

A coisa julgada inconstitucional

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson *

RESUMO

A coisa julgada inconstitucional seria a sentença que eivada de um vício que afronta a Constituição Federal, transita em julgado, sujeitando-se ao manto da imutabilidade pelo instituto da coisa julgada, não sendo cabível mais qualquer tipo de impugnação por via recursal. No intuito de evitar que o ilegal seja legalizado e que uma excrescência jurídica prevaleça no ordenamento, contrapondo o senso de justiça que se deve imperar num Estado Democrático de Direito defendemos a tese da relativização da coisa julgada, ou seja, quando a sentença que transita em julgado possuir um vício insanável vindo a ferir o princípio da constitucionalidade, haja a possibilidade de impetração da ação rescisória, não sendo válido a decadência ou a prescrições em tais casos. Que, ainda, possa o juiz de execução, independente de manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, invalidar título judicial fundado em sentença inconstitucional, ou ainda por ação declaratória de nulidade, uma ação autônoma baseada na ação medieval da querela nullitatis insanabilis, tendo por escopo desconstituir sentenças maculadas com alguma nulidade (vício que compromete a sua integridade material ou jurídica).

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada. Relativização. Meios de Invalidação.

ABSTRACT

The unconstitutional considered thing would be the sentence that contaminated of a vice that confronts the Federal Constitution, transits in judgeship, subjecting it the mantle of the immutability for the institute of the judged thing, being cabível plus any type of impugnation for did not see recursal. In intention to prevent that the illegal one is legalized and that a legal excrescência prevails in the order, opposing the justice sense that if must reign in a Democratic State of Right we defend the thesis of the relativização of the judged thing, that is, when the sentence that transits in considered possessing an irreparable vice come to wound the principle of the constitutionality, has the possibility of impetração of the action for rescission, not being valid the decay or the lapsing in such cases. That, still, the judge of execution, independent of manifestation of the Supreme Federal Court can on the subject, to invalidate established judicial heading in unconstitutional sentence, or still for declaratory action of nullity, a based independent action in insanabili nullitatis the medieval action of the complaint, having for target to desconstitute sentences stained with some nullity (vice that compromises its material or legal integrity).

KEYWORD: Considered thing. Relativização. Half of Invalidation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DA COISA JULGADA; 2.1. Conceito de Coisa Julgada; 2.1.1. Diferença Entre Coisa Julgada Material e Coisa Julgada Formal; 2.2 O Surgimento do Espírito Crítico Sobre o Caso. 3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL; 3.1. Diferenciação Entre Inconstitucionalidade e Ilegalidade; 3.2. Nulidade ou Existência? 3.3. Eficácia Ex Nunc e Ex Tunc? 3.4. Medida Provisória Nº. 2.180-35 de 24 de Agosto de 2001; 3.4.1. Reforma do Código de Processo Civil - Lei de Nº 11.232 de 22 de Dezembro De 2005; 3.4.2. Entendimento do Professor Nelson Nery sobre o § único do Art. 741 do Código de Processo Civil. 3.5. No Âmbito do Direito Penal; 3.5.1. Retroatividade da Lex Mitior na Fase do Cumprimento da Sentença. 3.6. Defensores e Refratários a Relativação da Coisa Julgada. 3.7. Os Meios Processuais Pertinentes ao Caso Julgado Inconstitucional; 3.7.1 Da Querela Nullitatis; 3.8. O Caso Julgado na Visão de Nelson Nery Junior; 3.8.1. Comentários. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

Em decorrência de um Estado Democrático de Direito temos a limitação do poder político e da lei enquanto expressão da vontade geral, com o intuito de preservar e garantir a supremacia da Constituição Federal, como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade.

Com a idéia de assegurar o primado hierárquico-normativo da Constituição, conformando o princípio da constitucionalidade, vem-se buscar, não só que o poder público, mas todo o ordenamento jurídico esteja conforme com a Carta Maior.

Em vista desse objetivo os mais variados ordenamentos jurídicos contemplam em seus sistemas mecanismos de controle da constitucionalidade, ora confiado a uma corte especial, atribuindo a inconstitucionalidade com efeitos erga omnes e de forma vinculante, ora conferindo a diversos órgãos integrantes do poder judicante a competência de fazê-lo, de eficácia limitada às partes da relação processual em que foi proferida, ora admitindo a convivência de ambos os instrumentos de controle.

O que se observa, entretanto, é que após 200 anos da grande revolução francesa em prol da igualdade, fraternidade e liberdade, em tema de inconstitucionalidade, se deteve às atenções e preocupações jurídicas no exame da desconformidade dos atos legislativos.

Verificando, de tal maneira, que grande parte dos estudos da constitucionalidade/inconstitucionalidade é em relação aos atos legislativos, não havendo maior interesse pelas decisões do poder judiciário, que sem dúvida são suscetíveis de desconformidade com a Constituição.

Paulo Otero(1), grande constitucionalista português, afirma que o motivo de tal esquecimento foi devido à persistência do mito liberal que configura o juiz como "a boca que pronuncia as palavras da lei" e o poder judicial como "invisível e nulo".

De tal maneira institucionalizou-se a impermeabilidade das decisões judiciais, mesmo que contivesse inconstitucionalidades, especialmente depois de operada a coisa julgada e ultrapassada o prazo de sua impugnação.

A coisa julgada veio a se transformar na expressão máxima que consagrou os valores da certeza e da segurança perseguidos no ideal do Estado Democrático de Direito, vindo a tornar-se de caráter absoluto.

Doravante, o resultado de tal idéia é que o Poder Judiciário se limita a executar a lei, sendo, destarte, defensor Máximo dos direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico e, por conseguinte, da própria Constituição Federal.

Como bem lembra Paulo Otero(2), tal como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem gerar situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá a ponto de violar a Constituição.

Então se indaga o que fazer quando uma decisão judicial é flagrante de uma inconstitucionalidade? Quais os instrumentos cabíveis?

Pelo direito processual civil é possível fazer-se uso dos recursos ordinários ou extraordinários. Em relação a esse aspecto, isso é muito claro.

O problema consiste quando a decisão inconstitucional não é mais passível de impugnação recursal, dando-se os efeitos da coisa julgada. O que fazer? Haveria alguma forma de controle constitucional ou de fiscalização? Ou seja, se verificando que a decisão judicial sob o manto da res iudicata avilta a Constituição Federal, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser objeto de controle?

Isso é um tema atual, que há bem pouco tempo não se pensava em questionar, uma vez que se buscou valorizar a segurança jurídica, visto que a coisa julgada vinha merecendo posição de destaque e de intangibilidade, na qual poucos procuraram advogar a possibilidade da sua relativização.

Toda essa problematização vai ser abordada neste trabalho, com as minúcias que foram possíveis de ser discutidas, bem como a análise dos reflexos que a reforma processual do final de 2005, através da Lei N° 11.232, trouxe à matéria em tela.

2. DA COISA JULGADA.

2.1. O PROCESSO JUDICIAL.

A sociedade é movida pela capacidade dos seus membros de se inter-relacionarem, seja entre pessoas físicas, entre pessoas jurídicas, entre pessoa física e pessoas jurídicas, ou seja, desses com o Estado regulamentador e suas entidades.

Esse relacionamento entre pessoas e entidades, movido por interesses afins, os quais podem ser políticos, econômicos, jurídicos, pessoais, entre outros, cria inevitavelmente situações, condições, fatos concretos e reais entre os mesmos.

Então, há um fato. Esse fato é gerador de uma lide, de um conflito, de uma contenda, seja entre particulares, seja entre o particular e o Estado.

Uma das partes em conflito se sente tão indignada, tão receosa, tão vilipendiada que recorre à "justiça", serviço ofertado obrigatoriamente pelo Estado, para que esta lhe ofereça a prestação jurisdicional.

Temos, então, o fim do rito ordinário, com uma solução, aparente, para a lide.

Entretanto, o homem, quando tem uma decisão proferida contra ele que vem ferir seus interesses, raramente se conforma ou aceita, razão pela qual busca outra forma de expor seus motivos e fazer prevalecer o seu ponto de vista.

Para tanto existe o instituto dos recursos, que são mecanismos processuais para promover a análise, o reexame de decisões judiciais, que pode acontecer mediante uma sentença, um acórdão, fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou perante um colegiado, em instância superior.

A parte então apela, no prazo de 15 dias ou opõe embargos de declaração, no prazo de cinco dias, em virtude de contradição, obscuridade ou omissão da sentença, cujo prazo contar-se-á da leitura da sentença em audiência ou da intimação das partes quando a mesma não for proferida em audiência.

Suponhamos então que a parte apelante ou embargante não obteve sucesso ou que simplesmente a parte interessada do recurso não o exercitou.

O objeto da sentença não se modifica com os recursos interpostos ou simplesmente não é impugnado.

Assim, a sentença de mérito transita em julgado, tornando-se insuscetível de interpelação de qualquer recurso, seja ordinário ou extraordinário.

De tal maneira a sentença é protegida pelo manto da coisa julgada material, instituto esse que vem a tornar indiscutível a decisão, provendo o sistema com a tão perseguida segurança jurídica.

Podemos, por tal razão, entender por coisa julgada o efeito emanado a sentença transitada em julgado, na qual esse efeito vem por emitir um invólucro protetor em torno da decisão, tornando-a imodificável, insuscetível de desconstituição, não sendo nenhum recurso pertinente o suficiente para questioná-la.

Tal intocabilidade da sentença gerada pela res iudicata é a manifestação clara do princípio da segurança jurídica.

Entretanto, se a sentença for eivada de um vício? Não de um mero vício de formalidade gerado pela falta de tecnicidade do juiz prolator, mas se a sentença vem por retratar e criar uma situação que não corresponde à realidade fática?

Reformulando a pergunta, o que se faz quando a prestação jurisdicional ofertada e retratada por meio da sentença, a qual se encontra sob o manto protetor da res iudicata, avilta a Constituição Federal, seja por que afronta uma lei declarada inconstitucional, ou por afrontar diretamente os princípios constitucionais previstos na Carta Maior?

Qual o remédio jurídico para uma sentença inconstitucional sobre o "invólucro protetor" da imodificabilidade gerada pela coisa julgada?

Há possibilidade de controle constitucional de uma sentença com efeitos da res iudicata?

2.2. CONCEITO DE COISA JULGADA.

Segundo Carlos Valder do Nascimento⁽³⁾, a expressão coisa julgada pode ser tomada na acepção de sentença contra a qual foram esgotados todos os recursos processuais passíveis de sua desconstituição.

Já para De Plácido e Silva⁽⁴⁾, a coisa julgada pressupõe o julgamento irretratável de uma relação jurídica anteriormente controvertida. Nesta razão, a autoridade res iudicata não admite, desde que já foi reconhecida a verdade, a justiça e a certeza a respeito da controvérsia, em virtude da sentença dada. Que venha a mesma questão a ser ventilada, tentando destruir a soberania da sentença, proferida anteriormente, e considerada irretratável, por ter passado em julgado.

Eduardo Espínola⁽⁵⁾ afirma "a compreensão generalizada, na doutrina pátria, é que se considera caso julgado a sententia iudicis, de que não caiba recurso algum. Daí a distinção entre sentença passado, em julgada e coisa julgada, ou caso julgado; a sentença se diz que passou em julgado, quando pode ser executada, embora seja ainda suscetível de reforma, por virtude de algum recurso; a coisa julgada, ou o caso julgado, só se tem, quando nenhum recurso, absolutamente nenhum, pode haver, que eventualmente leve a modificá-la; seja embora recurso extraordinário, ou ação rescisória".

Para Ovídio Batista da Silva⁽⁶⁾, o caso julgado seria definido como a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a "lei do caso concreto".

O processualista Araken de Assis⁽⁷⁾ vem por conceituar a coisa julgada como o atributo do provimento judicial que, julgando o mérito, nas hipóteses arroladas no art. 269(8) do Código de Processo Civil, não se mostra mais suscetível de recurso, no processo em que há função de cognição preponderante.

O publicista afirma ainda que a doutrina alemã tem por coisa julgada uma peculiar eficácia, acrescentada à sentença no momento do seu trânsito em julgado: a eficácia da declaração (Feststellungswirkung), que torna o pronunciamento, no presente e no futuro, indiscutível ou incontestável. Assim, a coisa julgada se arrola, segundo tal concepção, dentre os efeitos da sentença.

Para Celso Ribeiro Bastos(9) na coisa julgada, o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete(10), a coisa julgada seria um fenômeno jurídico derivado da prolação da sentença, na qual se tornou definitiva e imutável, ou por não ter sido interposto recurso no prazo previsto em lei, ou interposto o recurso e esgotadas as vias para o reexame da sentença, a última manifestação do órgão jurisdicional, confirmando ou modificando a decisão de primeiro grau.

José Frederico Marques(11) afirma que a coisa julgada é a imutabilidade da entrega da prestação jurisdicional e seus efeitos, para que o imperativo jurídico contido na sentença tenha força de lei entre as partes.

Fredie Didier Jr.(12), assim define a coisa julgada: "é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial".

Para o pai do direito processual brasileiro, Enrico Túlio Liebman(13), a coisa julgada não é um efeito de sentença e muito menos pode identificar-se com eficácia declaratória da mesma sentença; a coisa julgada é algo mais que se acresce à decisão para aumentar a sua estabilidade. O caso julgado é a imutabilidade do comando emergente da sentença.

Segundo Francesco Carnelutti(14) a coisa julgada:

...significa a decisão de mérito que se obtém por meio do processo de cognição ou, em outros termos, a decisão sobre questões de fundo; as questões de fundo julgadas não são apenas as expressamente resolvidas, como também aquelas cuja solução seja uma premissa necessária para a solução das primeiras e que, portanto, resolvem-se implicitamente (a chamada decisão implícita). Já que as questões de ordem não concernem à lide, sua solução não constitui nunca coisa julgada...

