, apenas, sobre norma específica e não sobre a matéria nela cuidada, nem se tem, até o presente, controle abstrato de constitucionalidade de políticas públicas. Exemplo disso ocorreu no Supremo Tribunal Federal, no curto período de uma semana. Num determinado dia, julgando uma lei estadual X, que disciplinava o procedimento recursal de multa de trânsito, a Corte entendeu ser a mesma inconstitucional, pois legislar sobre trânsito é matéria privativa da União Federal. Uma semana depois, julgando uma outra lei, de um outro estado federado, com a mesma redação da lei X, o Supremo considerou a mesma constitucional. Nesse último julgamento, entendeu que procedimento recursal de multa de trânsito é procedimento administrativo, não era matéria de trânsito e, portanto, o estado tinha competência para regulamentá-lo.

Bentham, citado por Ferrari<sup>26</sup>, salienta que as normas jurídicas devem ser interpretadas a partir dos efeitos reais por elas produzidos, pois só seriam justas as que, ao serem aplicadas, produzissem bons efeitos, e injustas as que, em decorrência de sua aplicação, produzissem consequências desfavoráveis.

Um vez declarada inconstitucional uma norma, a lei anterior não repristina, e a razão é simples. A lei inconstitucional não revogou a anterior. Ela não tem eficácia revogatória por incompatibilidade constitucional.

### 3. Uma visão contrária

É evidente que não há uma unanimidade a respeito da relativização da coisa julgada. Autores existem que são contrários à mesma.

Yoshikawa<sup>27</sup> chega ao ponto de iniciar o seu trabalho com as seguintes palavras: *está aberta a temporada de caça à coisa julgada. Urge defendê-la, antes que seja tarde.*

A segurança jurídica, a estabilização dos julgados são de fundamental importância para todos, até para o vencido que terá conhecimento dos exatos parâmetros de subordinação de seu interesse ao interesse do vencedor.

A coisa julgada, para essa corrente, tem inegável *status* constitucional. E, em direito constitucional, deve prevalecer, sempre, o chamado princípio da máxima efetividade. Canotilho<sup>28</sup> alerta que *a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.* É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e, embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é, hoje sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

A expressão relativização foi escolhida não ao acaso. É exatamente para combater a noção do absolutismo da coisa julgada, algo incompatível com a modernidade.

Relativizar a coisa julgada para corrigir injustiças? O nosso próprio sistema processual, antes mesmo do trânsito em julgado da decisão, deixa de se preocupar com eventual injustiça inserta na mesma. Observe-se que, no recurso especial e no recurso extraordinário, só se discute matéria de direito. Por mais que a prova tenha sido valorada equivoacadamente, com erro gritante, escandaloso, isso não importa mais.

Mencionando decisões da Suprema Corte Americana, Yoshikawa lembra o caso *Stoll x Gortlieb*, 305, US 165 (1938), onde ficou expresso que não há razão para esperar que a segunda decisão seja mais satisfatória do que a primeira.

Igualmente, no caso *Federated Department Stores, Inc. e Moitie*, 452, US 394 (1981), ficou assentado que alegações de justiça básica e ordem pública não autorizam a desconsideração da coisa julgada. O dano causado pelo estabelecimento de um precedente para se desconsiderar a salutar doutrina contra a prolongação de litígios seria maior que o benefício que resultaria da eliminação de sofrimentos individuais.

Nas palavras do referido Prof.: *o processo civil se transformaria numa espécie de Valhalla judiciário, em que as partes se enfrentariam, em longa e extenuante batalha, até a proclamação do vencedor, para recomeçar o combate, do zero, no dia seguinte. Só que processo sem fim não é processo.*

Os litígios seriam multiplicados. Um magistrado de primeiro grau, num momento inicial, analisaria se acataria ou não a decisão, transitada em julgado, tomada por ele mesmo, ou pelo Tribunal de Justiça, ou pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Entendendo que a decisão violou a Constituição, pura e simplesmente, lhe negaria valor.

Na ação entre *Rooker v. Fidelity Trust Co.*, 263, US 413 (1923), a já mencionada Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que, se as questões constitucionais mencionadas na petição de fato foram levantadas na causa, era de competência e obrigação dos tribunais estaduais decidí-las; e a decisão, certa ou errada, foi um exercício da jurisdição. Se a decisão foi errada, isso não torna o julgamento nulo, apenas o deixa vulnerável à reforma ou modificação, através da interposição tempestiva do recurso apropriado.

<sup>26</sup> BENTHAM, Jeremy, *apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade*. Constituição e Segurança Jurídica. Coord. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

<sup>27</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Em Defesa da Coisa Julgada*. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 29. São Paulo: Dialética, 2005.

<sup>28</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 233.



Coerente com seu modo de pensar, Yoshikawa, a respeito do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil considera-o inconstitucional, caso não seja interpretado em conjunto com o art. 495, também do Código de Processo Civil. Assim, os embargos só seriam cabíveis dentro do prazo de 2 anos do trânsito em julgado da decisão.

Por sua vez, Chermont<sup>29</sup> ao estudar o inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, lhe dá grande amplitude. Quando o texto maior menciona não prejudicará, não se está limitando ao prejuízo que possa ser causado somente pela eventual retroatividade de uma nova lei, mas a qualquer prejuízo que possa ser causado à coisa julgada pela nova lei. A ação rescisória só é possível, pois tem raiz constitucional.

Violar a coisa julgada é violar a segurança jurídica, é violar o Estado Democrático de Direito. A tutela jurisdicional adequada pressupõe, também, decisão capaz de se manter, e não somente mera decisão justa.

A coisa julgada não pode ficar à disposição de eventual controle de constitucionalidade da norma que serviu de fundamento à decisão judicial. Mesmo quando há o controle abstrato de constitucionalidade, o ataque à coisa julgada só poderá ocorrer dentro do prazo de 2 anos, a contar do trânsito em julgado do ato que se pretende atacar.

Com a relativização, juízes de primeiro grau poderiam reexaminar decisões proferidas pela mais alta Corte, subvertendo-se a hierarquia. Clara a inviabilidade de relativização.

Ainda expondo contrariamente à relativização da coisa julgada, encontramos Góes<sup>30</sup>, que enumera alguns tópicos. Aqui, serão mencionados os mais importantes.

- 1 - A coisa julgada é um direito fundamental e, nesse rumo, é cláusula pétrea. A coisa julgada é norma – princípio constitucional e não mera norma regra do direito processual civil. É uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito.
- 2 - A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação, por meio do processo.
- 3 - A teoria da relativização não é moderna e vem desde a *querela nullitatis*.
- 4 - Somos partidários da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, haja vista que se desenhou uma aberração de uma exceção *lato sensu* de inconstitucionalidade de coisa julgada, no subterfúgio de inexigibilidade do título judicial.
- 5 - Os relativistas propagam que a proteção à coisa julgada se dirige apenas ao legislador. O devido processo para o judiciário, com irrestrita mitigação da coisa julgada sem pauta legislativa, é sinônimo de caos- anarquia.
- 6 - Os casos paradigmas foram o da desapropriação em São Paulo e o dos exames de DNA. Se o Estado – juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de relativizar não traria qualquer benefício ou situação de justiça.

<sup>29</sup> CHERMONT, Michelle. *Relativização da Coisa Julgada*. Análise Crítica. Revista Dialética de Direito Processual, Vol. 44, novembro 2006, p. 53.

<sup>30</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *A Relativização da Coisa Julgada: Exame Crítico*. (Exposição de um Ponto de Vista Contrário). Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., Edições Podiviv, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

Como se vê, seu trabalho é extremamente sintético, não se aprofundando nos temas de relevo.

Mas o motivo determinante é sempre o mesmo, qual seja: supervalorizar o conteúdo do inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, demonstrando que o enfraquecimento da coisa julgada leva ao risco de se perder a noção de segurança jurídica e de hierarquia judiciária.

Na mesma esteira crítica, encontra-se Silva<sup>31</sup> que, censurando a posição de Delgado – que defende a relativização até para os casos de injustiça - já manifestada no capítulo anterior, entende que a sua asserção exerce, inevitavelmente, um efeito exterminador da coisa julgada.

Quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Nossa modernidade, complementa, teria regressado ao direito medieval ou mesmo ao direito romano, perante o qual a sentença nula era de fato nenhuma (*nullum*), não carecendo, como o nulo moderno, de ser desconstituída.

A tese da relativização põe em perigo a razão de existir do próprio sistema jurídico, uma vez que ataca o seu fim último: a resolução de conflitos de forma definitiva. Estaria sendo jogado por terra a sentença transitada em julgado como fator pacificador de interesses em conflito.

*Afirmar* – são palavras de Nojiri<sup>32</sup> - *que o instituto da coisa julgada não goza do status de regra constitucional, pelo simples fato dele ser disciplinado em lei ordinária, é tão ingênuo quanto afirmar, por exemplo, que o mandado de segurança não é um remédio constitucional.*

O fundamento da relativização do não ajuste do ato judicial com o justo, com o correto, com o ético, é um retorno ao jusnaturalismo. O problema está em se relacionar a validade de uma norma com algum padrão de justiça. Qual padrão? Não se pode confundir juízo de validade com juízo de justiça.

Também contrário à tese da relativização, encontra-se, por fim, Mesquita<sup>33</sup> que considera um verdadeiro retrocesso fazer diferença entre sentenças justas e injustas. Retrocesso de mais de 500 anos. Nas Ordenações Afonsinas, de 1446, havia essa distinção entre sentença contra direito expresso e a proferida contra direito da parte.

Da primeira, dizia no Livro III, Título XXVIII, que era *sentença nenhuumma*, da qual não era preciso apelar, *nem pode já mais, em algum tempo passar em cousa julgada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuumma e sem algum effeito*. Já a sentença proferida contra o direito da parte era dita sentença alguma e *se a parte contra que fosse dada não apelasse della ao tempo que per direito he assinado pera apelar, ela passaria em cousa julgada e ficaria firme, assy como se fosse bem julgado*.

#### 4. Supremacia constitucional e controle de constitucionalidade

A Constituição pode ser considerada em duas perspectivas diferentes, quais sejam: a material e a formal. Materialmente, é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, distribuição da competência, exercício da autoridade, forma de governo e direitos fundamentais. Formalmente, são as normas constitucionais revestidas de força jurídica superior à de qualquer outra norma.

<sup>31</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Coisa Julgada Relativa? Relativização da Coisa Julgada*. Coordenação Fredie Didier Jr., Edições Podiviv, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

<sup>32</sup> NOJIRI, Sérgio. *Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. Relativização da Coisa Julgada*. Coordenação Fredie Didier Jr., Edições Podiviv, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

<sup>33</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho. *A Coisa Julgada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Falar em controle de constitucionalidade é falar em constituição rígida. Com efeito, onde não há rigidez, não há controle. Lavié<sup>34</sup> entende que rígida é a Lei Fundamental na qual se prevê o controle de constitucional.

É exatamente aí que se caracteriza o princípio da supremacia; é a relação de superioridade e subordinação em que se encontram as normas em um dado ordenamento jurídico.

O fenômeno foi percebido, primeiramente, em 1803, nos Estados Unidos da América, no famoso caso *Marbury x Madison*, onde a Suprema Corte decidiu que, quando há o contraste entre normas de diversa força normativa, a norma constitucional prevalece sobre a norma ordinária.

No Brasil, dois sistemas de controle são adotados: o difuso e o concentrado. Pelo sistema difuso, qualquer magistrado ao apreciar um caso em concreto pode negar aplicação a uma norma por entendê-la inconstitucional. Ele se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial para ir ao objeto do pedido.

No sistema concentrado, cuja competência é privativa do Superior Tribunal Federal, não há qualquer direito subjetivo em discussão. Trata-se de ação objetiva com o fim único de declarar se a norma está, ou não, conforme a Constituição.

A própria Constituição Federal prevê ações específicas no controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

As ações direta e declaratória têm similitude substancial. A primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade, e a segunda, a uma pretensão negativa. A procedência de uma revela pronunciamento judicial idêntico à improcedência de outra. Ambas as decisões terão efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, operando, em geral, efeitos *ex tunc*. Em havendo violação, cabível a reclamação.

A reclamação não tem uma natureza jurídica pacífica, ação, recurso ou sucedâneo recursal, remédio incomum, incidente processual, medida de direito constitucional ou medida processual de caráter excepcional, constitui instrumento para concretizar a preservação de competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102, I, "P") e do Superior Tribunal de Justiça (Constituição Federal, art. 105, I, "F").

No início, entendia-se que somente os legitimados para a propositura da ação direta ou declaratória tinham legitimidade para ingressar com a reclamação. Os tempos mudaram e, hoje, houve ampliação. Qualquer pessoa – particular ou não – que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrários ao entendimento fixado em caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, tem plena legitimidade ativa.

Celso de Mello<sup>35</sup> alega que “*sob pena de se comprometerem tão elevadas funções que a Constituição lhe conferiu (ao Supremo Tribunal Federal), não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada a sua competência. Trata-se... de medida de direito constitucional processual, porquanto tem como causa finalis assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal Federal foram dados pela Constituição da República.*”

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal, quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pelo *non facere*

<sup>34</sup> LAVIÉ, Quiroga, *Derecho Constitucional*, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 30.

<sup>35</sup> MELLO, Celso de. Superior Tribunal Federal, RCLQO nº 1723- CE, DJ 06, de abril de 2001.

ou *non praestare* também deve ser repelida, pois a inércia do Estado qualifica-se como um dos processos informais de mudança da Constituição.

Entretanto, já está pacificado junto ao Supremo Tribunal Federal que, em sendo julgada procedente ação de inconstitucionalidade por omissão, somente é viável cientificar o legislador inadimplente, para que esse adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, não cabendo ao Supremo expedir provimentos normativos, substituindo-se ao Poder Legislativo.

Canotilho<sup>36</sup> alerta que: *...tanto se viola a lei fundamental quando as ações estaduais não estão em conformidade com as normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são actuados, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática. A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma ação inconstitucional (fazer o que ela proíbe) mas também quando existe uma omissão inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito).*

Aspecto interessante diz respeito à legitimidade ativa para a propositura da ADI. A questão foi discutida em agravo regimental no Supremo Tribunal Federal quando determinado partido político, com representação no Congresso, ajuizou a ação e, no curso da mesma, seu único deputado mudou de partido, perdendo o mesmo a representação. A ADI deveria ser extinta ou não? Considerou o Supremo que a perda superveniente da representação parlamentar não desqualifica o partido político como legitimado ativo. Em seu voto, Pertence<sup>37</sup> definiu: *a legitimidade ad causam...* há de ser verificada no momento da propositura da demanda. Proposta a demanda, há uma questão constitucional a ser decidida por uma jurisdição política, a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

O Min. César Peluzo, na mesma sessão, defendeu, inclusive, que não percebia a necessidade de permanência do autor, porque a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 não prevê uma segunda intervenção do autor no processo.

A ação de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, tem por objeto ato do poder público federal, estadual, municipal ou distrital, normativo ou não, sendo também cabível a medida judicial quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo, incluídos os anteriores à Constituição.

O grande limitador dessa ação é o que entender por preceito fundamental. Corrêa<sup>38</sup> julga que cabe exclusiva e soberanamente ao Supremo Tribunal Federal conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque, promulgado o texto constitucional, é ele o único, soberano e definitivo intérprete.

Marco Aurélio<sup>39</sup> manifesta a dificuldade do tema ao assentar o caráter subsidiário da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, vale dizer, só será cabível a Arguição de descumprimento de preceito fundamental quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, nos seguintes termos: *...não me perguntem em que caso caberá essa ação disciplinada na Lei nº 9.882, de 16 de setembro de 1946. A resposta é muito difícil, porque para todo e qualquer direito contemplado pela ordem jurídica, tem-se sempre uma ação objetivando torná-la eficaz.*

<sup>36</sup> CANOTILHO, JJ Gomes e MOREIRA, Vitai, *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: p. 46, item n. 2.3.4, 1991.

