

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS DE CONTROLE

SUMÁRIO. O regramento normativo do conteúdo do CPC, art. 467. A concepção dual da coisa julgada. A equivocada denominação coisa julgada formal. Limites objetivos e subjetivos. Efeitos negativo e positivo da coisa julgada. A coisa julgada inconstitucional e instrumentos de controle. Bibliografia.

O REGRAMENTO NORMATIVO DO CONTEÚDO DO CPC, ART. 467

O regramento normativo do conteúdo do art. 467 do CPC confere à coisa julgada civil a qualidade de fenômeno de que resulta a *imutabilidade relativa* da decisão de mérito, não sendo possível interposição de recurso à situação jurídica trazida à colação do julgado.

A sentença trântisa em julgado somente poderá ser atacada via embargos do devedor e ação rescisória, ambas ações autônomas de impugnação. Empós a expiração do prazo decadencial destas, exsurge a imutabilidade absoluta. Ou, então, no dizer de Frederico Marques, a coisa soberanamente julgada.

A natureza jurídica da coisa julgada é representada pela qualidade (eficácia), e não efeito (mero reflexo do ato judicial), “que a sentença adquire, de ser imutável, depois que

dela não couber mais recurso” (art. 5º, XXXV, CF, art. 6º, 5 3º, LICC, de Bevilacqua). De modo que a coisa julgada não é efeito da sentença, e sim uma qualidade especial que a torna imutável. O que vale para todos (*erga omnes*) é a eficácia natural da sentença e, não a coisa julgada, que é válida somente *inter partes*.

A CONCEPÇÃO DUAL DA COISA JULGADA

Em linguagem nova, a doutrina classifica a coisa julgada em *autêntica* ou *verdadeira* – Material ou Civil, traduzida pela vedação de se discutir a lide novamente, no mesmo, ou em futuro processo (entre as mesmas partes), por ter sido a questão substancial definitivamente julgada – e *aparente* ou *limitada* – Formal ou Processual, traduzida pela imutabilidade da sentença dentro do processo, em que foi prolatada.

A coisa julgada material somente exsurge quando for enfrentada a questão de mérito (de direito material) e for considerada definitivamente resolvida. É marcada, segundo Lopes da Costa, quando ocorrer a irrecorribilidade da decisão de mérito.

Relevante notar-se que, não apreciada a questão de mérito, de coisa julgada material deixa de tratar-se, mesmo acorrente irrecorribilidade.

Diz-se, pois, referir-se tão-só à coisa julgada formal (segundo alguns), quando, sem decidir-se o mérito, ocorre a irrecorribilidade, quer pelo transcurso do prazo recursal *in albis*, quer pelo esgotamento da via recursal.

A coisa julgada civil, para ocorrer, pressupõe a formal, mas a coisa julgada formal (irrecorribilidade) exsurge com extinção do processo sem julgamento do mérito, dentro do mesmo processo, incorrendo recurso, podendo, contudo, a questão ser reaberta em outro processo.

Reparar bem que, para nós, existe uma só coisa julgada, visto que essas figuras constituem degraus de um mesmo fenômeno, na lapidar lição de Liebman, pois não se deve

confundir coisa julgada com preclusão máxima, fenômeno decorrente da irrecorribilidade da sentença ou decisão não mais sujeita a recurso, quando obstacularizado o exame de mérito.

Daí por que, somente deve-se falar em coisa julgada quando a decisão for de mérito. Não apreciado o mérito, de coisa julgada não se trata em ocorrendo a irrecorribilidade, e sim de preclusão.

Advirta-se, de referência à questão da coisa julgada e à tríplice identidade, de que inexistente ofensa à coisa julgada quando a parte repete a ação, mas sob outro fundamento, com diferente causa de pedir. De modo que, rejeitada a separação com fulcro em sevícias, por exemplo, nada impede outra ação seja ajuizada sob alegação de abandono do lar.