A expressão "coisa julga", da qual pela força do costume não cabe prescindir, tem mais de um significado. Res iudicata é, na realidade, o litígio, ou seja, o litígio depois da decisão; ou mais precisamente, levando-se em conta a estrutura diversa entre latim e o italiano, o juízo dado sobre o litígio, ou seja, sua decisão. Em outras palavras: o ato e, por sua vez, o efeito de decidir, que realiza o juiz em torno do litígio.

Já Giuseppe Chiovenda(15) explica que "o bem da vida que o autor deduziu em juízo (res in iudicium deducta) com a afirmação de que uma vontade concreta da lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (res iudicata). A res

iudicata outra coisa não é para os romanos do que a res in iudicium deducta depois que foi iudicata... Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz; e apenas substituímos a alternativa do texto romano (sentença de condenação ou de absolvição) pela alternativa mais abrangente (porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias) de sentença de recebimento ou de rejeição."

Na clássica doutrina de Celso Neves(16), "coisa julgada é o efeito definitivo da sentença sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial".

2.2.1. Diferença entre Coisa Julgada Material e Coisa Julgada Formal.

Cândido Rangel Dinamarco(17), seguindo a corrente de Liebman, cita-o: "não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes".

É de extrema importância mencionar a ressalva feita por Elpídio Donizetti(18):

De acordo com o art. 467 do Código de Processo Civil, "denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

O conceito é falho, porquanto, ao conceituar a coisa julgada material, o legislador levou em conta o aspecto da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença, e não das relações jurídicas, de cunho processual ou material. Adotou uma visão clássica, tradicional, do fenômeno, segundo a qual o que caracteriza a coisa julgada é a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença. Com efeito, a ocorrência da coisa julgada caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade da sentença. Tal aspecto, entretanto, é insuficiente para diferenciar a coisa julgada material da coisa julgada formal

Podemos dizer que a coisa julgada material seria a imunização do comando da sentença, impedindo sua modificação por ato estatal ou por via processual, fazendo parte da vida dos litigantes depois de extinto o processo. Nas palavras de Betti: "força obrigatória e vinculante do acertamento de uma relação jurídica".

Já a coisa julgada formal refere-se só e tão-somente só à imutabilidade da sentença como mero ato processual, redundando na inalterabilidade da sentença dentro do processo, indicando que a decisão eivada pelo caso julgado não pode ser substituída por outra, seja porque não caibam mais recursos, seja porque transcorreu o prazo para sua interposição.

Moacyr Amaral Santos(19) conceitua a coisa julgada formal como a:

..que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recurso.

Em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no processo em que foi proferido, tornam-se imutáveis os seus efeitos (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo).

O professor continua, vindo a esclarecer que a coisa julgada material ou coisa julgada substancial:

...consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes. O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, se torna definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo.(20)

O processualista Nelson Nery Junior(21) define: "coisa julgada material (auctoritas rei iudicatae) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (CPC 467; LICC 6.º, § 3.º), nem à remessa necessária do CPC 475. Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, mas não o contrário. A coisa julgada material é um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado."

O professor Didier(22) explica: "Imutabilidade pode restringir-se aos limites do processo em que a decisão foi proferida ou projetar-se para além deles. Daí decorre a diferença essencial entre a coisa julgada formal e material".

A partir disso o mesmo apresenta os seguintes conceitos de coisa julgada formal e coisa julgada material(23):

A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso - seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão..., constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de "trânsito em julgado".

.....

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro.

E conclui o processualista supracitado(24):

Perceba-se, contudo, que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do

processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.

2.3. O SURGIMENTO DO ESPÍRITO CRÍTICO SOBRE O CASO.

Podemos dizer que o problema da intangibilidade da coisa julgada, se não foi notado primeiramente neste caso a ser proposto, sem dúvida, revela um disparate brutal entre a realidade fática com a realidade jurídica, e é onde nos faz pensar se a coisa julgada deve ter limites. O que princípios devemos prevalecer?

Pensemos numa ação de investigação de paternidade. Então, temos um processo de âmbito familiar, cujo teor tem por fim determinar se existe um vínculo familiar de pai e filho entre as partes, no qual era, e não com tanta frequência hoje, baseado, geralmente, em provas frágeis e tênues.

Todos sabem que anteriormente o material probatório no qual o juiz fundamentava a sua sentença, declarando que uma pessoa era pai ou não de uma determinada criança, era muito tênue e precário.

Até o advento do exame de DNA, no qual se compara o gene do alimentando com o do alimentante, não havia nenhuma prova científica que pudesse realmente comprovar o vínculo de paternidade.

Até hoje, quando as partes não têm condições de pagar o exame de DNA, ou o Estado não oferta o exame para as partes que são carentes, o juiz tem que basear sua sentença em depoimentos pessoais e de testemunhas, que afirmem a convivência, o tempo e lugar. Também são carregadas cartas que o parceiro enviava, entre outras coisas, dando conta do relacionamento.

Era com este material probante estéril que o magistrado determinava o vínculo de parentesco de 1º grau entre as partes.

Quando alguma delas conseguia provar por laudo médico que não tinha condições de gerar filhos, havia uma indicação mais eficaz.

Nestas condições, o magistrado prolata uma sentença declarando a existência do vínculo e determinando as respectivas obrigações de pai perante a criança.

Posteriormente, o pai e o seu filho, assim declarado por sentença judicial, realizam o exame de DNA e comprova-se que não existe relação sanguínea entre eles.

O que fazer agora? Não existe possibilidade de recurso, em virtude do caráter definitivo da sentença. A sentença atualmente encontra-se sob o efeito da coisa julgada que impossibilita a sua modificação.

É esse entendimento que dá o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 07 de maio de 1998, tendo por órgão julgador a terceira turma, referente a um Recurso Especial:

1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação, e a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485.

2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. (REsp nº. 107248/GO, 3º Séc., Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 08.05.1998, p.160).

Temos uma realidade jurídica diversa da realidade fática, na qual os meios processuais não permitem a sua modificação, gerando uma verdadeira excrescência jurídica.

Já o professor Humberto Theodoro⁽²⁵⁾ relata que teve sua atenção chamada para o conflito da coisa julgada quando teve que emitir parecer sobre a multiplicidade e superposição de sentenças transitadas em julgado condenando o poder público a indenizar a mesma área expropriada, mais de uma vez, ao mesmo proprietário.

Já não cabia a ação rescisória, e foi defendida a impugnação ordinária para afastar a manifesta prática errônea da justiça.

O parecer foi acolhido em recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Subseqüente aos debates doutrinários, em agosto de 2001, veio a alteração legislativa adicionando um parágrafo único ao art. 741 do CPC, por meio de medida provisória, a qual tornou expresso que a coisa julgada não impede que, em embargos de execução de sentença, se argua a inconstitucionalidade da sentença exequenda.

2.4. PRINCÍPIOS REFERENTES AO TEMA.

O conceito de princípio vem do estudo da geometria, onde designa as verdades primeiras, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve.

O jurista F. de Castro⁽²⁶⁾ assim define princípios como verdades objetivas, nem sempre pertinentes ao mundo do ser, senão dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Mucius Scaevola⁽²⁷⁾ assevera que os princípios são uma verdade jurídica universal.

Para a Corte Constitucional Italiana(28), em uma de suas sentenças, de 1956, deve-se considerar princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Crisafulli(29) leciona:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Paulo Bonavides cita o trabalho de pesquisa de Ricardo Guastini(30) sobre os diversos conceitos de princípios, o qual resultou em seis tipos distintos.

Primeiro - O vocábulo "princípio" se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.

Segundo - Os juristas usam vocábulo "princípio" para referir-se a normas (ou disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Terceiro - Os juristas empregam a palavra "princípio" para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter "programático".

Quarto - O uso que os juristas às vezes fazem do termo "princípio" é para referir-se a normas (ou dispositivos que exprimem normas) cuja disposição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Quinto - Os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (O Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações).

Sexto - Os juristas se valem da expressão "princípio" para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Jorge Miranda(31) enuncia as seguintes características dos princípios:

a) a sua maior aproximação da idéia de direito ou dos valores do ordenamento;

- b) a sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras;
- c) a sua irradiação ou projecção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) a sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis ao logo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) a sua abertura, sem pretensão de regulamentação exaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) a sua expansibilidade perante situações ou factos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca.

O professor Edilson Pereira de Farias(32) faz o seguinte comentário sobre a função dos princípios:

Os princípios são úteis em primeiro lugar para dirimir dúvidas interpretativas ao ajudar a esclarecer o sentido de determinada disposição de norma... contudo, a singularidade dos princípios no campo da interpretação é que eles servem de guia para a sua própria aplicação. Isso acontece porque os próprios princípios carecem de interpretação, e o agente jurídico terá que primeiramente interpretar os princípios retores de sua interpretação.

Os princípios cumprem ainda a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

2.4.1. Princípio da Constitucionalidade.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho(33):

O Estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva - valendo e vigorando - de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.

É o princípio informativo que oferta validade a todo ato emanado pelo Poder público, seja na esfera do judiciário, do executivo ou do legislativo. Ou seja, o ato desconforme com a Constituição Federal será valorado de forma negativa, sendo dado como nulo.

Jorge Miranda(34) afirma que "o princípio da constitucionalidade funciona como a ratio legis da garantia jurisdicional da Constituição".

A ratio legis seria o espírito da lei, o fim social à qual ela se destina.

Franco Pierandrei nos mostra que atualmente, num plano superior, o princípio da constitucionalidade vem por salvaguardar o princípio da legalidade, defendendo as posições jurídicas dos diversos sujeitos, reguladas, sobretudo, por normas de legislação ordinária.

Paulo Manuel Cunha da Costa Otero(35) ensina que "a atividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus atos da conformidade com a Lei Fundamental".

André Ramos Tavares(36) explicita que "pelo princípio da constitucionalidade exige-se que toda lei e ato normativo de um Estado seja praticado em consonância com a Constituição e, pois, que perante esta seja controlável".

Humberto Theodoro(37) leciona que "é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade", e citando Rui Medeiros(38), conclui:

Sob pena de inconstitucionalidade - e logo, de invalidade - cada ato há de ser praticado apenas por quem possui competência constitucional para isso, há de observar a forma e seguir o processo constitucionalmente prescritos e não pode contrariar, pelo seu conteúdo, nenhum princípio ou preceito constitucional.

O constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho(39) afirma sobre o princípio da constitucionalidade:

...o princípio da constitucionalidade postulará a força normativa da constituição contra a dissolução político-jurídica eventualmente resultante: (1) da pretensão de prevalência de fundamentos políticos, de superiores interesses da nação, da soberania da nação sobre a normatividade jurídico-constitucional; (2) da pretensão de, através do apelo ao direito ou à idéia de direito, querer desviar a constituição da sua função normativa e substituir-lhe uma superlegalidade ou legalidade de duplo grau, ancorada em valores ou princípios transcendentais.

Um outro apontamento importante é de que o princípio da constitucionalidade não se refere apenas a exigências de atos que não violem positivamente a Constituição, mas também se refere à omissão constitucional, por falta de cumprimento das imposições constitucionais ou das ordens de legislar, constituindo uma violação ao princípio supra.

2.4.2. Princípio da Moralidade.

A moralidade integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de normatividade. Em virtude disso decidiu o TJSP(40), com inegável acerto, que o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato, mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral e com o interesse coletivo.

Encontra-se uma excelente definição de tal princípio na Lei nº 9.784/99, na qual a moralidade tem por significado a "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé".

2.4.3. Princípio da Legalidade.

Preleciona Paulo Bonavides(41):

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Tal princípio encontra-se consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, na qual reza o dispositivo constitucional que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Explica o grande constitucionalista José Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar e tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei. (42)

Assim as decisões judiciais devem estar fundamentadas segundo as disposições legais que estejam conforme a Constituição Federal. Fora disso estará presente uma decisão passível de anulação.

2.4.4. Princípio da Segurança Jurídica.

É considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, um dos sub-princípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito.

A ele está relacionada à exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquela que na origem apresentam vícios de ilegalidade.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Partindo do que foi até agora estudado e comparando os diversos princípios referentes ao tema, resta o questionamento: qual o princípio que deve prevalecer?

Devemos citar Ronald Dworkin(43) que prescreve a inexistência de garantia constitucional absoluta, onde havendo o conflito de princípios ou garantias constitucionais deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para a resolução dessa antinomia em sede de Constituição Federal.

Desta feita, tem por escopo o princípio da proporcionalidade evitar resultados desproporcionais e injustos, baseando-se em princípios ou garantias fundamentais conflitantes, corrigindo excessos e intransigências na valoração dos mesmos.

Afirma Paulo Roberto de Oliveira Lima(44) que "na quebra de braço entre a coisa julgada, de um lado, e a legalidade e a isonomia, do outro lado, a primeira cede o passo à segunda".

Dar-se-á relativismo da coisa julgada com o próprio texto constitucional, quando reza em seu art. 5º, inciso XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Ou seja, o legislador, ao criar uma lei mediante o processo legiferante, não pode ofender o caso julgado, como garantia de que o Judiciário ao decidir, deve ter sua decisão respeitada, de modo a se traduzir a independência dos Poderes.

Vale salientar que a coisa julgada está calcada na segurança, estabilidade e certeza jurídica, quando há apenas violação de norma infraconstitucional. No entanto, não se pode dizer o mesmo com relação a uma norma constitucional violada. Neste caso os princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la de forma definitiva, porque a Constituição Federal é que restou violada, comprometendo assim a primazia de todo o sistema.