<sup>37</sup> SEPÚLVEDA, Pertence. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Ag. Reg. na Adi 2.618-6, Rel. Min. Gilmar Mendes, PSL x Corregedor Geral de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 12, de agosto de 2004.

<sup>38</sup> CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988, Contribuição Crítica*. 1ª edição, Forense Universitária, 1991, p. 157.

<sup>39</sup> MARCO AURÉLIO. Supremo Tribunal Federal, ADPF 1, Rel. Min. Néri da Silveira, PCB x Prefeito do Município do RJ, julgado em 03, de fevereiro de 2000.



É cabível a utilização da Arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle abstrato de determinados atos jurisdicionais inconstitucionais? Poderia a ação ser utilizada com força rescisória? Talamini<sup>40</sup> considera viável a hipótese, desde respeitado o caráter subsidiário da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, somente quando não for mais possível a interposição de recursos. Como exemplo cita, hipoteticamente, uma decisão judicial proferida em ação coletiva que assegura, nos transportes municipais, um lugar reservado para negros e pardos, e outro para brancos. O ato judicial seria violador do princípio da isonomia e da legalidade. Conclui que: “*não parece possível exonerar o pronunciamento judicial do controle direto, nos estritos limites da arguição de descumprimento de preceito fundamental*”.

O penúltimo ponto a ser abordado neste tópico refere-se aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, modernamente, a possibilidade de modelação dos mesmos. A matéria está regulamentada no art. 27 da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Não seria justo e razoável, depois de anos a fio de imperatividade normativa, que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pudesse nulificar todos os efeitos dela decorrentes, o que, se é facilmente possível no campo normativo, é impossível no campo das relações sociais concretas. É possível que a supressão retroativa da lei do universo jurídico cause mais danos que a sua manutenção provisória.

Mas há limites à atuação do Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, é a necessidade de quorum qualificado de dois terços. Outro limite, e esse interessa mais de perto, é a não aplicação retroativa da decisão de inconstitucionalidade para violar a coisa julgada. O ajustamento deve ser efetuado em processo próprio.

Exemplo de modulação ocorreu no julgamento da ADI 3.022, do Rio Grande do Sul<sup>41</sup>. Uma lei estadual determinou que a Defensoria Pública atuasse em defesa de agentes políticos, independente da necessidade. O Supremo Tribunal Federal julgou a norma inconstitucional, mas determinou que os efeitos da decisão só teriam início em data posterior, pois vários processos estavam em curso e a defensoria atuando. Conceder efeitos *ex tunc* causaria prejuízos a um grande número de servidores públicos.

Frise-se, nas palavras de Talamini<sup>42</sup>, que a decisão do Supremo Tribunal Federal em ADI em a qual é aplicado o art. 27, ou seja, onde foi restringida a eficácia retroativa de seu pronunciamento, não pode ser utilizada para os fins do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, cujo litígio ocorreu num período excluído dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Hipótese diversa ocorre quando uma sentença deixa de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional - controle difuso - e posteriormente o Supremo Tribunal Federal vem a considerá-la constitucional. No caso, não houve violação da Constituição Federal. A sentença é ilegal, mas não inconstitucional.

Ainda quanto ao controle difuso, muito se questiona a respeito dos efeitos *erga omnes* e *inter partes*. A tese que prevalece determina que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem eficácia *inter partes*. Somente após comunicação ao Senado e a expedição de Resolução, que é discricionária, passará o ato judicial a ter abrangência *erga omnes*.

Gilmar Mendes<sup>43</sup> possui e defende opinião diversa. Após passar sobre as origens históricas do dispositivo constitucional, conclui que: “... se o Supremo Tribunal Fed-

<sup>40</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>41</sup> BARBOSA, Joaquim. Supremo Tribunal Federal, AdI 3022-1, PGR x Governador do RS, julgado em 02, de agosto de 2004.

<sup>42</sup> ob. cit.

<sup>43</sup> GILMAR MENDES. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade, Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. in Revista de Informação Legislativa. Brasília: ano 41, n° 162, p. 148.

*eral 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 ampliação do sistema concentrado, com aumento significativo dos legitimados, e o grande número de decisões com eficácia geral, tornou incoerente a necessidade de Resolução do Senado para que se obtenha a eficácia *erga omnes* no controle concentrado.

Em verdade, a posição do Gilmar Mendes hoje tomou vulto e já encontra eco na doutrina e no próprio Supremo Tribunal Federal. O ato de Senado seria, então, única e exclusivamente para fins de publicidade, levando a decisão do Supremo Tribunal Federal ao conhecimento, ainda que, por ficção, a todos os cidadãos.

A questão não é meramente acadêmica. Adotando-se uma ou outra tese, poderá ou não ter aplicação o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil. Se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade incidentalmente, os embargos fundados em tal regra seriam cabíveis quando houvesse a suspensão da execução da lei pelo Senado ou, no entender de Gilmar Mendes, seriam cabíveis desde que pública a decisão do Supremo Tribunal Federal, independentemente de qualquer ato do legislativo.

Ganha força a última posição. Desde o julgamento do *habeas corpus* n° 82.959-7, pelo Supremo Tribunal Federal, do qual foi relator o Min. Marco Aurélio, foi reconhecida a inconstitucionalidade do § 1°, do art. 2°, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, ou seja, incidentalmente, num caso concreto, o Supremo Tribunal Federal admitiu a progressão no regime de cumprimento de pena, ao condenado por crime hediondo. Essa decisão gerou efeitos *erga omnes*, tendo a moderna doutrina denominado esse fenômeno jurídico de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A conclusão que se chega é a seguinte: apesar da inexistência de norma explícita, o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo Supremo Tribunal Federal, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, na medida em que a lei foi discutida em tese (controle difuso abstrato), acaba produzindo efeito contra todos e possui eficácia vinculante (sobretudo frente ao Poder Judiciário).

Finalmente, questiona-se o porquê da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não ter o condão de imediatamente desconstituir a sentença que aplicou a lei inconstitucional? O fenômeno do arrastamento não seria aplicável?

Morais<sup>44</sup> assevera que, no direito português, a questão é posta sob o ponto de vista da admissibilidade da declaração de inconstitucionalidade consequente de norma não impugnada. Tem-se, em tal caso, inconstitucionalidade consequente, “*opera em cascata, através da propagação de desvalor de uma norma principal para que normas dela dependentes.*”

A relação de dependência, diz Canotilho<sup>45</sup>, existente entre esse ato e o diploma legislativo em que se assenta certamente gerará o fenômeno da inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento justificado pela conexão ou interdependência de certos preceitos com os especificamente impugnados.

O preceito principal arrasta, em sua queda, o seu dependente ou acessório. Dessa forma, fica clara a impossibilidade de se aplicar o arrastamento para atingir decisões judiciais transitadas em julgado. Uma sentença não é dependente ou acessório de uma norma específica e, mais ainda, goza das garantias da coisa julgada, já tendo sido submetida ao crivo do judiciário.

<sup>44</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I, Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2002, pp. 198 e 199.

<sup>45</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: 4ª Edição, Almedina, 1987, p. 788,

## 5. Os embargos do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil

Determina o parágrafo único do art. 741:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005)

II - inexigibilidade do título;

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005)

O primeiro aspecto a ser analisado é o conceito e extensão que se deve dar ao termo “inexigível”. Theodoro Jr.<sup>46</sup> entende que a exigibilidade “*refere-se ao vencimento da dívida. Obrigação exigível é, portanto, a que está vencida, seja porque se alcançou o termo, seja porque se verificou a condição a cuja ocorrência a eficácia do negócio jurídico estava subordinada. É após o vencimento que o credor pode exigir o cumprimento da obrigação; e não sendo atendido, terá havido inadimplemento do devedor, que é o pressuposto prático ou substancial da execução.*”

Araken<sup>47</sup>, por sua vez, vincula a exigibilidade do título “*ao implemento do termo ou condição, outorga atualidade ao crédito. Termo é fato natural, verificado no próprio título e, por esta razão, carece de qualquer prova, em princípio, tirante a do chamado termo incerto. Ao contrário, a condição, porque evento futuro e incerto, exigirá prova na petição inicial da ação executória.*”

A contrário senso, pode-se afirmar que inexigível é a obrigação não vencida. Mas será esta a maneira correta de se interpretar a inexigibilidade constante do parágrafo único do art. 741? A decisão do Supremo Tribunal Federal teria unicamente o condão de tornar o título judicial não vencido?