Nesse sentido, “coisa julgada pressupõe identidade quanto aos elementos da ação, ou seja, partes, objeto e causa de pedir. Assim julgada separação fundada em abandono e, posteriormente, proposta nova ação que se fundamenta na chamada separação remédio, inexistente coisa julgada, eis que, embora idênticos o objeto e as partes, diversas são as causas de pedir.” (Ac. unân. da 3ª Câmara do TJMG na Apel. nº 68.982, Rel. Des. Sálvio de F. Teixeira, Jurisp. Min., 94/214).

“A coisa julgada não se caracteriza quando a causa de pedir, bem como os fatos, da nova pretensão, são diversos da ação anteriormente proposta e definitivamente decidida.” (Ac. unân. da 6ª Câmara, do 2º TA CIVSP na Apel. nº 182.679-7, Rel. juiz Tobias Coutinho, JTACIVSP, 102/235.).

Ainda sobre a concepção dual da coisa julgada, como alguns defendem, quem melhor explica é Pontes de Miranda¹: “A coisa julgada é formal quando. não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu.” E diz mais: “A alusão do art. 467 tinha de ser também à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material. O legislador só se referindo à coisa

¹ Comentários ao CPC, v. V, p. 144.

julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material, contém aquela, ao passo que nem toda a decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material.”

A EQUIVOCADA DENOMINAÇÃO COISA JULGADA FORMAL

Entretanto, salientamos *supra* que a denominação *coisa julgada formal* é equivocada, apesar de consagrada na doutrina. Ocorre tratar-se de preclusão, e não de coisa julgada, as hipóteses sentenciais do art. 267 do CPC. É de observar-se que o objeto da garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), abrange apenas a autoridade de coisa julgada material ou civil).

Nossa posição é a de que não há coisa julgada quando as questões decididas se situarem no campo e natureza processual, pois pressupõem decisão de mérito. Sendo de falar-se em preclusão, que envolve as partes, mas, segundo a doutrina, pode ocorrer de referência ao juiz – *Preclusão pro Iudicato* – quando lhe for vedado não poder mais julgar questão já decidida. Excepcionalmente, CPC, arts. 267, § 3º, e 471, II, permite a revisão da decisão interlocutória, mesmo sem o recurso da parte que sofreu o gravame, desde que seja questão de ordem pública, ou de direito indisponível. Aqui não há preclusão, podendo o juiz modificar a decisão.

Assim, versando a decisão recorrível sobre matéria de direito disponível, e inocorrendo a interposição de agravo, a questão restará preclusa, nos termos do CPC, art. 471. Entretanto, se a decisão recorrível tratar-se de matéria de ordem pública, ou de direito indisponível e não ocorrer agravo, inexistirá preclusão, conforme o CPC, arts. 267, § 3º e 471, II. Observar-se que o limite final para o exame das questões de ordem pública e de direitos indisponíveis é a preclusão máxima denominada impropriamente de “coisa julgada formal”, nas instâncias ordinárias.

LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS

Os limites objetivos da *res iudicata* estão fixados na parte dispositiva da sentença, parte sujeita aos efeitos da coisa julgada material.

Esclareça-se que a coisa julgada abrangerá todas as questões decididas pelo juiz, assim consideradas aquelas re-feridas na parte dispositiva e aquelas outras decididas na motivação, ou fundamentação, quando o juiz também decida nesta parte.

De modo que se define que a *res iudicata* poderá recair sobre os pontos co-locados em discussão e definitivamente transitados em julgado, salvante as questões prejudiciais e as de ordem pública, porque não submetidas à preclusão máxima.

Nesse teor "É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença, a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a fase final da sentença, como, também, qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes." (Ac. unân. da 5 Câm. do TJSP na Apel. nº 201.841-9, Rel. Des. Alfredo Migliore, RT, 623/125).

A coisa julgada, objetivamente considerada, se forma nos limites e pontos do pedido, CPC, arts. 128, 460, decididos pelo juiz, não tendo autoridade além dos limites da lide posta e decidida. Fica restrita ao objeto do processo definido pela lide.

No conflito entre duas coisas julgadas, prevalece a primeira, porque a segunda, se chegou a formar-se, ofende à primeira e é ilegal e inconstitucional. A segunda é passível de rescisão por meio de ação rescisória. Advirta-se que o juiz não deve negar execução à segunda, até que seja rescindida.