Segundo José Augusto Delgado "a coisa julgada é uma entidade definida e regradada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e as regras postas na Constituição."(45)

Continua o ministro do Superior Tribunal de Justiça concluindo que:

...a segurança jurídica da coisa julgada impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não se enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se

pretende objetiva, real e suficientemente subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando verdade.(46)

O princípio da segurança jurídica é dado como de valor infraconstitucional oriundo do regramento processual, não podendo assim subpujar os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça, que são pilares, dentre outros, que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Assim decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo:

O processo é ainda um modo imperfeito de realização do direito e, algumas vezes, situações se deparam em que princípios consagrados como institucionais dependem-se de sua consagração ante a realidade de se causar, pela observância formal, um mal maior à própria existência do direito. O adjetivo perde, então, a sua relevância, para que se salve à própria significação do substantivo.(47)

Acrescenta Fernando da Costa Tourinho Neto: "Todavia esse princípio não pode ser absoluto, cede quando ocorre erro material de decisão, quando ocorre um absurdo."(48)

É importante asseverar o posicionamento da professora Teresa Wambier(49), que assim se pronuncia:

Veja-se, portanto, que optar pelo cabimento de ação rescisória ou declaratória de inexistência, em todos estes casos, não é desprezar o valor da segurança! Quem fica com a possibilidade de impugnar tais decisões opta não só pelo valor justiça, mas pelos valores justiça e segurança, num sentido um pouco diverso do tradicional. Segurança, com os olhos voltados para o futuro, segurança no sentido de previsibilidade. E só parcialmente verdadeiro dizer-se que quem opta pela imutabilidade ou pela possibilidade de se impugnarem decisões em leis tidas (inciden ter tantum, reiteradamente) por inconstitucionais estaria optando pelo valor segurança. Que segurança é essa? Segurança da subsistência do que já há, do que já existe, do que já é conhecido, ainda que não se trate do melhor? Segurança com os olhos voltados só para o passado? A segurança pela qual optamos, que não é a segurança por si mesma, mas a segurança de se ter conseguido o melhor, portanto segurança com conteúdo.

Leornado de Farias Beraldo(50) enumera as necessidades da relativização da coisa julgada, rebatendo diretamente o entendimento acima exortado pela professora Wambier:

a) estamos numa época em que se busca justiça nas decisões, e não é justo eternizar uma decisão inconstitucional com o argumento de preservação dos efeitos decorrentes da auctoritas rei judicatae;

b) os atos dos poderes Executivo e Legislativo podem ser' vistos e declarados inconstitucionais a qualquer tempo, logo, as decisões judiciais também;

c) entende-se que uma sentença que vai contra a Constituição Federal e seus princípios não pode ser considerada uma sentença, assim, como a coisa julgada é uma qualidade da

sentença, e não há uma sentença propriamente dita, nem efeitos susceptíveis de ficarem imunizados, pode-se dizer que uma decisão inconstitucional não está acobertada sob o manto da coisa julgada, e

d) a absurda hipótese de admitir que a coisa julgada inconstitucional convesça no tempo, seria o mesmo que dar a ela maior importância que a própria lei. Contudo, existem renomados doutrinadores com opinião em sentido contrário, com fortes argumentos desfavoráveis à relativização da coisa julgada.

3.1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

Não podemos confundir inconstitucionalidade e ilegalidade, pois isso facilmente ocorre, visto que ambos os fenômenos são violações de normas jurídicas por possuindo a mesma natureza, mas divergindo sobre os preceitos ofendidos. O primeiro seria de âmbito constitucional e o segundo no âmbito infraconstitucional ou nestes fundamentos.

A distinção vem por configurar na norma que disciplina o ato emanado, acarretando de tal forma os requisitos de qualificação, validade e eficácia.

Assim, todo ato desconforme ou incompatível com os fundamentos elencados na Constituição Federal será dito como inconstitucional, enquanto o ato que seja desconforme com os requisitos legais configurará como ato ilegal.

3.2. NULIDADE OU INEXISTÊNCIA?

Nos debates sobre o tema há quem ofereça a defesa de que a inconstitucionalidade seria uma das causas da inexistência jurídica do ato ou sentença que contrarie a Constituição Federal.

Na verdade, isso é um assunto de certa complexidade, pois envolve o conceito dos institutos da inexistência e da nulidade, conceitos esses que poucos dominam e não aplicam com a devida precisão.

Clóvis Beviláqua, citado por Zeno Veloso(51), expõe:

Compreende-se que a transição entre o ato nulo e o inexistente é suave; desliza a mente de um para o outro, como que insensivelmente; não obstante, a distinção é real, porque o primeiro sofre de um vício essencial, que o desorganiza e desfaz: é um enfermo condenado à morte; o outro não tem existência jurídica; será, quando muito, a sombra de um ato, que se desvanece, desde que a consideremos de perto.

O professor Zeno Veloso, só que agora citando Caio Mário e Miguel Reale(52), continua:

Inexistência não é o mesmo que nulidade, ensina Caio Mário, 'porque no ato nulo estão presentes os pressupostos de fato, em virtude dos quais o ato chega a forma-se, porém frustra nos resultados, dada a contravenção a alguma disposição de ordem pública', enquanto que no ato inexistente falta um pressuposto material de sua constituição, não

passando de mera aparência de ato, insuscetível de quaisquer efeitos, plenamente afastável com a demonstração de sua não realização.

Miguel Reale tem o mesmo entendimento, lecionando que o ato inexistente, na realidade, carece de algum elemento constitutivo, permanecendo juridicamente embrionário, ainda in fieri, devendo ser declarada a sua não-significação jurídica se alguém o invocar como base de uma pretensão, enquanto que os atos nulos ou anuláveis, ao contrário, já reúnem todos os elementos constitutivos, mas de maneira aparente ou inidônea a produzir efeitos válidos, em virtude de vícios inerentes a um ou mais de seus elementos constitutivos.

Zeno Veloso ainda afirma:

Negócio inexistente, segundo a doutrina que abraçamos é aquele em que falta elemento material, um requisito orgânico para a sua própria constituição. Há um déficit de elemento fundamental para a formação do negócio. Não se trata de ele ter nascido com má formação; trata-se de ele não se ter formado. Portanto, nulidade e inexistência são categorias autônomas, independentes.

Na nulidade, há os requisitos essenciais de um negócio jurídico, mas eles apresentam um vício, um defeito que compromete a sua integridade material ou jurídica, impedindo a sua validade."

Na inexistência - apesar da aparência material - o que falta é um elemento vital, o próprio requisito essencial (objeto, forma, consentimento) para a configuração jurídica do negócio. Na inexistência, falta a subsunção do fato à norma (fatispecie); a regra jurídica não incide sobre aquele evento, que não recebe, portanto, significação jurídica ou qualificação como negócio jurídico. A falta do elemento estrutural, orgânica, leva à impossibilidade lógica de se conceber ou receber o negócio (ou aquilo que aparece como tal) como negócio jurídico.

Para um ato ser inexistente é necessário que falte ao mesmo um elemento material, um elemento intrínseco do ser, que venha por constituí-lo.

A contrariedade à lei vem a conduzir o ato para o campo da invalidação, seja a anulabilidade, seja a nulidade, mas nunca a inexistência, pois é um fato anterior ao jurídico, relacionado ao plano do ser.

Uma sentença proferida com os requisitos essenciais, assim ditados no art. 458 do Código de Processo Civil (são requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem), em processo regular, não pode ser tida como inexistente por estar contaminada com a inconstitucionalidade.

A sua validade se dá pelo fato de seu conteúdo, ou mandamental, ou declaratório, ou condenatório, está em desconformidade com os preceitos da Constituição Federal e do

ordenamento infraconstitucional e não por lhe faltar um elemento material constituidor do seu próprio ser.

Seria caso de inexistência se a sentença fosse proferida por uma pessoa que não é juiz ou caso falte à parte dispositiva da sentença, por exemplo.

Fredie Didier explica que Pontes de Miranda há tempos já exortava a necessidade de "distinguir as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora inexistentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo".(53)

3.3. EFICÁCIA EX NUNC OU EX TUNC?

Outro ponto de extrema relevância é o referente à dúvida em saber quais os efeitos que teria a decisão que declara uma sentença inconstitucional nula?

É de conhecimento que o efeito ex nunc encontra-se presente nas sentenças de natureza condenatória e constitutiva, e o efeito ex tunc nas sentenças declaratórias.

Na primeira, os efeitos da sentença só surgem com o transito em julgado da mesma; já no segundo, retroage até a data da citação, ou até o nascimento do ato.

De tal maneira, chega-se à conclusão de que a natureza da sentença que declara outra inconstitucional é declaratória, emanando efeitos que retroagem até a data da citação.

O doutrinador Humberto Theodoro(54) defende que o efeito que transparece da sentença supra é o efeito ex nunc, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, quando afirma:

No conflito, portanto, que exsurge do reconhecimento da coisa julgada inconstitucional e o efeito de sua nulidade, haverá de prevalecer à estabilidade das relações, finalidade que somente será atingível mediante atribuição de eficácia ex nunc às decisões que a declaram.

O professor continua, agora, citando Myrian Passos Santiago (55):

A atribuição de eficácia apenas ad futurum às decisões que versam sobre a inconstitucionalidade de determinado ato, inclusive a res iudicata, é uma técnica que se destina a 'atenuar notavelmente a contraposta doutrina de eficácia ex tunc, ou seja da retroatividade', permitindo 'graduar progressivamente a efetividade da constituição sem o preço de uma comoção social a cada novo escalão'. É a aludida há de ser igualmente aplicada 'principalmente naquelas hipóteses em que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos e sua nulidade pode ocasionar graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas'.

No intuito de argumentar e fundamentar o seu ponto de vista em relação ao efeito ex nunc que deve ter a decisão que declara a sentença inconstitucional nula, o doutrinador mineiro cita Eduardo Garcia de Enterría (56):

A Suprema Corte Americana, bem como os tribunais europeus, tem renunciado buscar uma explicação em uma construção abstrata, remetendo-se a uma estimativa ponderada, segundo as circunstâncias do caso e as conseqüências indesejáveis da retroatividade.

O citado autor Eduardo Garcia continua:

A título de exemplo, o entendimento da Suprema Corte Americana no sentido de não ordenar a devolução dos impostos inconstitucionais já pagos, por diversas razões, tais como:

- (a) o fato de o contribuinte ter auferido os benefícios dos gastos públicos financiados;
- (b) desorganização das finanças públicas;
- (c) definitividade das transações.

Enfim, a quebra da indispensável segurança das relações jurídicas.

No intuito de sanar tal controvérsia doutrinária, seria de alta plausibilidade se por analogia fizéssemos uso do art. 27 da Lei de nº 9.868/99, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade ou do art. 11 da Lei nº 9.882/99, que trata do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, os quais, *in verbis*, possuem o mesmo comando legal que rege:

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

Assim, por meio desse raciocínio lógico jurídico, a decisão que declarar a nulidade de uma sentença inconstitucional teria seu efeito *ex tunc*, ou seja, todos os atos e efeitos decorrentes dessa sentença se apagariam do mundo jurídico, retroagindo até a data da citação.

Todavia, numa excepcionalidade, visando o princípio da segurança jurídica e do interesse social, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, poderia decretar efeito *ex nunc*, ou seja, a partir daquela data, na qual o eglégio Tribunal prolatou o acórdão, cessariam os efeitos da sentença a partir daquela data, preservando até então os resultados, os atos e negócios jurídicos, provenientes daquela sentença inconstitucional, podendo assim restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro modo que venha a ser fixado.

O professor Leonardo de Faria Beraldo⁽⁵⁷⁾ é adepto desse posicionamento, discordando do eminente doutrinador Humberto Theodoro.

O professor mineiro afirmar que:

O manejo dos instrumentos processuais não pode desestabilizar a segurança das relações jurídicas definitivamente estruturadas, cujos efeitos se consumam antes do reconhecimento da inconstitucionalidade.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, transcritas abaixo, vêm por fortalecer tal posicionamento:

Recurso extraordinário nº 35.370.

Ementa:

Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive os atos do passado praticado com essa lei.

(2º T., RE 36.370/PR, rel. Min. Cunha Vasconcelos - convocado, DJU 07.08.1961, pág. 01557).

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5.

Ementa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade - Controle Normativo Abstrato - Natureza do Ato Inconstitucional - Declaração de Inconstitucionalidade - Eficácia Retroativa - O Supremo Tribunal Federal como Legislador Negativo - Prerrogativa Institucional do Poder Público - Ausência de Efeitos Residuais Concretos. Prejudicabilidade.

- O repúdio do 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.

Atos inconstitucionais são por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

- A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito.

- A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todos as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena

restauração das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria Carta Política - converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo. (58)

(PLENO, ADI 652/MA, rel. Min. Celso de Mello, DJU 02.04.1992, pág. 05615).

3.4. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35 DE 24 DE AGOSTO DE 2001.

Depois de esposadas essas idéias sobre o tema em diversos seminários, congressos e artigos, o poder executivo atendeu os reclames da doutrina, expedindo uma medida provisória de número 2.180 em 24 de agosto de 2001, na qual faz alteração no art. 741 do Código de Processo Civil, acrescentando um parágrafo único, assim redigido:

CAPITULO II

DOS EMBARGOS FUNDADOS EM SENTENÇA

Art. 741 - Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora;

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

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 tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (59)

Essa providência, que alterou o Código de Processo Civil, permitiu que, em sede de embargos à execução, se o título executivo estiver fundado em lei ou ato normativo dados por inconstitucionais, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo juiz da execução pelo controle difuso, ou ainda que sentença tenha aplicado ou interpretado a lei ou atos normativos tidos por incompatíveis com a Constituição Federal, ao magistrado competente é permitido recusar a execução do título pretendido, seja de ofício, seja a requerimento do embargante.

O processualista Araken de Assis tem opinião diversa. Afirma que a sentença (título executivo) não pode ter sua constitucionalidade determinada pelo juiz dos embargos. Para que tanto fosse possível seria necessária a existência de "pronunciamento definitivo, através de juízo difuso ou concentrado, do Supremo Tribunal Federal". (60)

Eduardo Talamini é da mesma opinião do doutrinador supra citado, na qual afirma ser "indispensável que a consideração de incompatibilidade funda-se em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal".(61)

Sem querer olvidar da interpretação dos doutos processualistas, o nosso ponto de vista converge com o de Humberto Theodoro Júnior(62) que explicita:

O que se deduz do texto do parágrafo único do art. 741 do CPC é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz, dos embargos, recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A inexigibilidade do crédito exequendo será automática decorrente do pronunciamento de inconstitucionalidade do STF.