Espínola<sup>48</sup>, ao escrever sobre os efeitos da interpretação, esclarece que a mesma pode ser declarativa, extensiva, restritiva, ab-rogante, modificativa e corretiva.

Quanto à primeira, assevera que quando o trabalho interpretativo não produzir uma ampliação, restrição, parcial ou total, modificação ou correção de fórmula, teremos um efeito declarativo.

A extensiva leva a aplicação da lei a casos não expressamente incluídos na sua fórmula, mas virtualmente compreendidos no seu espírito. Coviello<sup>49</sup>, citado por Espínola, afirma que: *se a interpretação deve ter por fim investigar o sentido da lei e essa investigação leva a reconhecer que uma palavra é inapta para exprimi-lo, torna-se consequência necessária atribuir a essa palavra o significado correspondente ao espírito da lei, mesmo sendo mais extenso que o natural.*

<sup>46</sup> THEODORO JR., Humberto. *Processo de Execução*, Edição Universitária de Direito. São Paulo: 1975, p. 102.

<sup>47</sup> ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. Ed. Revista dos Tribunais, 10ª Edição, p.147.

<sup>48</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, J.M. de Carvalho Santos, Editora Borsoi, Vol. XXVIII, p. 202.

<sup>49</sup> COVIELLO, Manuale di Diritto Civile Italiano. Vol. 1º, e único, 1910, p.77, ESPÍNOLA, Eduardo, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, J.M. de Carvalho Santos, Editora Borsoi, Vol. XXVIII, p. 202.

Na interpretação restritiva, a lógica é rigorosamente a mesma. O estudioso, verificando na norma um efeito restritivo, nada dela retira, apenas lhe restabelece o verdadeiro conteúdo, repelindo os casos não compreendidos em seu espírito.

A ab-rogante só deve ser aplicada quando inviável qualquer outra, pois com ela uma norma passa a ter conteúdo nenhum, por incompatibilidade absoluta com outra regra. Espínola salienta que o intérprete deve ter um cuidado todo especial, sendo necessário, antes de opinar pela inconciliabilidade definitiva, verificar se não há possibilidade de harmonizá-la.

Assim como é justo limitar o significado do texto quando, só em parte, contraria a vontade da lei, força é excluí-lo inteiramente, quando repugne o todo.

A penúltima é a interpretação modificativa. O mundo muda, a sociedade muda, as regras sociais mudam. Assim, nada mais natural que a norma sofrer mudança em sua interpretação, para que possa ficar adequada à realidade vigente. A interpretação evolutiva representará essa alteração no conteúdo primitivo da lei, a fim de cumprir a sua finalidade prática social.

Interpretar de modo corretivo, por fim, Enneccerus<sup>50</sup>, ainda no texto de Espínola, assevera que: *se a vontade da lei e a sua expressão, em certo aspecto, são qualitativamente diversas, cabe também uma interpretação modificativa, que naturalmente só pode melhorar a expressão nesse aspecto concreto.* Com efeito, desde que haja alguma impropriedade de um ou mais vocábulos empregados é de impor-se a correção.

Ora, não há como admitir que uma decisão do Supremo Tribunal Federal que deverá prevalecer sobre o ato judicial que adquiriu a qualidade de coisa julgada terá somente como consequência tornar o título não vencido. Deve ser aplicada a interpretação extensiva. Com a procedência dos embargos, em se considerando que o título tem como suporte único a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão exequenda é desfeita, pela dos embargos. Inexigível, portanto, deve ter aceção ampla.

Em razão dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* que marcam as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, devem esses efeitos alcançar não só as ações a serem julgadas, mas igualmente aquelas já decididas e transitadas em julgado.

Com o reconhecimento superveniente de que a lei que fundamentou a decisão está marcada pela inconstitucionalidade e, portanto, contamina o ato judicial que nela está amparado, impossível é defender-se sua permanência em nome da segurança jurídica que, no caso, não deverá preocupar-se com interesse de uma das partes, mas sim com a segurança ou interesse público maior, isto é, a Guarda da Constituição.

A irrecorribilidade da sentença não apaga a inconstitucionalidade. Dúvida não pode mais subsistir que a sentença inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória, e pode verificar-se a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução.

A quebra do absolutismo da coisa julgada tem sido obra da jurisprudência que vem, paulatinamente, construída não sobre o fato de a lei aplicada ter sido posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas de a sentença conter ofensa a preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição.

A intangibilidade da coisa julgada é um corolário do princípio da segurança jurídica, mas a segurança não é o único princípio, nem é o maior, dentro do sistema constitucional do Estado de Direito.

<sup>50</sup> ENNECCERUS, *Einleitung, Allgemeiner Teil*, 25ª. /29a. , Ed. 11ª, Reelab, 1926, pp. 103-104, do seu *Lehrbuch des bürgerlichen rechts*, com Kipp e Wolff, *apud ob. cit.*

A questão, a toda evidência, não é pacífica entre os doutrinadores. Greco<sup>51</sup>, numa visão “política”, é frontalmente contrário ao texto do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil. Diz Greco: *O Estado demonstra grande interesse na fragilização da coisa julgada, não só para eternizar a rolagem de sua moratória, mas também porque a falência do aparelho burocrático estatal e as deficiências da sua defesa judicial têm contribuído para a consolidação e execução de decisões judiciais absurdas*

Partindo da idéia que a coisa julgada consagrada na Constituição Federal não é somente uma regra de irretroatividade, mas importante garantia fundamental, conclui que do controle de constitucionalidade das leis não pode decorrer violação à garantia fundamental.

Citando Helena de Araújo Lopes Xavier, considera que a invalidade da lei, declarada genericamente, opera de imediato, anulando todos os efeitos dos atos praticados no passado, com exceção da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Pelo que, entende inconstitucional o dispositivo em tela.

A Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ação direta, nº 2.418-3, em face da Medida Provisória 2.102-27, que acrescentou o parágrafo único ao art. 741. Para a Ordem dos Advogados do Brasil, houve violação do inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, pois a novel inexigibilidade configura, esta na petição inicial, em verdade, simulada criação de nova hipótese de rescindibilidade da sentença transitada em julgado. O preceito investe contra a segurança de que se revestem as decisões judiciais finais. O Supremo Tribunal Federal ainda não decidiu o pleito.

Frise-se que a norma não abrange a situação de autorizar a propositura dos embargos quando a decisão do Supremo Tribunal Federal se dá *incidenter tantum* e não houve ato do Senado Federal suspendendo a vigência da lei impugnada, salvo para os adeptos da teoria do Min. Gilmar Mendes, entendendo que a Resolução do Senado tem finalidade meramente de publicidade e o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, por si só, já tem eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, mesmo incidental.

Também não é abrangida a situação do magistrado que deixa de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal vem a declará-la constitucional. Aqui, a análise é de legalidade e não de constitucionalidade.

Zavascki<sup>52</sup>, escrevendo sobre a eficácia rescisória desses embargos, menciona que se trata de um mecanismo processual para impugnação de certas sentenças inconstitucionais.

Assevera que não é toda e qualquer inconstitucionalidade que propicia o oferecimento dos embargos e, mais ainda, que esse vício específico tem como nota característica a de ter sido reconhecido em precedente do Supremo Tribunal Federal.

Apesar disso, numa interpretação extensiva, considera que, em casos graves, é possível o ajuizamento dos embargos com base no parágrafo único do art. 741, “*mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecidos. É que para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado por imposição do princípio do procedimento.*”

Três são as limitações à força rescisória: i) a aplicação de lei inconstitucional, ii) a aplicação da lei à situação considerada inconstitucional, iii) a aplicação da lei com um sentido (= interpretação) tido por inconstitucional.

<sup>51</sup> GRECO, Leonardo. *Eficácia de Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior*, in *Relativização da Coisa Julgada*, Coordenador Fredie Didier Jr., Edições Podivm, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

<sup>52</sup> ZAVASCKI, Teófilo Albino. *Embargos à Execução com Eficácia Rescisória. Sentido e Alcance do art. 741, Parágrafo Único*. Revista dos Tribunais, vol. 125, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Não importa, e isso é importante, em qual oportunidade em que o precedente do Supremo Tribunal Federal foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda.