A coisa julgada civil está no comando da sentença, que constitui o seu conteúdo, imutável e indiscutível. A coisa julgada civil é matéria de preliminar da contestação. Ao contrário do que espelha o CPC, art. 467, a eficácia da sentença é mutável, porque as partes podem descumprir a sentença, convencionando diferentemente do contido nela. O conteúdo da parte dispositiva, este sim, é imutável e indiscutível, como se disse *supra*.

Os limites subjetivos da coisa julgada definem-se pelo conteúdo do CPC, art. 472. Somente as partes da relação jurídica processual são alcançadas pela coisa julgada.

Advirta-se, porém, se não atinge terceiros, a coisa julgada neles pode repercutir, a exemplo do observado com credores das partes, com avalizados, afiançados, co-avalistas, terceiros com iguais direitos, mesmos pedidos e fundamentos.

O que vale para todos – *erga omnes* – é a eficácia natural da sentença, valendo a autoridade da coisa julgada somente entre as partes.

Necessário sustentar-se que certas relações jurídicas, por influência de outra em julgamento, conforme a decisão proferida, podem modificar-se de tal forma, sob o aspecto material, que o terceiro se veja atingido pelas conseqüências do ato sentencial por reflexo. No entanto, não sofrem a imutabilidade da sentença, e sim os seus efeitos civis, bem podendo discutir em outra ação sobre o seu direito material.

Excepcionalmente, existem casos de extensão da coisa julgada a quem não foi parte, dada a posição especial ocupada no plano das relações de direito material e de sua natureza.

Entre as hipóteses, podem ser destacadas: a) a dos sucessores das partes, que estão sujeitos à coisa julgada pelo fato de receberem direitos e ações no estado de coisa julgada; b) o do substituído, no caso de substituição processual, em que o substituto é a parte, mas o direito material é do substituído, o qual tem sua relação jurídica decidida com força de coisa julgada; c) o dos legitimados concorrentes para demandar, no caso dos credores solidários.

EFEITOS NEGATIVO E POSITIVO DA COISA JULGADA

A) Negativo

Os efeitos da coisa julgada entendem-se como vinculativos ao resultado da demanda, sanatório e preclusivo, no sentido de nada mais poder ser alegado, mesmo no caso de condenação, na hipótese de pagamento de dívida já paga e quitada. Além desses efeitos, existem os efeitos ou eficácias materiais da sentença, ou aspectos negativo e positivo da coisa julgada.

Diante do efeito negativo da coisa julgada, argüido pela parte interessada, como se comportará o juiz? É sabido que a coisa julgada material ou civil é a qualidade que se soma, em dadas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença, que o torna indiscutível.

Observe-se que, se qualquer das partes resolve ajuizar processo para discutir algo, já declarado pela primeira sentença, poder-se-á argüir a *exceptio rei iudicate*, que serve para vedar um novo julgamento sobre o que foi decidido e coberto pela coisa julgada.

A este efeito impeditivo de outro julgamento diferente, ou no mesmo sentido do primeiro julgamento, denominamos de efeito negativo da coisa julgada. O efeito negativo opera sempre como *exceptio rei iudicate*, isto é, como defesa para impedir o novo julgamento. A *exceptio rei iudicate* é forma de defesa deduzida como preliminar na contestação, ou em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, com as sanções do CPC, arts. 267, § 3º, e 22, se não for alegada no momento processual adequado.

A argüição, ou o reconhecimento do juiz a respeito da coisa julgada, conduz à extinção do processo, sem julgamento de mérito.

De modo que o trânsito em julgado está ligado à declaração que o juiz opera na sentença, de que incidiu este ou aquele preceito normativo, transformando-o na lei para o caso concreto.

Ocorrente, pois, que qualquer das partes pretenda valer-se de novo processo para rediscutir o que já fora declarado pela sentença anterior, poder-se-á alegar (a outra parte) a

exceptio rei iudicate. A essa qualidade puramente impeditiva de novo julgamento denomina-se Efeito Negativo da Coisa Julgada.