E continua a argumentação do professor:

Não havendo, porém, esse dado vinculante, continuará o juiz dos embargos com o poder natural de reconhecer a inconstitucionalidade da sentença, se esta evidentemente tiver sido dada em contradição com a ordem constitucional.(63)

Tal posicionamento de que o juiz é credenciado a reconhecer a nulidade em embargos à execução de sentença que a frente a Constituição Federal, mesmo sem a declaração do Supremo Tribunal Federal sobre a questão em tela, possui uma lógica jurídica fenomenal.

Assim pensando, em caso concreto, que uma lei flagrantemente inconstitucional, que é revogada antes de ser decidido, pelo Supremo Tribunal Federal à ação de inconstitucionalidade, nunca receberia um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a lei inconstitucional revogada, dado que como entende a jurisprudência assentada, a revogação da lei prejudica a apreciação da arguição que afronta a Constituição Federal.

Haveria nesse caso a perda do objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade, isso em sede de controle concentrado.

Sendo, assim, absurdo presumir que a parte exequenda não poderia invocar em embargos à execução o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, por tão somente não haver (e por ser impossível) o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, "amarrando" o poder decisório do magistrado em declarar nula a sentença (título executivo), fundada em lei inconstitucional, obstando a sua obrigação, o seu dever em exercer o controle da constitucionalidade.

É de uma importância ímpar fazer a menção de que a norma ou ato inconstitucional não é nulo porque o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou, mas porque a invalidade se dá ipso iure do próprio ato perpetrado ao contraste na Carta Magna.

Doravante é exatamente essa invalidação congênita que vem por fundamentar e justificar o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil.

3.4.1. Reforma do Código de Processo Civil - Lei de N° 11.232 de 22 de Dezembro de 2005.

Como dito no início da explanação desse sub-capítulo houve uma medida provisória de número 2.180 em 24 de agosto de 2001, na qual faz alteração no art. 741 do Código de Processo Civil, acrescentando um parágrafo único.

Com a reforma do Código de Processo Civil em 2005, a lei n° 11.232, publicada em final de dezembro, confirmou o parágrafo único do art. 741, adicionada pela medida provisória supra citada, fazendo, tão somente, pequenos ajustes nesse parágrafo.

CAPÍTULO II

DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (Redação dada pela Lei n° 11.232, de 2005)

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei n° 11.232, de 2005)

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei n° 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V - excesso de execução; (Redação dada pela Lei n° 11.232, de 2005)

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; (Redação dada pela Lei n° 11.232, de 2005)

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

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. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Em função dessa reforma processual, no que tange especificamente ao alcance de atuação desse parágrafo único do art. 741, percebe-se, que hoje, destina-se tão somente aos casos de embargos de execução contra à fazenda pública.

Tal entendimento é uma conseqüência lógica da alteração do nome do Capítulo II, dos embargos fundados em sentença, referente ao Título III, "Dos embargos ao devedor", passando a ser denominado esse Capítulo II de "Dos embargos à execução contra a fazenda pública".

Essa alteração do nome desse Capítulo II foi em virtude de que essa mesma Lei 11.232 de 2005 fundiu o procedimento de execução com o procedimento de cognição, prevendo no art. 475, inciso L, as hipóteses de embargos ao cumprimento da sentença (título judicial). Sentença essa, não pronunciada contra a Fazenda Pública, tendo em vista a peculiaridade do procedimento de execução perante a mesma, a qual é regulada pelos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil (tais artigos referem-se à execução por quantia certa contra a fazenda pública).

Em função da nova sistematização do Código de Processo Civil o antigo Livro dois destinado ao processo de execução passa a regular os procedimentos de execução baseados em títulos extrajudiciais.

Outro ponto relevante a ser explicitado é que as sutis alterações dadas por essa nova lei processual visaram dirimir a controvérsias a pouco dissertada de que o juiz dos embargos poderia ou não dirimir a questão da constitucionalidade do título executivo judicial.

Essas pequenas alterações deixaram clara a intenção do legislador em vincular a inexigência do título judicial fundado em lei ou atos normativos inconstitucionais, assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como fundados em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo incompatíveis com a Constituição Federal, também assim entendido pelo STF.

De tal maneira torna-se inviável o controle difuso de constitucionalidade feita pelo juiz da execução em relação ao título extrajudicial, só podendo negar a execução desse título, quando fundado em ato ou lei inconstitucional, existindo a manifestação expressa do STF nesse sentido.

Com a permissa vênua, apesar dessa singela alteração no parágrafo único do art. 741, criado por uma medida provisória e ratificado, quase "ipsus literis", pela Lei 11.232 de 2005, que teve por intuito dirimir a controvérsia sobre a necessidade de declaração expressa do STF para poder considerar o título judicial, fundado em ato ou lei inconstitucional, a inexigibilidade do título ainda persiste.

3.4.2. Entendimento do Professor Nelson Nery sobre o § único do Art. 741 do CPC.

Nelson Nery Junior, em seu famoso Código de Processo Civil Comentado, afirma categoricamente pela inconstitucionalidade material desse parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, dado pela Lei 11.232 de 23 de dezembro de 2005.

De tal maneira fundamenta o douto professor(64):

Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do estado democrático de direito (CF 1º, caput), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º, XXXVI). Decisão posterior, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional Lei ou ato normativo tem eficácia retroativa ex tunc, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa Lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada (Canotilho, Dir.Const, p. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a auctoritas rei iudicatae, manifestação do estado democrático de direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso).....

O citado processualista argumenta que a admissão desse parágrafo único iria ferir de forma expressa dois princípios constitucionais, quais sejam o do Estado Democrático de Direito, no qual a coisa julgada é manifestação, previsto no art.1º, caput, da Constituição Federal e o da garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada, previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

Em seus comentários, Nelson Nery Junior, vem por defender a inconstitucionalidade formal, do citado parágrafo único, quando da sua instituição, pela medida provisória, em virtude da ausência dos requisitos da relevância e urgência, previstos no art. 62 da Constituição Federal.

Ele próprio questiona: "qual a relevância e em que consistiria a urgência de acrescentar-se esse parágrafo único ao CPC 741, que justificaria a edição de medida provisória sem que se aguardasse o processo legislativo normal?"(65)

Explica, ainda, o supracitado processualista, que abstraindo a inconstitucionalidade material, só poderia admitir a aplicação da norma contida nesse parágrafo em estudo no caso da decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, proclamando a inconstitucionalidade de Lei ou de ato normativo ao transito em julgado posterior do título executivo judicial.

Ou seja, deve haver uma manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal anterior à formação definitiva do título executivo judicial.

Por fim, Nelson Nery(66) enumera os requisitos da declaração de inconstitucionalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal, para aplicação no caso do parágrafo único. São eles:

I - o acórdão tem que transitar em julgado antes do trânsito em julgado da sentença que aparelha a execução;

II - o acórdão, transitado em julgado, ter sido proferido em sede de controle abstrato (decisão essa cuja eficácia é erga omnes);

III - se o acórdão, transitado em julgado, tiver sido dado em sede de controle de constitucionalidade concreto(67), ser enviado ao Senado Federal, vindo o mesmo a expedir resolução(68) anterior ao trânsito em julgado da sentença que aparelha a execução;

IV - a alegação de inexigibilidade do título, com base na inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, tem que ter sido deduzida por embargos do devedor no prazo de 30 dias(69), ou em ação rescisória no prazo de dois anos(70).

3.5. NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL.

Estamos a debater sobre o caso julgado, os seus limites, seus efeitos, as suas implicações quando venham a proteger uma sentença que contrarie preceitos constitucionais, os meios processuais, que a nossa legislação oferece, têm-se a impressão, a priori, de que o assunto está concentrado mais comumente na esfera processual civil e no direito constitucional.

Se nos dermos à oportunidade de melhor analisar a questão, veremos que o assunto em tela é matéria legislada e estudado há tempos pelo direito penal.

Começemos essa explicação com um exemplo.

Uma pessoa é presa por dois policiais em flagrante delito de furto (art. 155, caput, do Código Penal).

A notícia criminis se dá de forma direta e imediata, é lavrado o auto de prisão em flagrante e instaurado o inquérito policial. Estando o indiciado preso, o delegado terá 10 dias para concluir o inquérito e remeter ao cartório distribuidor. Ao receber o inquérito o promotor efetua a denúncia, sendo instaurado o processo criminal. Recebendo a denúncia o juiz concede o prazo de oito dias para ouvir o réu.

Após isso o advogado do indiciado terá o prazo de três dias para oferecer a defesa prévia, na qual são arroladas as testemunhas e é a oportunidade de argüir incompetência, exceções e de requisitar diligências, se necessárias.

Continuando o réu preso, terá o juiz o prazo de 20 dias para marcar a oitiva das testemunhas, na qual serão ouvidas no máximo oito testemunhas, seja da acusação, seja da defesa, respectivamente.

Em seguida são dadas vistas ao Ministério Público e ao advogado de defesa para que apresentem as alegações finais, no prazo de três dias, cada um, na qual serão concedidas vistas primeiramente ao "parquet".

Posteriormente, fica concluso ao juiz para que o mesmo sentencie, ou em audiência, ou no prazo de cinco dias.

Acaba de ser exposto o rito processual criminal de um procedimento comum.

Suponhamos que o juiz condenou o réu pelo crime de furto qualificado em oito anos de prisão.

Percebam bem, o João foi investigado pela polícia através do inquérito, foi devidamente processado, elencaram-se provas contra ele, as quais demonstravam a autoria e materialidade do crime. Foi condenado há 8 anos, a sentença transita em julgado, enquadrando-se como da res iudicata, tornando-se assim insuscetível de impugnação por recurso. Dois anos se passam, o João cumpre um quarto de sua pena, e nesta data o seu advogado consegue provas de que o seu cliente é inocente.

Então o que fazer?

Vale lembrar que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através de penas e medidas de segurança, no intuito de defender os bens juridicamente tutelados como a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio, os costumes, paz pública, entre outros, contra as condutas manifestamente lesivas à vida social que é o crime.

De tal modo, aquele que comete essas condutas lesivas à vida social será punido nos rigores da lei, mas vem a segunda pergunta: se houver erro judiciário?

O sistema judiciário é falho, havendo a possibilidade de se aplicar erroneamente uma sanção, seja uma pena, seja uma medida de segurança.

Isso em decorrência de uma lei mal elaborada, ou entendimento equivocado dado ao mesmo, por uma investigação policial ineficiente, por uma instrução processual fundadas em provas falsas ou adulteradas que vieram por fundamentar a sentença, por imperícia ou imprudência do juiz em não zelar pelo cargo que tem, ofertando uma prestação jurisdicional muito aquém do eficiente e justo.

De tal maneira isso vem por galgar um dos nossos bens mais preciosos que é a liberdade, elencado como pressuposto basilar de um Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal, no art. 5º, como direito fundamental.

Portanto, dando margem para que um inocente seja condenado, para que uma pena seja imputada com um rigor desproporcional ao delito cometido, possibilitando, assim, uma restrição da liberdade acima do necessário, vindo por ferir o princípio da legalidade, da verdade real e da dignidade humana.

Por tudo isso, há muito, já existia no domínio penal a revisão criminal.

A revisão é um instituto jurídico penal que tem sua natureza jurídica como uns dos pontos de grande discussão e divergência na doutrina.

Assevera o professor Paulo Rangel(71):

Do ponto de vista jurídico, podemos conceituar Revisão Criminal como sendo uma ação autônoma de impugnação da coisa julgada material, de índole constitucional, que visa a reparação de um erro (iudicando ou in procedendo) judiciário consagrado em uma decisão judicial.

O mesmo professor cita Pontes de Miranda(72):

O que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A 'ação rescisória' e a 'revisão criminal' não são recursos são contra sentença, portanto - remédios jurídicos processuais se instaura outra relação jurídica processual. A impugnativa, em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra o seu cabo, é por fora, como o ataque de outra unidade àquela de que faz parte o cabo. O soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que a ação rescisória ou revisão criminal é recurso ... A ação rescisória vai ... contra a eficácia formal da coisa julgada ... Não se reconstrói a casa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa.

Em sua obra, Guilherme de Souza Nucci cita Sérgio de Oliveira Médici(73):

Em nosso entendimento, a revisão constitui meio de impugnação do julgado que se aparta tanto dos recursos como das ações, pois a coisa julgada exclui a possibilidade de interposição de recurso, e, ao requerer a revista da sentença condenado não está propriamente agindo, mas reagindo contra o julgamento, com o argumento da configuração de erro judiciário. A ação penal anteriormente vista é então revista por meio da revisão que, entretanto, não implica inversão das partes (em sentido processual).

Contraponto-se, posiciona o próprio Nucci(74) em sentido diverso:

É uma ação penal de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorrer erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal indevidamente colocada como recurso no Código de Processo Penal. É ação sui generis, pois não possui pólo passivo, mas somente o autor, questionando um erro judiciário que o vitimou.

A síntese do debate sobre a natureza jurídica da revisão criminal feita pelo professor Julio Fabbrine Mirabete(75) é clarividente:

Uns a entendem como uma função sul generis, mais de ação rescisória do que recurso, e que foi instituída no Brasil pelo Decreto n 847, de 1-11-1884, e mantida pela Lei n° 221, de 20-11-1894, de acordo com a Constituição de 1891, para substituir o antigo recurso de revista. Outros a consideram como remédio jurídico processual e não recurso ou revista. Há os que o entendem como recurso excepcional, por só caber de sentenças transitadas em

Julgado pois pretendem que todo recurso é ação, ou recurso misto. A opinião mais aceita, realmente, é a de que a revisão deve ser considerada como ação penal.