Entretanto, por norma de direito intertemporal, as sentenças transitadas em julgado antes da entrada em vigor da nova redação do parágrafo único do art. 741 não estão sujeitas aos novos embargos, ainda que tenham aplicado norma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui Zavascki que os embargos não são cabíveis quando: i) a sentença deixou de aplicar norma constitucional, ii) aplicou preceito constitucional que o Supremo Tribunal Federal considerou sem auto – aplicabilidade, iii) deixou de aplicar preceito constitucional que o Supremo Tribunal Federal considerou auto- aplicável e iii) aplicou preceito normativo que o Supremo Tribunal Federal considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Finalmente, infere, o que não é pacífico, que a procedência dos embargos não desconstituirá o título executivo, nem reabrirá o processo extinto.

A questão é delicada. Imagine-se a hipótese da decisão proferida sem coleta de provas, porque considerou o magistrado desnecessárias em razão de uma lei que, de modo claro e inequívoco, dava razão ao pedido do autor. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal julga essa lei inconstitucional e, em embargos, o título é desconstituído. O autor foi prejudicado e tem direito a produzir as provas então não colhidas. A instrução deve ser reaberta e nova sentença proferida. Parece-me justo.

Lucon<sup>53</sup> inicia seu trabalho condenando a expressão coisa julgada inconstitucional. Para ele, a inconstitucionalidade pode estar na sentença ou em qualquer outro ato de poder, nunca na coisa julgada. Afirma, ainda, que não se relativiza a coisa julgada, visto que ela já é relativa.

Com relação ao parágrafo único do art. 741, diz que o legislador não foi feliz em sua redação, pois a desconstituição do título por vício de inconstitucionalidade é questão de direito material, estranha às condições da ação executiva. Entretanto, admite a utilização da exceção de pré- executividade, ação cognitiva autônoma e embargos à execução.

Como na forma do art. 27 da Lei da ADI, o Supremo Tribunal Federal ao declarar uma lei inconstitucional pode fazê-lo com eficácia *ex tunc* (o mais natural), *ex nunc* ou ainda em momento ulterior a ser fixado; por óbvio, somente são cabíveis os embargos quando a decisão do Supremo já seja eficaz.

Um ponto curioso não é abordado por Lucon. Suponha que haja a decisão declaratória do Supremo Tribunal Federal com eficácia para um momento futuro, por ex., aguardando publicação no Diário de Justiça. Seria justo submeter o vencido à execução do julgado neste instante, quando dentro de um futuro próximo poderia ele ajuizar os embargos? Depreendo que os embargos não são cabíveis antes de ter eficácia o julgado do Supremo Tribunal Federal, mas uma vez que já cumprida a decisão exequenda e tendo eficácia o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o então devedor (não é mais devedor, porque já satisfaz a sua obrigação) poderá ajuizar ação autônoma por enriquecimento sem causa.

Diferentemente de Zavascki e da posição externada, considera Lucon viável a cumulação nos próprios embargos de pedido de novo julgamento da causa. Assim, o magistrado não só “rescindiria” a decisão embargada, mas lavraria outra, substituindo-a, tal como ocorre na ação rescisória.

<sup>53</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *A Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, Coisa Julgada Inconstitucional e Embargos à Execução do art. 741, Parágrafo Único*, in *Relativização da Coisa Julgada*, Coordenador Fredie Didier Jr., Edições Podivm, Coleções Temas de Processo Civil, 2ª Edição, 2006.

Machado<sup>54</sup>, diante da redação do parágrafo único do art. 741, menciona que: *toda a sentença condenatória a partir do regramento examinado tem sua eficácia e qualidade de imutabilidade de sua eficácia condicionada à não declaração de inconstitucionalidade ou incompatibilidade constitucional no seu fundamento*. Numa visão jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça vem considerando que: i) a norma em exame tem natureza processual e, portanto, de aplicação imediata, inclusive aos feitos pendentes<sup>55</sup> e ii) ela não pode retroagir para autorizar uma nova forma de ataque à coisa julgada que inexistia antes do trânsito em julgado do título judicial<sup>56</sup>.

Questiona-se: em face de uma decisão liminar do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, seriam cabíveis os embargos? Para o Supremo Tribunal Federal, a decisão que concede medida cautelar é investida da mesma eficácia contra todos e efeito vinculante, características da decisão de mérito.

Celso de Mello<sup>57</sup>, ao relatar a Reclamação nº 1.770-2, desta maneira se expressou: *Os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente destinados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, ex ante, pela eficácia à tutela jurisdicional do Estado, inclusive no que concerne às decisões que, fundadas no poder cautelar geral – inerente a qualquer órgão do Poder Judiciário – emergem do processo de controle normativo abstrato, instaurado mediante ajuizamento da pertinente ação declaratória de constitucionalidade. O desrespeito à eficácia vinculante, derivada de decisão emanada do plenário da suprema corte autoriza o uso da reclamação. A circunstância do julgamento em causa haver sido pronunciado em sede meramente cautelar não impede que se lhe atribua – tal como expressamente reconhecido pelo Plenário – a eficácia vinculante a que se refere o art. 102, § 2º da Constituição Federal.*

Logo, via de regra, a decisão cautelar em ADI não possibilita o ajuizamento dos embargos do parágrafo único do art. 741, salvo se à mesma foram atribuídos efeitos *ex tunc*, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao efeito vinculante, seguramente, seja *ex tunc* ou *ex nunc*, o efeito sempre é vinculante. Cabível, ainda, um outro esclarecimento: mesmo em sendo os efeitos *ex nunc*, se a decisão exequiênda for posterior à liminar do Supremo Tribunal Federal, os embargos são viáveis.

Não se pode encerrar o assunto, sem estudar a viabilidade ou não da propositura de ação incidental de embargos tendo por fundamento a decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário interposto em face de acórdão lavrado em representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal.

Em face de lei estadual é cabível, quando violadora da Constituição Federal, ação direta de inconstitucionalidade; quando a violação for à Constituição Estadual o remédio processual correto é a representação de inconstitucionalidade (alguns Estados-membros usam o termo ação direta de inconstitucionalidade; registre-se que não há qualquer afronta à Constituição Federal a utilização da ADI pela Constituição Estadual). Quando o preceito da Carta Estadual for igual ao da Carta Federal, nada impedirá o ajuizamento de ADI e da RI, sendo certo que a RI ficará suspensa até a decisão final do Supremo Tribunal Federal.

No campo legislativo municipal, não há que se falar em controle direto, abstrato, do Supremo Tribunal Federal em face da Constituição Federal. O único caminho é a RI quando a norma municipal viola a Constituição Estadual. De conseguinte, o controle

<sup>54</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado, 4ª Edição, São Paulo: Manole, pp. 1.122 a 1.123.

<sup>55</sup> CALMON, Eliana. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 692.323-SC, in Dj de 30, de maio de 2005.

<sup>56</sup> MEIRA, Castro. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 686.594- MG, in Dj de 02, de maio de 2005.

<sup>57</sup> CELSO DE MELLO. Supremo Tribunal Federal, Reclamação 1.770-2, julgado em 29, de maio de 2002.

de lei municipal, tendo como parâmetro a Carta Federal, só é viável incidentalmente, através do recurso extraordinário.

Há certeza de que da decisão tomada em sede de RI cabe, preenchidos os requisitos de admissibilidade, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. O acórdão lavrado pelo Supremo, no caso, tem eficácia *erga omnes*, por se tratar de controle concentrado, eficácia essa que se estende a todo o território nacional. A razão é lógica. O ato judicial emanado pelo Tribunal local tem essa eficácia *erga omnes*. Dessa forma, o julgamento do Supremo Tribunal Federal substituirá o do Tribunal de Justiça e manterá a mesma eficácia original.