B) Positivo

Levando em consideração os ensinamentos de Keller e o atual de Giovanni Pugliese², o denominado efeito positivo da coisa julgada traduz-se na vinculação do juiz do segundo processo, sujeitando-o a levar em conta a declaração contida no primeiro processo como julgada, em face do que lhe é colocado para julgamento (in *Giudicato Civile*, Enciclopédia dei Diritto, v. XVIII, art. 788). É a hipótese de o litigante, em favor de quem se formara a coisa julgada, deseje utilizá-la para apoiar uma nova pretensão. Suponhamos que Ticio tenha obtido a declaração da existência de uma relação de crédito entre ele e Caio e que, num segundo processo, resida em juízo para requerer o pagamento do crédito (ação condenatória), ou que declarasse o indébito, e numa segunda ação viesse a requerer a restituição em dobro.

Nestes dois casos, a defesa não se apoiará na *exceptio rei iudicate*, pois a coisa julgada residiria como pressuposto das duas demandas condenatórias a *posteriori*. Daí por que os exemplos alocados *supra* recairiam no que se chama Efeito Positivo da Coisa Julgada, o que se traduz como correspondente ao uso da coisa julgada (declaração nos primeiros processos), isto é, do seu conteúdo como imperativo para os segundos julgamentos. Assim, enquanto em face do efeito negativo, o segundo processo será extinto sem julgamento do mérito. Ocorrente o efeito positivo da coisa julgada, esta se constituirá fundamento para a segunda demanda, onde não se poderá discutir mais a relação jurídica da existência do crédito ou do indébito, prosseguindo o segundo processo.

Assim, enquanto a *exceptio rei iudicate* (efeito negativo) traduz-se no princípio *ne bis in idem*, pois impede novo julgamento, o efeito positivo vincula o juiz do segundo processo e passará a ser o seu fundamento, não levando a extinção do segundo processo, e sim não se admitindo qualquer discussão em torno daquela declaração.

² In *Giudicato Civile* – Enciclopédia de Diritto, v. XVIII, 788.

A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Através de recente Medida Provisória nº 2.180-35-2001, já incorporada ao CPC, artigo 741, parágrafo único (para efeito do disposto no inciso II, deste artigo 741, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal) erigiu-se, no plano normativo, a sustentação da coisa julgada inconstitucional, resultante de sentenças juridicamente impossíveis, injustas, atentatórias à normalidade e aos princípios constitucionais.

Mas o que é a coisa julgada inconstitucional?

A dificuldade de encarar o tema resulta, em evidência, do fato da concepção tradicionalista e radical a respeito da imutabilidade do julgado.

As novas idéias sobre a temática buscam relativizar a questão da coisa julgada, jamais sua eliminação, dado que a isto não suportaria a segurança jurídica, garantia pétrea constitucional.

Numa nova reconstrução dogmática da coisa julgada é, pois, a palavra de ordem relativizar a coisa julgada, sem esquecer o binômio segurança e justiça, mas refletindo, sobretudo, a negação do direito material e a imutabilidade de injustiças trazidas pelas sentenças, até mesmo, em descompasso com os princípios constitucionais.

Sem dúvida que, não se pode sustentar, a sentença em descompasso com o texto constitucional, sendo esta inconciliação ou incompatibilidade com os princípios constitucionais a responsável maior pela irremediável afronta e ao olimpo da inconstitucionalidade. E julgado que revele contrário ou infringente de regra fundamental

da Constituição, traduz-se em ato inexistente como assevera Paulo Otero³ Nesse sentir, também Canotilho⁴ quando escreve: “A verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende diretamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastante os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa ainda admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêm a possibilidade de recursos para o TC nessas hipóteses, sobretudo quando se trata de casos respeitantes a direitos fundamentais (é o caso do Verfassung Sbeschwer alemão e do recurso de amparo mexicano e espanhol)”.