Tal ação tem por escopo instaurar uma relação jurídico-processual contra a sentença transitada em julgada, não suscetível de impugnação por qualquer recurso, sendo uma ação de conhecimento de caráter constitutivo, como bem saliente Mirabete(76), que tem por fim reparar injustiças ou erros judiciários, vindo a proteger não só o status libertatis, como o status dignitatis do réu.

Ou seja, quando uma sentença criminal que transitou em julgado for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, quando se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos, quando se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena far-se-á uso do instituto da revisão criminal como disposto no art. 621 do Código de Processo Penal (77).

Pode ser interposta a revisão criminal em qualquer momento entre o trânsito em julgado da sentença e a extinção da pena, ou após a pena, como dispõe a súmula 393 do Supremo Tribunal Federal: "Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão."

Tem legitimação para adentrar com a ação de revisão criminal o próprio réu, o procurador habilitado, ou em caso de morte do réu, pode adentrar com a ação o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Ademais, em se tratando de matéria penal, há um outro meio de impugnar a sentença transitada em julgado que venha por limitar de forma abusiva o direito de liberdade, que seria por meio do writ constitucional do habeas corpus.

Este writ encontra-se previsto na Constituição Federal(78), no capítulo dos direitos fundamentais, no art. 5^a, incisos LXVIII, LXIX e LXXVII e sua aplicabilidade e procedimento regulado no Código de Processo Penal (79) nos arts. 647 a 667.

Tem por escopo tal instituto constitucional proteger as pessoas no seu direito de locomoção, de ir e de vir, quando sua liberdade estiver sendo ameaçada.

Como bem define Mirabete(80), o habeas corpus é uma garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir.

Pacheco(81), citado por Mirabete, conceitua como o remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Continua o penalista afirmando que com o respectivo writ se pode impugnar atos administrativos ou judiciários, inclusive a coisa julgada, e de particulares.

Nada impede o uso de habeas corpus em se tratando de sentença transitada em julgado quando na hipótese de existência de nulidade flagrante.

Como bem aponta o acórdão do Supremo Tribunal Federal subscrito abaixo, quando houver erro de direito na aplicação da pena, em prejuízo do réu, implicando falta parcial da justa causa para a condenação, é plausível o uso do writ:

Ementa: I. habeas-corpus: erro de direito na aplicação da pena.

O erro de direito na aplicação da pena, em prejuízo do réu, implica falta parcial de justa causa para a condenação, sendo o habeas-corpus a via adequada para corrigi-lo. (82)

Assim, conclui-se que, em se tratando de uma sentença eivada em seus pressupostos materiais, constituindo-se a coisa julgada inconstitucional, em âmbito penal, existem meios processuais próprios e condizentes com a situação jurídica em tela que é a ação de revisão criminal e o writ constitucional do habeas corpus, acima analisados.

3.5.1. Retroatividade da Lex Mitior na Fase do Cumprimento da Sentença.

Vale ressaltar que no estudo da aplicação da Lei penal no tempo, há previsão na Constituição Federal, em seu art.5º, inciso XL que a Lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

No código penal, no parágrafo único do art.2º tem a seguinte previsão:

A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Perceba que se uma lei penal posterior de alguma forma venha a beneficiar o indiciado, o réu ou o condenado, esta lei mais benéfica deve ser aplicada.

O parágrafo único do citado artigo do Código Penal deixa bem claro que a retroação de uma lei mais benéfica (lex mitior) pode ocorrer até mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, onde terá competência para aplicação dessa lei mais benéfica o juiz da execução penal.

Assim assevera o professor Fernando Capez(83):

...foi editada a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a competência é mesmo do juízo da execução, sendo a revisão criminal meio inadequado para pleitear-se a aplicação da lei nova mais benigna. Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, pois esta, no juízo penal, opera com a cláusula rebus sic stantibus (a decisão permanecerá imutável enquanto o contexto fático se mantiver inalterado). Havendo alteração posterior, caberá ao juiz da execução simplesmente adaptar a decisão à nova realidade.

O professor Mirabete se pronuncia da seguinte maneira(84):

A nova Constituição Federal, como as anteriores, parece restringir o princípio ao permitir a retroatividade da lei apenas quando "beneficiar o réu" (art. 5º, XL), excluindo assim o condenado. Entretanto, embora a palavra réu, em seu sentido estrito, designe a pessoa que está sendo acusada no processo penal condenatório, numa interpretação extensiva obrigatória quando se interpretam os dispositivos referentes aos direitos individuais na Constituição, deve ela abranger também aquele que está sendo submetido à execução da pena ou da medida de segurança. O processo de execução, segundo se tem entendido, nada mais é do que a última etapa do processo penal condenatório. Assim, também é "réu", em sentido amplo, aquele que é sujeito passivo na execução penal.

Ainda que assim não se entendesse, o art. 2, parágrafo único, do CP, é taxativo, assegurando a aplicação da lei posterior mais benigna aos fatos anteriores ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Não se infringe a regra constitucional que preserva a coisa julgada no art. 5, XXXVI, da CF, porque este dispositivo se refere apenas às garantias individuais e não aos direitos do Estado como titular do jus puniendi.

Isso vem corroborar a afirmação de que no direito penal até mesmo o importante e fundamental instituto da coisa julgada, em certos casos, tendo em vista princípios da proporcionalidade, isonomia e da justiça, admite a relativização da res iudicata, não há considerando como algo absoluto e intangível.

3.6. DEFENSORES E REFRACTÁRIOS A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA(85).

O ministro do Superior Tribunal de Justiça José Delgado foi o incursor da tese referente à relativização da coisa julgada, no momento em que uma sentença viesse a afrontar princípios como o da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, ou que fosse incompatível com a realidade dos fatos, a intangibilidade dada pela coisa julgada não deveria prevalecer.

Tal tese teve Humberto Theodoro e Cândido Rangel Dinamarco como grandes difusores e defensores.

Cândido Rangel Dinamarco, com uma visão extremamente aberta sobre o assunto, defende que a intangibilidade da sentença causada pela coisa julgada só pode ser considerada quando:

- a) consoante com as máximas da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa - quando não seja absurdamente lesiva ao Estado;
- b) cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores "justos" a título de indenização por expropriação imobiliária;
- c) não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

O professor Fredie Didier, Ovídio Batista da Silva e Guilherme Marinoni e Nelson Nery Junior acham temerário sacrificar o princípio da segurança jurídica, gerada pela res iudicata, se fundamentado na existência de injustiça.

Tais doutrinadores afirmam que o conceito de justiça é muito aberto e abstrato, podendo dar margem às mais variadas interpretações, comprometendo a própria função do poder judiciário, que não só deve garantir o acesso à justiça como o direito a uma decisão definitiva e imutável.

Admitir a relativização seria construir uma cláusula geral e revisão dos atos jurisdicionais.

O professor Fredie(86), assim fundamenta o seu ponto de vista:

Não se pode teorizar o absurdo casuístico e pontual. Explico: o movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações específicas marcadas pela desproporcionalidade. Situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais. Pergunto: vale a pena, por que o absurdo pode acontecer, criar, abstratamente, a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada? Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda. Admitimos a criação de regras gerais por indução (a partir do caso concreto), o que, aliás, está ratificado pela previsão constitucional da "súmula vinculante" (art. 103-A, CF/88) e pela força normativa que se vem emprestando aos precedentes judiciais. Mas a regra geral induzida parte de uma situação-tipo, padrão, comum, trivial, prosaica; não de uma situação excepcional. A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la. Não se discute, porém, a necessidade de repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas, de que serve de exemplo o exame genético para a identificação da filiação biológica. Esse "repensar", todavia, tem de ser feito com bastante cuidado - passe o truísmo -, e com base em critérios racionais e objetivos, de preferência previstos em texto legal expresso. De um modo geral, concordamos com o pensamento de Marinoni, Ovidio e Nelson Nery.: a) as hipóteses de ação rescisória devem ser revistas, tanto aquelas relacionadas a erros in procedendo como aquelas que objetivam corrigir injustiças (p. ex.: inciso IX do art. 485 do CPC); b) a querela nulitatis (ação imprescritível de nulidade da sentença) deve ser mais bem sistematizada, para que se admita a impugnação de decisões judiciais com gravíssimos vícios formais; c) não se pode permitir a revisão atípica dos julgados por critérios de justiça, o que levaria a um problema sem solução: quem garantiria a justiça da segunda decisão, que reviu a primeira? Sempre que uma idéia possa servir para diminuir os direitos do cidadão e dar ensejo ao cometimento de arbitrariedades, é preciso estar atento, para estudá-la profundamente.

3.7. OS MEIOS PROCESSUAIS PERTINENTES AO CASO JULGADO INCONSTITUCIONAL.

No estudo do direito positivo brasileiro constata-se que não há um meio processual para a resolução do caso julgado inconstitucional.

Na Constituição Federal, em seu art. 102, inciso I, alínea "a" (87), trata sobre a ação direta de inconstitucionalidade referente à lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo da competência do Supremo Tribunal Federal julgar tal ação constitucional.

O constituinte só se preocupou em relação ao controle constitucional dos atos emanados do poder executivo e legislativo, deixando uma lacuna em relação ao controle dos atos do Poder Judiciário.

Em uma primeira análise, de modo superficial, poder-se-ia chegar a uma conclusão de que não haveria meio de impugnar uma sentença que afronta a Constituição Federal e que tenha já transitado em julgado, sendo impossível a sua contestação por via recursal.

Na análise do Direito Processual Civil Brasileiro constata-se a existência da ação rescisória no art. 485 do Código de Processo Civil (88), que é o remédio processual utilizado para rescindir sentenças eivadas de vícios, até as referentes à coisa julgada que contém o vício menor da ilegalidade.

Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto (89):

Considerando, assim, o leque da classificação das ações, a partir das cargas de eficácia das sentenças, podemos definir a ação rescisória como ação constitutiva negativa ou, como quer parcela da doutrina, desconstitutiva. Efetivamente, a sentença constitutiva cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Na demanda rescisória, o que mais se quer é, justamente, rescindir, anular, romper a sentença como relação viciada nascida com a sentença anterior. Assim, pois, parece irrefutável que - efetivamente - a carga de eficácia preponderante na pretensão rescisória é constitutiva negativa, na medida em que se busca a extinção de relação jurídica preexistente.

Doravante, seria então a ação rescisória o instrumento processual para combater a sentença manifestamente inconstitucional, igualando os regimes jurídicos da coisa julgada inconstitucional como o da coisa julgada ilegal?

O Supremo Tribunal de Justiça tem decidido, pelos menos em casos referentes ao direito tributário, quando a sentença que transitou em julgado se fundou em lei que posteriormente foi declarada inconstitucional, ser totalmente plausível o uso da ação rescisória como meio processual de impugnação de tais sentenças, como se segue abaixo nas decisões do egrégio Tribunal:

Processo civil. Ação rescisória. Interpretação de texto constitucional. Cabimento. Súmula nº 343/ Supremo Tribunal Federal(90). Inaplicabilidade. Violação a literal disposição de lei (Código de Processo Civil, art. Art. 485, V). FNT. Sobretarifa. Lei nº 6.093/74. Inconstitucionalidade (RE nº 117.315/RS). Divergência jurisprudencial superada. Súmula nº 83/Supremo Tribunal de Justiça(91). Precedentes.

- O precedente desta corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a

conformidade, ou não, da lei contra a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei 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 inconstitucionalidade, 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 eg. 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 23.08.99) (Resp 36017/PE, 2 T., Rel. Min Francisco Peçanha Martins, DJU 11.12.2000, p.185).

Processo civil. Ação rescisória. Art. 485, V, Código de Processo Civil. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de preceito legal no qual se 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-la por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação procedente". (RESP nº. 870/PE, 3º Séc., Rel Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.03.2000, p.123).

Entretanto, pode-se questionar fundamentado no art. 495 do Código de Processo Civil, que não seria cabível a ação rescisória após dois anos do trânsito em julgado, como explicita o referido artigo.

Se der tal entendimento a esse ponto de vista estariam se equivalendo à coisa julgada ilegal e a coisa julgada inconstitucional, institutos esses já anteriormente diferenciados, permitindo "de forma indireta a desconstitucionalização dos valores da constituição", nas palavras de Paulo Otero(92), aviltando os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito que se procura incessantemente fazer valer.

A coisa julgada inconstitucional é nula de pleno direito e como todo ato nulo não se encontra a mercê da prescrição ou da decadência, não fazendo valer, de tal maneira, a regra imposta no art. 495 do Código de Processo Civil(93), em relação à ação rescisória que vem por desconstituir a sentença que se encontra sobre o manto da coisa julgada inconstitucional.

Obviamente, há de se concordar que a ação rescisória não é, formalmente, processualmente, o instituto jurídico de maior alcance como forma de solucionar o problema do caso julgado inconstitucional.

Ação rescisória, poderíamos dizer, é, neste caso, uma medida extraordinária, para suprir uma lacuna legal, evitando que uma discrepância, uma aberração jurídica que é a sentença inconstitucional, a ferir a nossa Lei Maior, que transitou em julgado, possa ser modificada, e prevaleça no ordenamento jurídico, fazendo valer situações que ferem os princípios

norteadores da Constituição Federal, esterilizando o Estado Democrático de Direito em suas raízes.

Se a inconstitucionalidade é uma nulidade, segundo o art. 168, §1^a do Novo Código Civil(94), pode a autoridade judiciária conhecer de ofício a nulidade, tornando-se indiferente o fato da ação rescisória não ser o instrumento formalmente adequado, não vindo isso a impossibilitar o conhecimento do vício da inconstitucionalidade.

Conseqüentemente, em relação à inconstitucionalidade da sentença, por ser nula, não se aplicam os institutos da decadência e da prescrição, os quais não respeitados em outras situações podem convalidar atos ilegais, de prejudicabilidade menor.