Pertence<sup>58</sup> ratifica o entendimento: *Já assentou o Tribunal que suas decisões de mérito, em recurso extraordinário interposto de acórdão proferido em representação estadual de inconstitucionalidade tem a mesma eficácia geral da que fosse tomada na origem.*

Com isso, conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal julgando inconstitucional norma estadual ou municipal em recurso extraordinário, interposto nos autos de RI, dado o caráter *erga omnes* da mesma, acredito, constitui fundamento suficiente para a propositura dos embargos. No caso, desnecessária, por evidente, a comunicação ao Senado Federal.

## 6. A impugnação do art. 475- L do Código de Processo Civil

Determina o art. 475- L do Código de Processo Civil:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, 22 de dezembro de 2005)

II – inexistência do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005)

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005)

Após estudar o conteúdo do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, muito pouco existe a acrescentar quanto ao § 1º do art. 475-L, visto que seu texto é rigorosamente o mesmo.

Carreira Alvim<sup>59</sup> salienta que as hipóteses previstas são praticamente iguais às do art. 741, que passou a disciplinar a execução contra a Fazenda Pública.

Mais ainda, afirma que o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade, em face do disposto no inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, embora reconheça que o Superior Tribunal de Justiça vem-lhe dando aplicação.

Numa postura equivocada, o Desembargador considera que o dispositivo não alcança o controle difuso, mas somente o controle abstrato. Como se viu na apreciação do parágrafo único do art. 741, essa não é a melhor posição.

<sup>58</sup> PERTENCE, Sepúlveda. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 323.526-5, julgado em 30, de abril de 2002.

<sup>59</sup> CARREIRA ALVIM, JE. Cumprimento de Sentença. Juruá Editora, Curitiba, 2006, p. 73.

## 7. Ação rescisória

A ação rescisória também é um meio de impugnação de decisões judiciais transitadas em julgado, ou seja, por ela também se obtém a desconstituição da coisa julgada. Não se irá, evidentemente, analisar em profundidade o tema, até porque há tratados sobre o assunto. Somente uma, ou outra questão mais curiosa, será focalizada.

O primeiro aspecto a ser pensado, refletido, é relativo ao direito intertemporal. Em havendo lei nova regulando a rescisória, qual o marco temporal para a mesma ser aplicada? Essa questão foi debatida quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, que criou novas hipóteses de rescindibilidade.

Pontes de Miranda<sup>60</sup> se expressava: *assim, se no dia em que transitou em julgado a sentença não era rescindível, não há pensar-se em lex nova que a faça rescindível. Se era rescindível, pelos pressupostos a, b ou a, b ou c não se pode acrescentar novo pressuposto, que seja f. Nem pode ser eliminado qualquer deles.*

Barbosa Moreira<sup>61</sup> desse posicionamento também não se afasta. Afirma que as hipóteses de rescisão são aquelas existentes na data do trânsito em julgado da sentença; é nessa data que nasce a pretensão à rescisão, *in verbis: as decisões transitadas em julgado, ainda no domínio do estatuto de 1939 e que à luz dele eram irrevocáveis, permanecem irrevocáveis.*

Portanto, a lei vigente à época do trânsito em julgado da sentença regula as hipóteses de cabimento da rescisória. Dessa forma, não afronta a coisa julgada pedido rescisório de sentença que transitou em julgado depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, tendo como suporte hipótese não prevista no Código de Processo Civil de 1939, ainda que a sentença tenha sido proferida sob seu império.

A rescisória, como se vê, é ação pela qual se pede a declaração de nulidade da sentença. Nulidade, aqui, não tem o mesmo significado da nulidade dos atos jurídicos em geral, pois ato nulo é aquele que não produz, nem nunca produzirá efeitos. Uma sentença, mesmo nula, após o trânsito em julgado produz efeitos, enquanto não rescindida ou por decisão final ou por tutela antecipada.

A rescisória, portanto, apresenta três etapas: i) examina-se a admissibilidade da ação; ii) aprecia-se o mérito da causa e iii) realiza-se novo julgamento da matéria que fora objeto da sentença rescindida. Nesse último caso, o novo julgamento não ocorrerá nas hipóteses de ofensa à coisa julgada, na de juiz peitado e de juiz impedido ou absolutamente incompetente.

## 8. Querela Nulitatis

Sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz em face de um réu, não há, sob o ângulo jurídico, propriamente um processo. A inexistência do processo e, especificamente, a inexistência da sentença podem ser alegadas a qualquer tempo.

Não se pode falar em ação rescisória, pois sentença inexistente não fica acobertada pela coisa julgada.

Apesar de inexistente, a sentença pode ter aparência de um ato suscetível de ser tido como existente, daí o interesse jurídico em suprimi-la do mundo do direito.

Moreira Alves<sup>62</sup>, desde 1983, defende a permanência no direito brasileiro da antiga

*querela nulitatis*, “o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória.”

Aragão<sup>63</sup> dá um exemplo típico do autor que, de forma fraudulenta, evita a citação do réu, fazendo-a de forma nula ou sequer fazendo-a. Com a revelia, tem seu pedido julgado procedente. Escoado o prazo recursal, cauteloso, o autor ainda aguarda dois anos, findando o prazo decadencial da rescisória. Já agora, seguro, inicia a execução do julgado. O réu, diante de tamanha nulidade, pode opor embargos para declarar a nulidade de todo o processo. Esses embargos têm natureza de *querela nulitatis*.

Liebman, mencionado por Zveiter<sup>64</sup>, alega que *todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal meramente declaratório.*

A *querela nulitatis* foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res judicata*, sob o fundamento de achar-se contaminada com o vício que a inquinasse de nulidade, visando a um *iudicium rescindens*. Esse, uma vez obtido, deixava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa.

## 9. A Questão da desapropriação

A controvérsia sobre o tema refere-se ao binômio coisa julgada/ justa indenização. Melhor explicando: quando o valor da indenização em processo de desapropriação estabelecido em decisão judicial transitada em julgado for incompatível com a justa indenização – para maior ou para menor – também garantida constitucionalmente, deve-se ou não rever o ato judicial, afastando a coisa julgada?

A matéria, como a própria relativização, não é nova. Há mais de 20 anos, o Supremo Tribunal Federal enfrenta o dilema. Em 1982, Mayer<sup>65</sup> já autorizava nova avaliação, para que se atualizasse o valor do imóvel constante em laudo antigo. Observe-se, não se determinou, simplesmente, a atualização monetária do antigo laudo, mas sim a feitura de novo laudo. São coisas diferentes. A justa indenização não é aquela antiga com correção monetária, mas a que espelha o atual valor do bem. Citando James Goldschmidt<sup>66</sup>, o mesmo assevera que a força da coisa julgada material alcança a situação jurídica no estado em que se achava no momento da decisão, não tendo, por isso, influência sobre os fatos que venham a ocorrer depois.

Alguns anos após, o Supremo Tribunal Federal novamente posicionou-se, dessa vez tendo como Relator o Ministro Néri da Silveira<sup>67</sup>, *in verbis: “No caso de conflito entre os princípios constitucionais atinentes à coisa julgada e à justa indenização por expropriação de bens, deve prevalecer aquele que, de forma imediata, melhor atenda às liberdades públicas. Em matéria de desapropriação, vale observar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não acolhe a invocação de coisa julgada, para que se possa atingir a meta da indenização justa.”*

<sup>63</sup> ARAGÃO, Moniz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 274.

<sup>64</sup> ZVEITEIR, Waldemar. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, Condomínio do Edifício Shopping Iguatemi x Ponto de Planejamento Publicidade Ltda. Julgado em 08, de outubro de 1991, *apud* Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, 1976, Bushatsky, p. 184.

<sup>65</sup> RAFAEL, Mayer. Recurso Extraordinário 93.412- SC, julgado em 04, de maio de 1982.

<sup>66</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, p. 390, tradução espanhola de 1936.

<sup>67</sup> SILVEIRA, Néri da. Recurso Extraordinário 105.012- RN, julgado em 09, de fevereiro de 1988.

No corpo do julgado, são nomeadas regras de hermenêutica, definidas por Linhares Quintana<sup>68</sup>, de grande valia acadêmica: i) na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual; ii) a finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia de liberdade e dignidade do homem; iii) a interpretação da lei fundamental deve orientar-se sempre para esta meta suprema e iii) em caso aparente de conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade.