Com razão os juristas citados, pois num Estado de Direito Democrático não se pode conviver com sentenças inconstitucionais, sob pena de ofensa à soberania, à justiça, à moralidade e afronta às garantias do cidadão. Assim, não se pode permitir que tudo isso aconteça em nome de uma segurança, que não deve ser examinada, a não ser como espelho de uma boa justiça, impedindo a impugnação de uma coisa julgada inconstitucional, a nível de recurso, ou rescisória, de prazos esgotados.

E o Estado, como já se afirmou, não deveria proteger a sentença judicial, mesmo trânsita em julgado, que venha a afrontar os princípios da moralidade e da legalidade, ou afronte os princípios constitucionais, valendo como de valor absoluto o que ali espelhe, até de injustiça.

Com acerto, escreve Juary Silva⁵ que: "Em suma, a coisa julgada não é um valor absoluto, e no contraste entre ela e as idéias de justiça, esta é que deve prevalecer.

Daí não é preciso mais que um passo no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função institucional, ainda que isso implique em certa restrição de amplitude do conceito de coisa julgada."

³ Otero, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, p. 123.

⁴ Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Portugal, 199.

⁵ Silva, Juary C. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais* – Revista de Direito Público, S. Paulo, nº 20, abril/junho, 1972, p. 170.

Ao traçar os lindes da coisa julgada e da coisa julgada inconstitucional, o notável e ilustre doutrinador Prof. Carlos Valder do Nascimento⁶ nos adverte de que: “Sendo a coisa julgada matéria de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata*”.

E, mais adiante, em seus estudos adverte que a coisa julgada somente será “intocável se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças. Por esse motivo, nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica. Impõe-se, desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição do mundo dos fatos e das idéias, deve ser decretada sua irremediável nulidade”.

Na esteira do mesmo sentir escreve Dinamarco⁷: “A aceitação, por grande parte da doutrina e de alguns julgados, da concepção de relatividade da coisa julgada resulta do fato de que, não deve prevalecer um caso julgado em desconforme com a Constituição, posto que a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”.

⁶ Nascimento, Carlos Valder do, in *Coisa Julgada, Inconstitucional*, na qualidade de coordenador e doutrinador, América Jurídica, ed. 2002, R. de Janeiro, p. 5/29.

⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. *Relativar a Coisa Julgada Material*. In Revista da América Jurídica, ou Centro de Estudos Victor Nunes Leal, Brasília, 2001, p. 32/73, América Jurídica.

Sendo assim, embora não se possa afastar, em princípio, a segurança e a certeza jurídicas, de que se reveste a coisa julgada, não se pode deixar de acatar a idéia de sua relatividade, quando a própria coisa julgada esteja em desconformidade com a Constituição, pois a sua irrecorribilidade não apaga a inconstitucionalidade. Portanto, é entendimento razoável, o de que não é absoluto o princípio da imutabilidade da coisa julgada.

Decisões judiciais, cujo conteúdo ofenda direta, frontal e imediatamente à Constituição, não devem prevalecer sob o pálio de que não houve o recurso a tempo, ou se deixou de utilizar de ação rescisória.

Por esta razão, e com acerto, a posição do magistrado José Augusto Delgado, quando adverte que “a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a trans-formação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado⁸”.

E sustenta que “nunca terão força de coisa julgada e que poderão a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da Justiça”.

Na verdade, não deve prevalecer sentença nula, contaminada pelo vício da inconstitucionalidade e que não subordina sua desconstituição ao manejo da rescisória, ou que ultrapassado o prazo de irrisignação, o que autoriza recorrer-se a ação de impugnação autônoma de nulidade sentencial, para desconstituí-la.

Sem dúvida que, a tese da coisa julgada inconstitucional, segundo o sentir do Prof. Carlos Valder (obra citada) “Já fora erigida ao plano normativo, em face de sua inserção no contexto de Medida Provisória, que promoveu alteração do Código de Processo Civil, com

⁸ Delgado, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*. In Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal da AGU.

esse objetivo, permitindo, assim, a consolidação da sistemática proposta em estudos teóricos realizados com esse propósito."

Trata-se agora de regra explícita, porquanto o art. 741 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passou a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: "Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal".

Registre, adernais, que regra semelhante foi introduzida no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos: "Considere-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal".