Tal mecanismo de controle, como já explicado em item anterior referente às mudanças trazidas pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001 e convalidada, em quase sua integralidade, pela Lei de Nº 11.232 de 2005, pode ser realizado nos embargos de execução.

De tal maneira se o título executivo estiver fundado em lei ou ato normativo dados por inconstitucionais, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo juiz de execução, o qual pelo controle difuso, assim o entenda, ou ainda que sentença tenha aplicado ou interpretado lei ou atos normativos tidos por incompatíveis com a Constituição Federal, ao magistrado competente é permitido recusar a execução do título pretendido, seja ex officio, seja a requerimento do embargante.

Como já comentado, temos por base legal o parágrafo único no art. 471 do Código de Processo Civil(95).

3.7.1. Da Querela Nullitatis.

A querela nullitatis é uma ação que tem por escopo anular uma sentença que se encontre maculada de alguma nulidade, podendo ser interposta a qualquer momento, sendo ineficaz contra a mesma os institutos da prescrição e decadência, mesmo após o trânsito em julgado da decisão final.

Nos dizeres de José Cretella Neto(96):

Expressão latina que significa nulidade do litígio. Indica a ação criada e utilizada na idade média, para impugnar a sentença, independentemente de recurso, apontada como a origem das ações autônomas de impugnação.

No direito romano tal ação era desconhecida, visto que para os romanos uma sentença nula era uma sentença inexistente. Julgava-se, assim, ser desnecessária uma ação autônoma destinada a declarar-lhe a nulidade, pois se tratava de inexistência e não de nulidade.

Em tais condições a sentença nula não necessitava de qualquer impugnação, devendo ser simplesmente ignorada pelo prejudicado.

Pietro Calamandrei, citado por Ovídio Batista(97), em sua obra sobre meios extraordinários de impugnação da sentença, confirma tal verdade:

El concepto de nulidad de la sentencia em el derecho romano era um concepto jurídico: esto és, la sentencia nula era jurídicamente inexistente.(98)

De tal razão o instituto da apelação (appellatio) e os remédios jurídicos destinados a sanar a nulidade seguiam caminhos bem definidos, não se confundindo.

Tal separação fica bem clara no direito medieval, no qual o recurso da apelação era destinado a ser aplicado contra sentenças validadas, como no direito romano, e já, a querela nullitatis contra sentenças nulas, para a posteriori ser unidas pela absorção do actio nullitatis pelo instituto recursal da apelação.

Pondera Calamandrei(99) que a inexistência jurídica da sentença se contrapunha à existência material de um provimento judicial com aspecto de uma sentença jurídicamente válida, criando-se assim a necessidade de se estabelecer um meio processual adequado para declarar a sentença materialmente existente inexistente no plano jurídico.

A partir daí deu-se a necessidade de diferenciar, de separar os eventuais vícios formais que pudessem comprometer o processo em razão do não cumprimento de alguma formalidade ou ofensa a algum princípio de natureza procedimental, os errores in procedendo, das possíveis injustiças acometidas pelo magistrado, não obstante a perfeita regularidade formal do procedimento. Eram os errores in iudicando.

Vale ressaltar que no direito romano, principalmente na época republicana, a possível injustiça da sentença não influenciava a validade da mesma.

No direito medieval, antes de consolidar a fusão vitoriosa no direito moderno dos motivos de nulidade da sentença absorvidos pelos recursos, foi concebida a possibilidade de se impetrar autonomamente o actio nullitatis impugnando a sentença nula. Assim atribuiu-se à querela nullitatis a função de reparar os vícios formais causadores da nulidade da decisão e reservou-se à apelação o controle dos errores in iudicando, ou seja, os referentes à injustiça da sentença, por autoridade superior.

Como já dito, a evolução de tais institutos fez com que no direito moderno a actio nullitatis fosse absorvida, pela apelação, fazendo com que os institutos da querela nullitatis e da apelação de aproximassem de uma forma tal tornando-se a função do recurso igualmente o exame dos vícios que pudessem tornar nula a sentença.

Então vem a indagação: será que o direito moderno alcançou plenamente seus objetivos ao excluir meios extraordinários para a impugnação da sentença nula, tornando passível que qualquer recurso passe a sanar de forma definitiva a sentença eivada de um vício que porventura ressinta?

La verdad es que ninguna legislación, ni siquiera las dominadas por el principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la

aceleración de l'término de las litis y en alcanzar con la mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica; y en obediencia a éstas, debe la ciencia admitir, aunque sea en la medida más restringida, que aun después de la preclusion de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad insanable.(100)

Nas palavras de Calamandrei o legislador não pode se furtar à lógica e à razão, a ponto de transformar válidas sentenças absolutamente nulas, por graves defeitos de forma.

O doutrinador supra(101), ao comentar o art. 161 do Código de Processo Civil Italiano(102), que dispõe sobre o princípio de conversão dos motivos de nulidade em motivos recursais, rezando que a sentença nula sujeita-se ao recurso de apelação para a sua anulação, tendo por exceção a sentença não assinada pelo juiz, declara que esse não é o único caso de exceção:

Ma in realtà non si tratta di un solo caso, anche se l'art. 161 non parla che di uno: giurisprudenza e doutrina sono d'accordo nel ritenere che possono presentarsi nella pratica una serie di casi, che la legge non menziona, e dei quali non è possibile fissare in anticipo una compiuta elencazione, nei quali la sentenza è inidônea materialmente, si direbbe quase fisicamente, a passare in giudicato (la sentenza non scritta, la sentenza senza dispositivo, la sentenza di contenuto incerto o impossibile, e così via), e di fronte allá qualle il decorso de l'termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l'effetto di sanare la nullità e di precludere l'essercizio della ordinária azione dichiarativa della nullità insanabile.(103)

Conclui-se então que a virtude sanatória dos recursos não poderia tornar uma sentença contendo dispositivo impossível ou incerto, por exemplo, isenta de uma possível nulidade.

Em tais circunstâncias, será necessário, de forma indispensável, uma ação ordinária declaratória da nulidade. O ordenamento jurídico que a excluir, nas palavras de Calamandrei, "cometerá um pecado mortal contra a razão e a lógica jurídica".

Vale ressaltar que essa ação declaratória ou desconstitutiva de nulidade não está sujeita a prazos preclusivos, pois caso em grau de apelação a nulidade não seja sanada, haveria possibilidade da ação de nulidade, a ajuizada a qualquer momento.

Conclui o eminente processualista italiano(104):

La querela di nullità in realtà non è stata abolita: essa, grande creazione del nostro diritto statutário, ha lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracce durevole e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in nome eterogenee e distinti, di ritrovare e di ricostruire la sua fisionomia.(105)

Entre os doutrinadores brasileiros é de extrema relevância para esse trabalho mencionar o entendimento do magistrado Adroaldo Fabrício (106):

...A sobrevivência, em nosso direito, da querela nullitatis, em sua formação primitiva, restrita aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo acerto, na moderna conceituação da relação jurídico-processual, adquire flagrante atualidade. Na evolução do direito luso-brasileiro, a querela nullitatis evoluiu até os contornos atuais da ação rescisória, que limitou a antiga prescrição trintenária para o lapso quinquenal de decadência. Todos os vícios processuais, inclusive os da sentença, uma vez transitada em julgado, passaram a ser relativos, e, desde que cobertos pela res iudicata, somente são apreciáveis em ação rescisória, específica à desconstituição do julgado. Um deles, porém, restou indene à transformação da querela nullitatis em ação rescisória: a falta de citação inicial, que permaneceu como nulidade ipso iure, com todo o vigor de sua conceituação absoluta de tornar insubsistente a própria sentença transitada em julgado.

...a sentença existe, mas é nula, podendo ser sua invalidade declarada mediante querela nullitatis, assim como pode ser rescindida segundo o art. 485, V, do Código de Processo Civil, ou ainda, neutralizada em sua execução pela via de embargos do executado.

Percebe-se que a querela nullitatis medieval existe no direito moderno, mesmo que de forma disfarçada, usando outros nomes e não atacando de forma direta o princípio da conversão dos motivos da nulidade em motivos recursais.

A querela nullitatis renasce como o ser mitológico da Fênix, fazendo manifestar seja pela ação rescisória, seja nos embargos de execução, seja por meio de mandado de segurança, como bem pronunciou o excelso Supremo Tribunal de Justiça(107):

Não tinha o impetrante sequer ação rescisória, posto que não se cuida de sentença de mérito, pelo que restou ao mesmo a via constitucional do mandado de segurança, na qual deduziu a sua querela nullitatis insanabilis, de forma adequada.

Como se percebe nas decisões dos egrégios tribunais brasileiros, as nossas cortes já têm reconhecido a existência da querela nullitatis, como bem expõe nos acórdão supra e nos quais se segue abaixo:

Perdura a querela nullitatis insanabilis, solucionável em via ordinária, quando constatada a inexistência de citação do fiador para a execução, de intimação da penhora sobre bem seu e da designação de datas para a arrematação (Relator Ministro Dias Trindade).(108)

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu na ação em ela for proferida.

Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil, que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no direito positivo brasileiro - a querela nullitatis, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese. (109)

Verifique-se o exposto neste Recurso Especial citado por Sálvio de Figueiredo Teixeira (110):

A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual, não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso. (111)

Assim, como apodera o pai do Direito Processual Brasileiro, Enrico Túlio Liebman:

...todas as nulidades devem ser argüidas com o recurso, ou então com a ação rescisória que, em muitos casos, nada mais é do que uma sobrevivência da querela nullitatis medieval.(112)

Faz-se importante citar o comentário do professor Didier(113):

Convém anotar o seguinte: a ação rescisória, no âmbito brasileiro, permite a rescisão da sentença por motivos relacionados à sua validade (art.485, II, IV. p. ex.) e à sua justiça (art. 485, VI e VII, p. ex.). Não é correto, assim, estabelecer uma relação fidelidade entre a ação rescisória e a invalidade da decisão judicial. A querela nullitatis, serve, porém, exclusivamente, à invalidação da sentença, nesses casos previstos; a sua sobrevivência, no direito brasileiro, restringe-se a tais casos. A ação rescisória absorveu as outras hipóteses da antiga querela nullitatis.

3.7.2. Sistematização dos Meios Processuais Pertinentes ao Caso Julgado Inconstitucional Feito Pelo Professor Fredie Didier Jr.

No Curso de Processo Civil do professor Didier, ele sistematiza de forma bem didática quais os instrumentos pertinentes a revisão da coisa julgada, sob a luz das últimas reformas do Código de Processo Civil.

São esses os instrumentos:(114)

- a) ação rescisória;
- b) a querela nullitatis (art. 741, I) ou exceptio nullitatis (art. 475-L, inciso I);
- c) impugnação com base na existência de erro material;
- d) impugnação da sentença inconstitucional (art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único).

Com a reforma do Código de Processo Civil através da já citada Lei 11.232 de 2005, permitiu o sincretismo do processo, não se falando mais em processo de execução e sim em impugnação do cumprimento da sentença, tendo em vista que a execução da mesma dá-se nos próprios autos do processo de conhecimento.

Em função dessa Lei vários artigos do livro 2 do Código de Processo Civil, referente ao processo de execução foram revogados, e outros tantos foram criados já na parte final do Livros 1, num verdadeiro processo de alfabetização do código de processo.

A partir do art. 475-I passa a tratar sobre o cumprimento da sentença.

No art. 475-L temos as hipóteses, antigamente abarcada, como hipóteses dos embargos de execução, que reza da seguinte maneira:

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

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

II - inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

III - penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

IV - ilegitimidade das partes; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

V - excesso de execução; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. (Incluído pela Lei nº 11.232, 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 2005)

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Didier aponta a causa da exceptio nullitatis na hipótese do inciso I desse artigo, que trata da nulidade do processo em virtude da falta de citação ou de citação defeituosa gerando a revelia, onde a sentença foi desfavorável ao réu. Nessa hipótese não persistiria o atributo da coisa julgada na sentença.

Nessa situação temos uma sentença eivada de um vício tão grave que não há prazo para o seu questionamento, não obedecendo nem mesmo o prazo de dois anos da ação rescisória, por isso sendo chamado de vício transrescisório.

O art. 741, inciso I, possui uma redação igual, constituindo fundamento para a ação de invalidação de sentença, analisada supra, denominada de querela nullitatis.(115)

Assim o art. 745-L, inciso I, permite a invalidação da sentença por meio de um questionamento incidental na fase de cumprimento da mesma, feita pelo executado.

Detalhe, importante ressaltar que a citação é um requisito de validade do processo(116), sendo uma condição de eficácia do mesmo perante o réu(117), pois para os que entendem ser a citação um pressuposto de existência(118), sejam na exceptio nullitatis ou na querela nullitatis, esses meios de impugnações teriam a natureza jurídica de ações declaratórias de inexistência e não de ações desconstitutivas de sentenças inválidas.

Por fim, vale a ressaltar o comentário do professor Fredie no que tange à impossibilidade do uso da ação anulatória prevista no art.486 do Código de Processo Civil(119), tendo em vista tratar de meio de anulação de ato processual que não depende de sentença, sendo uma forma de atingir o ato processual perpetrado pela parte.

Ou seja, de tal forma é impossível fazer uso dessa ação anulatória(120) para desconstituir sentença nula, pois a respectiva ação visa desconstituir um ato processual.

3.8. RELATIVAÇÃO DO CASO JULGADO NA VISÃO DE NELSON NERY JUNIOR.

Como já comentado no início da exposição desse trabalho, o tema da presente monografia é um tema que se transformou em moda, sendo atualmente debatido com uma certa veemência, expondo muitas dúvidas e controvérsias.

No intuito de enriquecer o material doutrinário sobre o assunto em tela é de extrema relevância citar e expor o ponto de vista do processualista Nelson Nery Junior, o qual tem um foque sobre o caso julgado inconstitucional diverso do defendido pela maioria dos estudiosos no assunto e do defendido neste singelo trabalho de conclusão de pós-graduação.