### 10. A questão do exame de Dna

Questão controversa, aliás como tudo que diz respeito à relativização da coisa julgada, é a possibilidade de rediscussão de decisões judiciais que negaram ou afirmaram a relação de parentesco e, hoje, em razão do avanço tecnológico, o vínculo é verificado ou afastado, através do exame de DNA. Seria possível rever a sentença para declarar a paternidade?

Direito<sup>69</sup> nega essa possibilidade, alegando que o julgado original está coberto pela coisa julgada, portanto, há a certeza jurídica. Chega ao ponto de considerar "terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada..."

Seria o caso do processo ser julgado extinto, sem resolução de mérito, acolhendo-se a preliminar de coisa julgada. Têm-se as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Divergindo, Aguiar<sup>70</sup> realiza um corte temporal, para concluir que a coisa julgada deve ser analisada dentro da realidade científica da época em que a sentença foi proferida, não se podendo afastar a verdade clara que se extrai do exame de DNA. A ninguém interessa a existência de um registro que negue a realidade.

Madaleno<sup>71</sup> acompanha Aguiar, negando o caráter inflexível da coisa julgada. Mais ainda, defende que uma decisão com base exclusiva na atividade intelectual do magistrado não pode superar uma prova científica.

Como se vê, profundos debates foram travados por renomados juristas, tendo, de um lado, os defensores da coisa julgada e da segurança jurídica, e de outro, os que apóiam princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito à filiação. Não podendo a coisa julgada prevalecer sobre os direitos da personalidade.

Machado<sup>72</sup>, quebrando velho brocardo, alega que a coisa julgada não poderá transformar branco em preto, quadrado em redondo. É de se dar valia maior à verdade real.

Há, ainda, uma posição intermediária diferenciando as sentenças que negam ou afirmam a paternidade, lastreadas em provas então existentes, e as que negam ou afirmam a paternidade por deficiência probatória. Nesse caso, a coisa julgada somente poderia ser relativizada na última hipótese.

Ora, ou a verdade prevalece ou não. O valor personalidade é superior ao valor coisa julgada.

### 11. A questão da indenização previdenciária

Outro ponto relevante se apresenta quanto às indenizações devidas pelo INSS, outrora vítima de verdadeiro pilhamento. É viável rever tais valores quando disformes com a moralidade pública, princípio igualmente agasalhado pela Constituição Federal?

O Poder Judiciário tem-se mostrado verdadeiro guardião da moralidade. Cernicchiaro<sup>73</sup> defende que cabe aos juízes impedir o locupletamento ilícito, ainda que o fato seja conhecido após a coisa julgada. O princípio que a informa deve ser conectado com a lealdade processual.

Como não poderia deixar de ser, Delgado<sup>74</sup> não se afasta dessa tese. Afirma que é impossível a *res judicata*, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, merecer uma posição de superioridade aos princípios da moralidade e da razoabilidade.

Em sentenças dessa natureza, chamadas de dispositivas, prevalece a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, admitem modificações em se alterando as circunstâncias originais. Delgado chega até mesmo a negar a possibilidade dessas sentenças transitarem em julgado, *in verbis*: "... venho defendendo que 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 transitaria em julgado... Essas sentenças nunca terão força de coisa julgada e poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente, que é a garantia de entrega da justiça."

Termina por fazer uma ponderação de valores constitucionais, dando supremacia à legalidade, moralidade e justiça sobre o valor segurança jurídica. Os primeiros apresentam a própria democracia, e o último, é mero regramento processual.

### 12. Quadro analítico de decisões sobre o tema

TRIBUNAL	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	MATÉRIA APRECIADA	ADMITE A RELATIVIZAÇÃO?	Nº do recurso
S.T.F.	Nelson Jobim	09.09.2003	Dissídio Coletivo	Sim. Entendeu que a coisa julgada deve ser relativizada, na superveniência de lei nova.	AI 429.912
S.T.J.	Jane Silva	15.09.2008	Mandado de segurança em face de decisão proferida em mandado de segurança, com decisão já transitada em julgado.	Não, por falta de amparo na norma processual.	RMS 22980

<sup>68</sup> QUINTANA, S.V. Linhares – *Teoria de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, ed Alfa, Buenos Aires, 1953, II/469, apud José Alfredo de Oliveira Baracho, Trabalho in Revista de Informação Legislativa n° 53, p. 113, sobre Hermenêutica Constitucional.

<sup>69</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Resp. 107.428- GO, 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça.

<sup>70</sup> AGUIAR, Ruy Rosado. Res. 196.966- DF, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça.

<sup>71</sup> MADALENO, Rolf. *A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*, América, 2002.

<sup>72</sup> MACHADO, Daniel Carneiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>73</sup> CERNICCHIARO, Vicente. Recurso Especial 35.105-8- RJ, julgado em 31, de maio de 1993.

<sup>74</sup> DELGADO, José. Recurso Especial 602.636- MA, julgado em 06, de maio de 2004.



TRIBUNAL	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	MATÉRIA APRECIADA	ADMITE A RELATIVIZAÇÃO?	Nº do recurso
S.T.J.	Felix Fisher	04.08.2008	Aplicação do parágrafo único do art. 741 nos casos de sentença transitada em julgado antes de sua vigência	Não. Mesmo que a sentença tenha sido inconstitucional, não se aplica o parágrafo único do art. 741 do CPC.	AgRg. nos EDCL. 1012068
S.T.J.	Francisco Falcão	07.05.2008	Discussão de domínio em desapropriação, já na fase de execução.	Não. Só se admite a relativização nos estritos casos do CPC (rescisória, impugnação, embargos e declaratória de nulidade).	Resp. 957035
S.T.J.	Denise Arruda	20.09.2007	Desapropriação Indireta. Valor indenizatório	Sim. Mesmo após o trânsito em julgado se admite nova perícia.	Resp. 622405
S.T.J.	Menezes Direito	18.06.2007	Ação Civil Pública. Execução.	Não. Em resp não se admite discussão sobre relativização da coisa julgada, por ser matéria constitucional.	Resp. 664724
S.T.J.	Felix Fischer	14.08.2006	Reajuste de magistrados, com índice estabelecido, posteriormente pelo STF.	Sim, tendo em vista o parágrafo único do art. 741, do CPC. O índice fixado na sentença foi reduzido para adequá-lo à decisão do STF	Resp 795710
S.T.J.	Luiz Fux	28.11.2005	Erro material em cálculo.	Não. A relativização viola a segurança jurídica constitucional, pilar do Poder Judiciário	Res 694374
S.T.J.	Luiz Fux	22.08.2005	Erro material na decisão	Não. A relativização viola a segurança jurídica constitucional, pilar do Poder Judiciário	Resp 617542

TRIBUNAL	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	MATÉRIA APRECIADA	ADMITE A RELATIVIZAÇÃO?	Nº do recurso
TRF 1ª R	I'talo Mendes	29.05.2007	Indenização discussão de valor	Não. Após o trânsito em julgado não se reabre a discussão.	AC. 20043800033 8430
TRF 1ª R	Tourinho Neto	21.02.2007	Desapropriação. Indenização.	Não. O princípio do justo preço não é superior ao princípio da coisa julgada.	MS 2006100 0439574
TRF 1ª R	Mário Ribeiro	14.11.2006	Desapropriação Indenização.	Não. A coisa julgada é que mantém o Judiciário como uma das três cúpulas do Estado de Direito brasileiro.	

### 13. Referências

AGUIAR, Ruy Rosado. Res. 196.966- DF, 4a Turma, STJ. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). acesso em 13/03/2007.

ALMEIDA, Marcelo Pereira. Coisa Julgada, in Curso de Direito Processual Civil, Coordenação PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Freitas Bastos: 2006.

ARAGÃO, Moniz. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, p. 274.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 10a Edição. Ed. Revista dos Tribunais, p.147.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V. 2a Edição. nº 24. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 152.

BARBOSA, Joaquim. Supremo Tribunal Federal, ADI 3022-1, PGR x Governador do RS, julgado em 02/08/2004. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). acesso em 15/02/2007.