"Com as regras insertas no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas, antes transcritas, a matéria ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais. Prevaleceu, então, a tese da nulidade da coisa julgada constituída em descompasso com a vontade constitucional, podendo ser reconhecida independente de qualquer limitação temporal ou de ordem processual. Cuida, pois, a espécie, de nulidade de pleno direito, portanto, insanável."

Ainda, de pleno acordo, com o eminente Professor Carlos Valder, as idéias e propostas de demonstrar o caráter de relatividade de que se deve revestir a *res judicata*, não aponta desmerecer ou enfraquecer a indiscutível validade das decisões transitadas em julgado. O que se busca, efetivamente, é o não-prevalecimento de atos de qualquer natureza ou procedência, em desconformidade com a Constituição.

E, no caso, particularmente das sentenças nulas, por vícios de inconstitucionalidades, que não devem prevalecer, podendo ser atacadas (sentenças,

decisões ou acórdãos), “sem necessidade de observância de tempo ou procedimento específico”, através da ação de *querella nulitatis*, ação declaratória autônoma de nulidade, mesmo que não utilizados a ação rescisória, ou possíveis embargos de executado, porquanto não pode prevalecer a coisa julgada inconstitucional, em afronta à vontade constitucional. O seu reconhecimento, pois, também para nós independe de limite temporal de ordem processual, em face de nulidade *ipso iure*.

Ao apresentar os seus estudos sobre “relativar a coisa julgada material, Cândido Rangel Dinamarco, o príncipe dos processualistas da Paulicéia, em obra citada, adverte de que o objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcançadora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

“Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Min. José Delgado defende uma “conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica”, fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredo à autoridade do julgado. E conhece-se também a posição assumida pelo procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender a necessidade de mitigar a coisa julgada. Esse e outros pensamentos, aos quais associo uma interessantíssima narrativa de Eduardo Couture e importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Direito norte-americano, abrem caminho para a tese

relativizadora dos rigores da *auctoritas rei judicate* e autorizam as reflexões que a seguir virão, todas elas apoiadas na idéia de que ‘levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querela capaz de criar uma outra realidade, fazer de *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*’. (Pontes de Miranda)”.

Ainda, o mestre da Paulicéia:

“Para ilustrar a assertiva de que se *levou longe demais a noção de coisa julgada*, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando três impossibilidades que conduzem a isso: *impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica*. Fala, a propósito, da *sentença ininteligível*, da *que pusesse alguém sob regime de escravidão*, da *que instituísse concretamente um direito real incompatível com a ordem jurídica nacional*, etc. Para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso, como: a) *nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada*; b) *resistência à execução*, inclusive, mas não exclusivamente por meio de embargos a ela; c) *alegação incidenter tantum* em algum outro processo.

Nessa mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, invocando o moderno ideário do processo justo, os fundamentos morais da ordem jurídica e sobremaneira o princípio da moralidade que a Constituição Federal consagra de modo expresso, postula uma visão larga das hipóteses de discussão do mérito mediante os embargos do executado. O caso que examinava em parecer era de uma dupla conde-nação da Fazenda a pagar indenizações pelo mesmo imóvel. Segundo se alegava, ela já havia satisfeito a uma das condenações e com esse fundamento opunha-se à execução que se fazia com base na outra condenação, mas pelo mesmo débito. Em suas conclusões, o conhecido Mestre mineiro propôs o enquadramento do caso na categoria do erro material, para sustentar afinal que, conseqüentemente, “não haverá a *res iudicata* a seu respeito”.

No particular, aponta que a cultura jurídica anglo-americana não leva longe demais, como a nossa cultura, aos rigores da autoridade da coisa julgada. Isto porque, regras mais rígidas da estabilização das decisões judiciais em razão da coisa julgada, marcadas pela absoluta eficácia preclusiva ao deduzido e dedutível e como sanatório de eventuais nulidades da sentença, como explica Pontes de Miranda, foram abraçadas pelo Direito brasileiro, em face do Direito germânico.