O professor começa a exposição do assunto afirmando que o poder judiciário, como os demais poderes, está sujeito ao controle de constitucionalidade por três meios, seja por meio de recurso ordinário, seja por meio de recurso extraordinário, seja por ações autônomas de impugnação.

No que tange à terceira possibilidade de controle de constitucionalidade se dar com o trânsito em julgado da sentença, podendo ser impugnado por ação rescisória ou por revisão criminal. No que tange à ação rescisória, após dois anos do trânsito em julgado, não cabe mais interpelar a dita ação, como prevê o art. 495 do Código de Processo Civil.

Então, após retratar as possibilidades esculpidas na lei de impugnação, seguido-as friamente, relata não ser mais permitido no século XXI prestigiar e dar aplicação a institutos medievais como a querela nullitatis insanabilis e da proscriptio immemorialis.

Afirma convictamente que após o trânsito em julgado, ultrapassando os dois anos da ação rescisória é impossível questionar a sentença, mesmo que esta esteja eivada com o vício da

inconstitucionalidade, pois o controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do poder judiciário deve se dar de acordo com o devido processo legal.

Explica o eminente processualista que à sentença que eventualmente padeça de inconstitucionalidade não se pode dar o mesmo tratamento que no caso de lei ou ato normativo inconstitucional, visto que estes são normas de caráter geral, editado de forma objetiva e de interesse geral. Entretanto, já a sentença é lei de caráter concreto, editado, de forma subjetiva e individual, fazendo-se valer apenas entre as partes.

A Lei *stricto sensu*, formalmente falando, para ser expedida converge com a vontade, seja do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, seja da Assembléia Legislativa, seja da Câmara Municipal e do chefe do poder executivo para sancioná-la ou exercer o seu poder de veto.

No caso da sentença, é analisada uma situação peculiar e particular das partes, após discussões, argumentações, o exame do material probante, de modo que se consubstancia em uma norma particular especialíssima, pois é a regra jurídica, para aquela questão em tela e para aquelas partes, naquela situação.

Assim o publicista afirma categoricamente que o controle da constitucionalidade do poder judiciário não pode ser ilimitado no tempo, pois comprometeria a segurança jurídica em função de assuntos de caráter tão somente particulares.

A possibilidade de relativizar a coisa julgada é vista de uma forma tão absurda que afronta o princípio do Estado Democrático de Direito, chegando a considerar "eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo". (121)

Em um dos seus sub-capítulos Nelson Nery relata que, na Alemanha nazista, Adolf Hitler assinou, em 15.07.1941, a Lei na qual o Ministério Público foi contemplado com poderes para dizer se a sentença era justa ou injusta segundo entendimento do Reich, ou seja, a injustiça da sentença era, pois, uma causa da rescindibilidade da sentença por via de ação rescisória.

Continua explicitando que interpretar a coisa julgada segundo o aspecto de justiça ou injustiça é instrumento de totalitarismo, seja de esquerda, seja de direita.

Chama-se a atenção para fato de que no regime totalitarista nazista, que não era fundado no Estado Democrático de Direito, os nazistas não se atreveram a desconsiderar a coisa julgada, criando apenas uma nova causa para sua rescindibilidade, respeitando o instituto da coisa julgada.

E conclui tal sub-capítulo:

No Brasil, que é República fundada no Estado Democrático de Direito o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele acha que deva fazê-lo; o interprete quer

ser pior que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz.(122)

A sentença justa é o ideal maior do processo, apesar de ser uma mera utopia. Quando se afronta o princípio da segurança jurídica e o da justiça, segundo Nelson Nery, o sistema constitucional brasileiro resolve o impasse, optando pela segurança jurídica (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, devendo esta ser sacrificada.

Isso se justifica por ser uma decisão política em virtude de o Estado brasileiro ser um Estado Democrático de Direito, pois, caso se optasse por outro sistema ditatorial, a justiça prevaleceria em razão da segurança jurídica.

E alerta que:

A má utilização do instituto pode servir de instrumento de totalitarismo e de abuso de poder pelos governantes do momento, em detrimento do Estado Democrático de Direito.

Cita autores processualistas consagrados como Carnelutti, Pollak, Jauerning, Boehmer e Bötticher, seguidores da mesma corrente contra a relativização da coisa julgada.

Explicita a existência de situações de abrandamento da coisa julgada, casos taxativamente expressos na lei, ou seja, *numerus clausus*, que podem mitigar o caso julgado, que seriam a ação rescisória (art. 485 do CPC), os embargos do devedor em execução por título judicial (art. 741 do CPC), a revisão criminal (art. 622 do CPP) e a coisa julgada segundo o resultado da lide (art. 18 da Lei da Ação Popular e art. 103 do Código de Defesa do Consumidor).

Conclui o eminente trabalho afirmando que se há casos existentes que merecem o abrandamento da coisa julgada, como seria o caso da investigação de paternidade *secundum eventum probationis*, somente por meio de proposta de *lege ferenda*, na qual se modificaria a lei, incluindo tal hipótese de exceção, pois sem expressa disposição de lei regulamentando o caso, não se pode desconsiderar a coisa julgada.

3.8.1. Comentários.

Princípio seria uma norma de alto grau de generalidade gerado pelo consenso comum de uma sociedade em uma determinada época, seja de forma explícita ou de forma implícita, consagrado em sua Carta Constitucional, constituindo assim o seu caráter obrigacional, infligindo a todos o dever de seguir e respeitar o seu conteúdo.

A justiça seria exatamente dar cumprimento às normas legais em função do prisma dos princípios constitucionais erigido pela sociedade.

De tal maneira, a injustiça seria exatamente o oposto, ou seja, a afronta aos princípios expressos na Constituição Federal.

Não obstante, declinamos contra o posicionamento do processualista Nelson Nery Junior, o qual sustenta a segurança jurídica em detrimento da justiça, entende ser esta o fim utópico do processo.

A coisa julgada é o corolário da segurança jurídica, mas não é plausível permitir que este instituto jurídico concebido com o princípio da intangibilidade, princípio este de caráter ordinário, seja utilizado para tornar constitucionais ficções jurídicas criadas por sentenças ou acórdãos que não correspondem à realidade fática, afrontando princípios como o da moralidade, da legalidade, afrontando a Carta Magna, permitindo a legalização da injustiça.

O douto doutrinador afirmou que a interpretação que seja a favor da relativização da coisa julgada é uma interpretação de governos totalitaristas, como bem foi o nazi-facismo, pois estaria se expurgando o princípio da segurança jurídica. Mas que segurança jurídica pode haver ao se permitir que a injustiça prevaleça por um excesso de formalismo, fazendo-se uso da tecnicidade jurídica para se legitimar?

Não estamos falando em abolir a coisa julgada, e sim de permitir que em certos casos excepcionais, no intuito de impedir que sentenças eivadas com a inconstitucionalidade, possam ser questionadas em ação própria, ignorando, nestas situações, o fator tempo que preclui a possibilidade de questionamento, evitando que a injustiça sobreviva por meio do processo.

A propósito como explicita José Afonso da Silva:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória. (123)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A coisa julgada é um instituto jurídico de suma importância. Deve ser entendido como um dos meios garantidores do princípio da segurança jurídica, tão valorizado após a revolução francesa.

Entretanto, a intangibilidade que é dada à coisa julgada pelo Código de Processo Civil, lei ordinária, sendo interpretada de forma quase absoluta, admitindo-se o questionamento através de meios restritíssimos, fazendo valer, assim, uma visão micro do princípio da segurança jurídica, sem relevar os demais princípios que existem no ordenamento jurídico vigente.

Quando se tenta preservar uma sentença manifestamente inconstitucional, impossibilitando sua correção por meio do instituto da coisa julgada, está se afirmando que há possibilidade de se transformar o errado no certo, o ilegal no legal, o branco no preto, o amoral em moral, o inconstitucional em constitucional, transformando assim o sistema constitucional, a

Constituição Federal em uma singela folha de papel, incapaz de ultrapassar os limites de um idealismo hipócrita, sobrepujando o princípio da constitucionalidade.

Não há de se falar em conflito de princípios, pois entre um princípio constitucional, que é o da constitucionalidade, e um princípio tutelado por uma lei ordinária, que é a da intangibilidade da coisa julgada, há de prevalecer o princípio constitucional como de hierarquia superior, norteador dos demais.

A contrariedade à lei vem a conduzir o ato para o campo da invalidação, seja a anulabilidade, seja a nulidade, mas nunca a inexistência, pois é um fato anterior ao jurídico, relacionado ao plano do ser.

Uma sentença que infringe a Constituição Federal, ou seus ditames, possui os pressupostos materiais, fazendo-se existir, mas é inválida, nula de pleno direito, tendo por efeito ex tunc e excepcional efeito ex nunc.

Pode ser interpelada a sentença inconstitucional sobre os efeitos da res iudicata por meio de ação rescisória, prevista no art. 485 do Código de Processo Civil. Ação essa derivada da "querela nulitatis". No caso de execução judicial por meio dos embargos de execução, fundada no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, inserido pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001 e convalidado, quase na sua totalidade, pela Lei de Nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005.

No aludido dispositivo inserido no Código de Processo Civil pela citada Medida Provisória e confirmada com a reforma processual de 2005 corresponde a uma inovação legislativa de enorme relevância político-institucional, que não deve ser frustrada em seus fins por meio de interpretações incompletas ou tímidas que não alcançam sequer o inteiro teor do enunciado da norma.

Se a inconstitucionalidade é uma nulidade, segundo o art. 168, §1º do Novo Código Civil, pode a autoridade judiciária conhecer de ofício a nulidade, tornando-se indiferente o fato da ação rescisória não ser o instrumento formalmente adequado, não vindo isso a impossibilitar o conhecimento do vício da inconstitucionalidade, pois este não se encontra sujeito aos institutos da prescrição ou da decadência, não podendo ser convalidado de forma alguma.

Em se tratando de uma sentença, viciada em seus pressupostos materiais, constituindo-se a coisa julgada inconstitucional, em âmbito penal, existe o meio processual próprio e condizente com a situação jurídica em tela, que é a ação de revisão criminal.

Para guardar simetria no âmbito civil, é fundamental que a norma seja criada nesse sentido.

Contudo, se o direito é um caminho da busca da justiça, não se pode, a título de preservar a validade de um ato judicial, postergar a consumação efetiva de um bem jurídico, que tem amparo nos fundamentos da Carta Magna do Brasil.

O princípio da segurança jurídica corroborado pelo instituto da coisa julgada não pode ser usado como pano de fundo para dar o caráter de intangibilidade absoluta da coisa julgada, pois em contraste com a idéia de justiça, esta deve prevalecer.

O caso julgado é o corolário da segurança jurídica, mas não é plausível permitir que este instituto jurídico concebido com o princípio da intangibilidade, princípio este de caráter ordinário, seja utilizado para tornar constitucionais ficções jurídicas criadas por sentenças ou acórdãos que não correspondem à realidade fática, afrontando princípios como o da moralidade, da legalidade, afrontando a Carta Magna, permitindo a legalização da injustiça.

Numa sociedade civilizada se realça a moralidade, a justiça e a equidade, não podendo ser essas sobrepujadas pelo caráter absolutista que tentam dar ao instituto da coisa julgada, que apesar de ser uma garantia fundamental impingida pela Constituição Federal, possui as devidas limitações de seu alcance.

Esse é um tema ainda muito novo na seara brasileira, que necessitará de mais debates e estudos pelos nossos juristas, mas é certo que, se quisermos evitar o surgimento de verdadeiras excrescências no mundo jurídico, a relativização do caso julgado será necessária, como uma manifestação do nosso corpo legislativo e do corpo judiciário de forma mais veemente.

REFERÊNCIAS.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14º edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2004.

_____. Ciência Política. 11º edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Limites Objetivos da Coisa Julgada. 2ª Edição, Rio de Janeiro, AIDE, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6º edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CARNELUTTI, F. Instituições do Processo Civil. Classic Book, São Paulo, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 12º Edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. I, 9º Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, 2º Edição, São Paulo Editora Bookseller, 2000.

DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. IN: Fórum Administrativo, Editora Fórum, ano 2, nº 15, maio de 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2007.

_____ ; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. V.3, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a Coisa Julgada material", In Revista da Agu, Centro de estudos Victor Nunes Leal, Brasília, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 6º Edic Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justiça Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leys inconstitucionais. In: Revista de Processo, 92/5-16.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª ed. Rio de janeiro: Renovar, 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel não citado, "Querela Nullitatis" e Ação Rescisória, In Revista de Processo, nº. 48.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Recursos no Processo Penal, 3º edição, São Paulo, RT.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. 1º edição, Belo Horizonte, Del-Rey, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada. 1ª edição, São Paulo, RT, 1997.

MACEDO, Alexander dos Santos, Da Querela Nullitatis: Sua Subsistência no Direito Brasileiro. 2º ed., Rio de janeiro, Lúmen Júris, 2000.

MARINHO FILHO, Luciano. A coisa julgada inconstitucional: efeitos e mecanismos processuais disponíveis para o saneamento do sistema jurídico brasileiro. IN: Informativo Jurídico Consulex, v.17, n.23, p.4-8, 9 jun. 2003.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de janeiro, Forense, V.3, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27º edição, São Paulo, Malheiros Editoras, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Anotado. 3º Edição, Atlas, São Paulo, 2003.

_____. Processo Penal. 14º Edição, Atlas, São Paulo, 2003.

_____. Manual de Direito Penal. 19º edição, Atlas, São Paulo, 2003.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2º edição, Lisboa, Coimbra Editora, tomo II, 1988.

NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8º edição, RT, 2004.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andadre. Código de Processo Civil Comentado. 7º edição, RT, 2003.

_____. Código de Processo Civil Comentado. 9º edição, RT, 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 1º Edição, São Paulo, RT, 2005.

OTERO, Paulo. Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993.

PACHECO, J. E. de Carvalho. Habeas Corpus. 5. ed. Curitiba, Juruá, 1983.