BENTHAM, Jeremy. apud FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica no Controle de Constitucionalidade. Constituição e Segurança Jurídica. Coord. Carmem Lucia Rocha Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

BERMUDES, Sérgio. Coisa Julgada Ilegal e Segurança Jurídica. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora Rocha, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum, p. 131.

BONUMÁ, João. Direito Processual Civil. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1946, apud SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve Histórico da Relativização da Coisa Julgada no Brasil, apud Coisa Julgada Inconstitucional, NASCIMENTO, Organizadores Carlos Valder et DELGADO, José Augusto. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CALMON, Eliana. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 692.323- SC, in Dj de 30/05/2005. www.stj.gov.br acesso em 13/05/2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada, Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2a Edição, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens Sujeitos à Proteção do Direito Constitucional Processual. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

CANOTILHO, JJ Gomes e MOREIRA, Vitai. Fundamentos da Constituição, item nº 2.3.4. Coimbra Editora: 1991. p. 46.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 233.

CANOTILHO, JJ. Gomes, Direito Constitucional, 4a Edição. Almedina, Coimbra: 1987, p. 788.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio de Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. Constituição e Segurança Jurídica. Coord. Carmem Lucia Rocha Antunes. Belo Horizonte: Fórum.

CARREIRA ALVIM, JE. Cumprimento de Sentença. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 73.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de, Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari. Coordenador LEAL, Rosemire Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

MELLO, Celso de, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 237.138-1-SP. Allen-Bradley Controles Eletrônicos Ltda x Cleonice Pereira Arruda. julgado em 27/06/2000. www.stf.gov.br. acesso em 12/05/2007.

MELLO, Celso de, Supremo Tribunal Federal, RCLQO nº 1723- CE, DJ 06/04/01. www.stf.gov.br. Acesso em 02/10/2007.

MELLO, Celso de, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 1.770-2, julgado em 29/05/2002.

CERNICCHIARO, Vicente. Recurso Especial 35.105-8- RJ, julgado em 31/05/1993.

CHERMONT, Michelle. Relativização da Coisa Julgada. Análise Crítica. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 44, p. 53, novembro 2006.

CHIOVENDA, Guisepppe, Instituições de Direito Processual Civil, 3a Edição. São Paulo: 1969, vol.3, p. 174.

CORREA, Oscar Dias. A Constituição de 1988, Contribuição Crítica, 1a Edição, Ed. Forense Universitária, 1991, p. 157.

COVIELLO, Manuale di Diritto Civile Italiano, vol.único, 1910, p.77, ESPÍNOLA, Eduardo. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, J.M. de Carvalho Santos, Vol. XXVIII. Ed. Borsoi, p. 202.

DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Belo Horizonte: Fórum,

DELGADO, José. Recurso Especial 602.636- MA, julgado em 06/05/2004. www.stj.gov.br acesso em 10/11/2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes, Resp. 107.428- GO, 3a Turma, Superior Tribunal de Justiça.

DIREITO, Carlos Alberto. Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional, Coord. NASCIMENTO, Carlos Valder. Lumen Juris, 2005.

ENNECCERUS, Einleitung, Allgemeiner Teil, 25a/29ª Ed. 11ª, Reelab, 1926, pp. 103 e 104, do seu Lehrbuch des bürgerlichen rechts, com Kipp e Wolff.

ESPÍNOLA, Eduardo. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, J.M. de Carvalho Santos, Ed. Borsoi, vol. XXVIII, p. 202.

MENDES, Gilmar. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade, um caso clássico de Mutação Constitucional. in Revista de Informação Legislativa, Brasília: ano 41, nº 162, p. 148.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A Relativização da Coisa Julgada: Exame Crítico. (Exposição de um Ponto de Vista Contrário). Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2a Edição, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, tradução espanhola de 1936, p. 390,

GRECO, Leonardo. Eficácia de Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior, in Relativização da Coisa Julgada, Coordenador Fredie Didier Jr. Coleções Temas de Processo Civil, 2a Edição Edições Podivim: 2006.

JORGE MIRANDA, Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 11.

LAVIÉ, Quiroga. Derecho Constitucional, 3a Edición actualizada, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 30.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, Coisa Julgada Inconstitucional e Embargos à Execução do art. 741, Parágrafo Único, in Relativização da Coisa Julgada, Coordenador Fredie Didier Jr. Coleções Temas de Processo Civil, 2a Edição, Edições Podivim: 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado, 4a Edição, São Paulo: Manole, pp. 1.122 e 1.123.

MACHADO, Daniel Carneiro. A Coisa Julgada Inconstitucional. Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2005.

MADALENO, Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade, América, 2002.

MARCO AURÉLIO, Supremo Tribunal Federal, ADPF 1, Rel. Min. Néri da Silveira, PCBx Prefeito do Município do RJ, julgado em 03/02/2000. www.stf.gov.br. acesso em 31/03/2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., 2a Edição, Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2006.

MEIRA, Castro. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 686.594- MG, in Dj de 02/05/2005.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. A Coisa Julgada, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2002, pp. 198 e 199.

MOREIRA ALVES, Recurso Extraordinário 96.374-0, João Alves Pires x José Bento Vieira, julgado em 30/08/1983.

NASCIMENTO, Carlos Valder et PEREIRA JR., Lourival, Natureza da Coisa Julgada: uma abordagem filosófica, apud Coisa Julgada Inconstitucional, NASCIMENTO, Organizadores Carlos Valder e DELGADO, José Augusto, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2006.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., 2a Edição, Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2006.

PEREIRA, Virgínia Prenholatto, A Flexibilização da Coisa Julgada. Disponível em: < <http://www.uva.br/icj/artigos> > acesso em 08 de maio de 2006.

PERTENCE, Sepúlveda, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Ag. Reg. na Adi 2.618-6, Rel. Min. Gilmar Mendes, PSL x Corregedor Geral de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 12/08/2004. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) acesso em 05/08/2007.

PERTENCE, Sepúlveda. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 323.526-5, julgado em 30/04/02. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) acesso em 15/08/2007.

PONTES DE MIRANDA, Tratado da Ação Rescisória, 5a Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 188.

RAFAEL, Mayer. Recurso Extraordinário 93.412- SC, julgado em 04/05/ 1982. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) acesso em 22/05/2007.

RODRIGUES, Ângela de Lourdes. Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari. Coordenador LEAL, Rosemiro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

QUINTANA, S.V. Linhares - Teoria de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, II/469, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira, trabalho in Revista de Informação Legislativa nº 53, p. 113, sobre Hermenêutica Constitucional.

FIGUEIREDO, Sálvio de, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 16.397-RJ, Relator. LBA x Juízo da 2a Vara Federal do RJ. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), acesso em 06/05/2007.

SANTOS, Adriano Lúcio. Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari. Coordenador LEAL, Rosemiro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SILVA, Adailson Lima e. Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari. Coordenador LEAL, Rosemiro Pereira. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SILVA, Erica Barbosa. O Vício Existente na Coisa Julgada Inconstitucional. Revista do Processo, 145, p. 83.

SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa Julgada Relativa? Relativização da Coisa Julgada, Coordenação Fredie Didier Jr., 2a Edição, Edições Podivim, Coleções Temas de Processo Civil, 2006.

SILVEIRA, Néri da, Recurso Extraordinário 105.012- RN, julgado em 09/02/ 1988. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). acesso em 06/11/2007.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes. A Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Renovar, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2005.

THEODORO JR, Humberto et FARIA, Juliana Cordeiro. Reflexões Sobre o Princípio da Intangibilidade da Coisa Julgada e sua Relativização. Constituição e Segurança Jurídica, Coordenadora ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Belo Horizonte: Fórum, p. 131.

THEODORO JR., Humberto. Processo de Execução, Edição Universitária de Direito, São Paulo: 1975, p. 102.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Em Defesa da Coisa Julgada. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 29, São Paulo: Dialética, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino, Embargos à Execução com Eficácia Rescisória. Sentido e Alcance do art. 741, Parágrafo Único. Revista dos Tribunais, vol. 125, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZVEITEIR, Waldemar, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, Condomínio do Edifício Shopping Iguatemi x Ponto de Planejamento Publicidade Ltda. Julgado em 08/ 10/1991, apud Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, 1976, Bushatsky, p. 184.