De modo que não se pode pensar que deva prevalecer a autoridade da coisa julgada sob o pálio de manter-se a segurança jurídica, quando esta coisa julgada vem de sobrepor-se aos princípios da moralidade pública, de afronta a princípios e disposição constitucionais ou legais, ou ainda nos casos de sentenças que impõem condenações ou deveres absurdos.

Assim, com razão os doutrinadores quando afirmam que a autoridade da coisa julgada deve sempre estar condicionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem os quais a segurança jurídica do caso julgado não representa a segurança tratada no nível constitucional.

Diante de tais sentenças, sem dúvida alguma, os juízes devidamente autorizados devem admitir ulteriores demandas para a revisão.

Ao final, lembra as soluções ou remédios processuais para atacar a coisa julgada inconstitucional, a partir das lições de Pontes de Miranda⁹ in Tratado da Ação Rescisória, § 18, nº 2, p. 195, quando sugere os caminhos, a seguir: a) propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada;

b) a resistência à execução por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes no próprio processo executivo;

c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

⁹ Miranda, Pontes de. *Comentários ao CPC*, v. V, p. 144.

No relativizar o caráter da coisa julgada, é também do nosso sentir que, não se pensa em operar a mitigação da coisa julgada como garantia constitucional e, sim, admitir-se a possibilidade de sua revisão, em casos excepcionais, como os de afastar sentenças abusivas, absurdas, injustiças flagrantes, fraudes e infrações a normas constitucionais, sem sujeitar-se à preclusão.

Neste sentido, também Liebman já advertia de que existem “vícios maiores” “vícios essenciais que sobrevivem à coisa julgada”, afetando a eficácia de seus efeitos. Assim, contemplando vício grave – como verdadeiramente o é a inconstitucionalidade –, a *res judicata* é “coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico”.

Daí por que, a doutrina, nas hipóteses alinhadas infra, diz ocorrer nulidade *ipso iure*, impedindo que a sentença passe em julgado e em todo o tempo se pode opor contra ela a *actio* de nulidade para alcançar declaração de invalidade do julgado (ação declaratória autônoma de nulidade, lembrada por Calamandrei), mesmo depois de esgotadas as vias recursais ordinária e extraordinária, ou a rescisória. A declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal deverá ser *ex nunc*, como de velha tradição (Leis n.ºs. 9.882/99, art. 11, e 9.868/99, art. 12).

Na ótica dos processualistas Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria¹⁰, “o exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para controle da coisa julgada inconstitucional, ao contrário do que se observa na Alemanha, por exemplo”.

A Constituição Federal brasileira, ao estruturar os órgãos do Poder Judiciário, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 102, I, a). Isto é, revelando a tendência clássica de preocupação apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa,

¹⁰ Theodoro Júnior, Humberto et al. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais*, in Revista da AGU – Centro de Estudos de Pesquisa Victor Nunes Leal, Brasília, 2001.

franqueia a ação direta de inconstitucionalidade apenas para tais atos, deixando de contemplar os atos rescisórios do Poder Judiciário, sob o manto da *res iudicata*.

À míngua de previsão expressa de um instrumento de controle, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer meio de impugnação. Destarte, tão logo configurada a coisa julgada, com o esgotamento da via recursal, não mais haveria a possibilidade de ser alterada acaso contivesse uma violação direta à Constituição Federal.

Ora, aludido entendimento mostra-se insustentável, mormente quando se verifica que, até mesmo a coisa julgada que contém vício menor (ilegalidade) sujeita-se à impugnação através da ação rescisória contemplada nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil.

Surge, então, a indagação: o instrumento processual para a impugnação seria a ação rescisória, sujeitando-se, assim, a coisa julgada inconstitucional ao mesmo regime jurídico da coisa julgada ilegal, inclusive quanto aos prazos?

O Superior Tribunal de Justiça vem, freqüentemente, e sem enfrentar direta-mente o tema, admitindo a ação rescisória para desconstituir coisa julgada inconstitucional. Trata-se de hipótese envolvendo, em regra, o Direito Tributário em que a decisão judicial transitada em julgado se fundou em norma posteriormente declarada inconstitucional.

“Processual civil – Ação rescisória – Interpretação de texto constitucional – Cabimento – Súmula nº 343/STF – Inaplicabilidade – Violação à literal disposição de Lei (CPC, art. 485, v) FNT – Sobretarifa – Lei nº 6.093/74 – Inconstitucionalidade (RE nº 117.315/RS) – Divergência jurisprudencial superada – Súmula nº 83/STJ – Precedentes.

O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência que

supõe válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de in-constitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional” (REsp. nº 128.239/RS).

A egrégia Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula nº 343/STF. (REsp. nº 155.654/RS, DJ de 23.8.99). (REsp. nº 36.017/PE, 2ª T, Rel. Min. Francisco P. Martins, DJU 11.12.00, p.185).

“Processual civil – Ação rescisória Art. 485, V, do CPC – Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – De preceito legal no qual, louvara o acórdão rescindendo.

Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que ‘deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação procedente.’ (AR nº 870/PE, 3ª Seç., Rel. Ministro José A. da Fonseca, DJU 13.3.00, p. 123.)”

As hipóteses mais recentes de que têm notícias cuidaram da inconstitucionalidade da coisa julgada em uma das situações, não trabalhando diretamente com a decisão judicial que violasse diretamente norma ou preceito contido na Constituição Federal.

A admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada constitucional expressada nos julgados *supra*, porém, não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento. Do contrário, seria

equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, o que é não só inconveniente, como avilta o sistema e os valores da Constituição:

“... equiparar os actos jurisdicionais ilegais, conforme com a Constituição aos actos meramente ilegais,..., traduz uma forma indirecta de desconstitucionalizar actos violadores da Constituição”.

Por fim, pouco importando o prazo para o aforamento da ação rescisória tenha se exaurido, antes de se ingressar em juízo com a ação de nulidade *ipso iure* da sentença, esta ação é o remédio próprio e adequado, quando o *decisum* esteja contaminado de insuperável inconstitucionalidade, independente do lapso temporal.

Nesse sentir, sinalizam: "a parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória". Para tanto, poderá:

- a) opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença; ou
- b) propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, inclusive uma ação declaratória ordinária, como sobrevivência da antiga querela *nullitatis*.

Muito embora não haja necessidade de se valer da ação rescisória para obter o reconhecimento do vício sério (nulidade) que contamina a decisão judicial, força é lembrar que “não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, se a parte lançar mão da ação do art. 485 do Código de Processo Civil. É que as nulidades *ipso iure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-la até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício segundo o princípio contido no art. 146 e seu parágrafo único do Código Civil.”

Dentro deste raciocínio espelhado e da análise do quadro desenhado pela recente doutrina brasileira, a coisa julgada não deve prevalecer diante dos valores absolutos da legalidade, moralidade, justiça, o ataque à Constituição, porque vicia, de modo absoluto, a vontade jurisdicional.

Daí por que relativizar, em casos extraordinários, o caráter da coisa julgada é a palavra de ordem no mundo globalizado.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J.J. Gomes e Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Portugal, 199.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*. In Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal da AGU.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativar a Coisa Julgada Material*. In Revista da AGU, ou Centro de Estudos Victor Nunes Leal, Brasília, 2001, p. 32/73 – América Jurídica.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*, v. V, p. 144.

NASCIMENTO, Carlos Valder do, in *Coisa Julgada Inconstitucional, na qualidade de coordenador e doutrinador*, América Jurídica, ed. 2002, R. de Janeiro, p. 5/29.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lisboa, Lex, 1993, p. 123.

SILVA, Juary C. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais* – Revista de Direito Público, S. Paulo, nº 20, abril/junho, 1972, p. 170.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais*, in Revista da AGU – centro de Estudos de Pesquisa Victor Nunes Leal, Brasília, 2001.

Artigo publicado na Revista PRÁTICA JURÍDICA - Ano III - nº 22 - 31 de janeiro de 2004, p. 36-43.

SANTOS, Cezar. **A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS DE CONTROLE**. Disponível em: <http://www.direitofba.net/artigos/artigo004.doc> Acesso em: 26.jun.2006.