PORTO, Sérgio Gilberto. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, RT, Vol. 6, 2000.

_____. Coisa Julgada Civil. 3º Edição, RT, São Paulo, 2006,

QUEIJO, Maria Elisabeth. Da revisão Criminal: Condição da Ação. São Paulo, Malheiros.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10º Edição, Belo Horizonte, Rio de Janeiro 2005.

SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. In: Revista de Processo, 94/118.

SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, Editora Forense, Vol. IV, 1976.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª Edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A Baptista da. Sentença e Coisa Julgada. 2ª edição, Porto Alegre, Fabris, 1988.

_____. Curso de Processo Civil. 6ª edição, São Paulo, RT, 2002.

_____. Sobrevivência da Querela Nullitatis. IN: Revista Forense, v.333, p.115-122, nov./dez. 2003.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: Revista de Processo, RT, v.106, ano 27, p.38-83, abril-junho 2002.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2º edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil - Anotado. 7º Edição, Editora Saraiva, 2003, São Paulo.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 37º edição, Rio de Janeiro, Forense, Vol. 1, 2001.

VELOSO, Zeno. Invalidade do Negócio Jurídico. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa Julgada e Ação Anulatória, Curitiba, Juruá editora, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativação. 1º edição, São Paulo, RT, 2003.

ZAMPROGNO, Alexandre. Meios Processuais para Desconstituir a Coisa Julgada Inconstitucional. IN: Interesse Público, v.5, n.22, p.95-100, nov./dez. 2003.

Notas:

1 - OTERO, Paulo. Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional. Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 09.Voltar

2 - Idem, pág. 32.Voltar

3 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, p. 5.Voltar

4 - SILVA, DE Plácido e. Vocabulário Jurídico 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 178.Voltar

5 - ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. A lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. Ob. Cit., p.182.Voltar

6 - DA SILVA, Ovídio A Batista. Curso de processo Civil, RT, 6º edição, São Paulo, V. 1, 2002, p. 481.Voltar

7 - ASSIS, Araken de. In Revista Dialética de Direito Processual, Vol. 4, de julho de 2003, p. 10-11.Voltar

8 - Art. 269. Haverá resolução de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III - quando as partes transigirem;

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. Voltar

9 - BASTOS, Celso. Comentários a Constituição do Brasil. 2º edição, São Paulo, editora Saraiva, vol. 1, 2000, p. 256.Voltar

10 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, Atlas, 14º Edição, São Paulo, 2003, p. 471.Voltar

11 - MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1962. V.3, p. 79.Voltar

12 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2007, pág. 478Voltar

13 - Apud, SILVA, Ovídio A Baptista da. Curso de Processo Civil. 6ª edição, São Paulo, RT, 2002, 490-491.Voltar

14 - CARNELUTTI, F. Instituições do Processo Civil. São Paulo: Classic Book, 2000. pág. 184 e 406.Voltar

15 - CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, 2º Edição, São Paulo Editora Bookseller, 2000. pag.446-447.Voltar

16 - NEVES, Celso. Estrutura Fundamental do Processo Civil. 2º edição, São Paulo, Forense, 1997, p. 344.Voltar

17 - DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a Coisa Julgada material", In Revista da Agu, Centro de estudos Victor Nunes Leal, Brasília:2001.Voltar

18 - DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 6º Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, pág. 269-270.Voltar

19 - SANTOS, Moacyr Amaral. "Comentários ao Código de Processo Civil". IV Vol. Editora Forense, São Paulo, 1976, p. 459.Voltar

20 - Idem, p. 460.Voltar

21 - JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andadre. Código de Processo Civil Comentado. 7º edição, 2003, RT.Voltar

22 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2007, pág. 479.Voltar

23 - Idem, Ibidem.Voltar

24 - Idem, Ibidem.Voltar

25 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. "Coisa Julgada Inconstitucional". América Jurídica, 4º Edição, Rio de Janeiro, 2003, p. 69-70.Voltar

26 - Apud, BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". São Paulo, Editora Malheiros, 14º edição, 2004, p.256.Voltar

27 - Idem, Idem.Voltar

28 - Idem, Idem, p. 256-257.Voltar

29 - Idem, Idem, p. 257.Voltar

30 - Idem, Idem, p. 257-258.Voltar

31 - Apud, CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 12º Edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2006, pág. 434.Voltar

32 - Apud,Idem, pág. 435.Voltar

33 - CANOTILHO, J.J.GOMES. Direito Constitucional. Coimbra Livraria Almedina, 6º edição, 1993, p. 360.Voltar

34 - Apud, NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, pág. 76.Voltar

35 - Apud, Idem, ibidem.Voltar

36 - TAVARES, André Ramos. "Curso de Direito Constitucional". São Paulo, Editora Saraiva, 2º edição, 2003, p. 442.Voltar

37 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, p.75.Voltar

38 - Idem, ibidem.Voltar

39 - CANOTILHO, J.J.GOMES. Direito Constitucional. Coimbra Livraria Almedina, 6º edição, 1993, p. 362.Voltar

40 - Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 268.366-1 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Walter Moraes - publicado em 14 de abril de 19997.Voltar

41 - BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11º edição, São Paulo, Editora Malheiros, 2005, pág. 112.Voltar

42 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Editora Malheiros, 22ª Edição, 2003, p. 419.Voltar

43 - Apud, PORTO, Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 3º Edição, RT, São Paulo, 2006, pág. 126.Voltar

44 - In "Contribuição à Teoria da Coisa Julgada". RT. São Paulo, 1997, pág. 106.Voltar

45 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. "Coisa Julgada Inconstitucional", América Jurídica, 4º Edição, Rio de Janeiro, 2004, pág.. 45.Voltar

46 - Idem, p. 45.Voltar

47 - TASP, Acórdão. Juiz relator Batalha de Camargo. In Revista dos Tribunais, São Paulo: nº 377, p. 272.Voltar

48 - TRF - 1ª Região. Ag. Nº 2001.01.00.003239-9-DF, Rel. Juiz Eustáquio da Silveira. Dec. Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, em 29.01.2001.Voltar

49 - WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativação. 1º edição, São Paulo, RT, 2003, pág. 71.Voltar

50 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, pág. 144.Voltar

51 - VELOSO, Zeno. Invalidez do Negócio Jurídico. Belo Horizonte, Del rey, 2002, p. 102.Voltar

52 - Idem, p. 113.Voltar

53 - DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. V.3, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2006, 315.Voltar

54 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. "Coisa Julgada Inconstitucional", América Jurídica, 4º Edição, Rio de Janeiro, 2004, pág. 107.Voltar

55 - SANTIAGO, Myrian Passos. "Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária". In: Revista de processo, 94/118, citando Capeletti e Enterría.Voltar

56 - ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. "Justiça Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leys inconstitucionais". In: Revista de processo 92/5-16.Voltar

57 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. "Coisa Julgada Inconstitucional", América Jurídica, 4º Edição, Rio de Janeiro, 2004, pág. 150.Voltar

58 - Apud. DANTAS, Ivo. "Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência". IN: Fórum Administrativo, Editora Fórum, ano 2, nº 15, maio de 2002, p. 595.Voltar

59 - Grifo nosso.Voltar

60 - ARAKEN DE ASSIS. Manual do Processo de Execução. 7ª edição, São Paulo: RT, 2001 p.1.106.Voltar

61 - TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: Revista de Processo, RT, v.106, ano 27, abril-junho 2002, pág.57.Voltar

62 - NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. "Coisa Julgada Inconstitucional", América Jurídica, 4º Edição, Rio de Janeiro, 2004, pág. 99.Voltar

63 - Idem, Ibidem.Voltar

64 - NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andadre. Código de Processo Civil Comentado. 9º edição, RT, 2006, pág. 917.Voltar

65 - Idem, pág. 918.Voltar

66 - Idem, ibidem.Voltar

67 - Em caso de Recurso Extraordinário ou ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal diversa da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.Voltar

68 - A resolução do Senado tem por escopo suspender a execução da Lei ou ato normativo em todo território nacional.Voltar

69 - Art. 1, alínea "b", da Lei 9.494 de 1997.Voltar

70 - Art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.Voltar

71 - RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10º Edição, Belo Horizonte, Rio de Janeiro 2005, pág. 879.Voltar

72 - Idem, Ibidem.Voltar

73 - Apud, NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 1º Edição, São Paulo, RT, 2005, pág.851.Voltar

74 - NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 1º Edição, São Paulo, RT, 2005, pág.850-851.Voltar

75 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 14º Edição, Atlas, São Paulo, 2003, pág. 673.Voltar

76 - Idem, pág. 673-674.Voltar

77 - Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.Voltar

78 - Constituição Federal. Art. 5º:

....

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corporus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corporus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

...

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corporus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.Voltar

79 - Código de Processo Penal. Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.Voltar

80 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Pena Interpretado, Atlas, 14º Edição, São Paulo, 2003, p. 709.Voltar

81 - PACHECO, J. E. de Carvalho. Habeas Corpus. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1983. p.16.Voltar

82 - HC 75.105-5, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 1º turma.Voltar

83 - CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. I, 9º Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, pág.56.Voltar

84 - MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 19º edição, Atlas, São Paulo, 2003, pág. 63.Voltar

85 - O presente tema vem sido debatido com muito ardor a partir de 2005 até a data presente, tornando-se um tema da moda, um tema sofisticado.Voltar

86 - DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2007, pág. 509.Voltar

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Voltar

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

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

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

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

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

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

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

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

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

X - a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for manifestamente superior inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial.

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

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

89 - PORTO, Sérgio Gilberto. "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo, RT, Vol. 6, pág. 296-297.Voltar

90 - Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal:

"Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais."Voltar

91 - Súmula 83 do Supremo Tribunal de Justiça:

"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."Voltar

92 - Apud, NASCIMENTO, Carlos Valder do e outros. Coisa Julgada Inconstitucional. 4º Edição, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, pág. 95.Voltar

93 - Art. 495 do Código de Processo Civil:

"O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão."Voltar

94 - Art. 168 e 169 do Novo Código Civil:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.Voltar

95 - Parágrafo Único do art. 471:

"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 tidas por incompatíveis com a Constituição Federal."Voltar

96 - DA SILVA, Ovídio A Batista. Sobrevivência da Querela Nullitatis. In Revista Forense, Vol. 333, p. 115.Voltar

97 - Idem, ibidem.Voltar

98 - "O conceito de nulidade da sentença no direito romano era um conceito jurídico: isto é, a sentença nula era juridicamente inexistente".Voltar

99 - Apud. DA SILVA, Ovídio A Batista. Sobrevivência da Querela Nullitatis. In Revista Forense, Vol. 333, p. 115.Voltar

100 - CALAMANDREI, Pietro. Vicios de la Sentencia y Medios de Gravamen, nos estudios sobre el proceso civil. Trad. De 1961, Buenos Aires, p. 463.

"A verdade é que nenhuma legislação, nem mesmo aquelas dominadas pelo princípio germânico da validade formal da sentença, nem tampouco as modernamente inspiradas na aceleração do termino da lide e em alcançar com a maior rapidez a certeza sobre o veredicto, podem furta-se às leis da razão e da lógica: e em obediência a estas, deve a ciência admitir, embora seja na medida mais restrita, que ainda depois da preclusão dos meios de impugnação, subsistem sentenças afetadas pela nulidade insanável."Voltar

101 - Apud. DA SILVA, Ovídio A Batista. Sobrevivência da Querela Nullitatis. In Revista Forense, Vol. 333, p. 117.Voltar

102 - Codici de Procedura Civili Italine - art. 161:

"La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei imiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione.

Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice."Voltar

103 - "Mas na verdade não se trata de um só caso, mesmo se o art. 161 só fala de um: jurisprudência e doutrina concordam ao supor que podem apresentar-se na prática uma série de casos, que a lei não menciona, e dos quais não é possível fixar antecipadamente uma listagem completa, nos quais a sentença não é idônea materialmente, dir-se-ia quase fisicamente, a passar em julgamento (a sentença não escrita, a sentença sem dispositivo, a sentença de conteúdo incerto ou impossível, e assim por diante), e frente à qual o recorrer do termo para experimentar os meios de impugnação não pode ter o efeito de sanar a nulidade e de precluir o exercício da ação ordinária declarativa da nulidade insanável."Voltar

104 - Idem, p. 127-128.Voltar

105 - "A querela de nulidade na verdade não foi abolida: ela, grande criação do nosso direito estatutário, deixou no sistema uns meios de impugnação marcas duradouras e profundas, que permitem, reconhecendo e reaproximando os elementos deste instituto hoje dispersos em nomes heterogêneos e diversos, de reencontrar e de reconstruir a sua fisionomia".Voltar

106 - FABRÍCIO, Adroaldo. Revista Ajuris, vol. 42, p. 24 e 29.Voltar

107 - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, 4º T, Ministro Fernando Gonçalves, DJ 28.04.2003 pág. 202.Voltar

108 - Revista do Supremo Tribunal de Justiça, vol. 32, p. 449. Voltar

109 - Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 107, p. 778. Voltar

110 - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo Civil - Anotado. Editora Saraiva, 7º Edição, 2003, São Paulo.Voltar

111 - RESP 12586-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter.Voltar

112 - LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti di Diritto Comune nel Processo Civile Brasileiro, in problemi del Processo Civile, 1962, p. 511.Voltar

113 - DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. V.3, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2006, pág. 314-35.Voltar

114 - _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2, 1º edição, Salvador, Editora Podivm, 2007, pág. 504.Voltar

115 - Código de Processo Civil - Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)Voltar

116 - Quem assim entende são os professores Fredie Didier, Pontes de Miranda, Barbosa Moreira, Cândido Dinamarco, Adroaldo Furtado Fabrício e José Maria Tesheiner. Voltar

117 - Entendemos ser a citação um requisito de validade não um pressuposto de existência em virtude de que existem sentenças validas e eficazes sem a citação do réu, desde que a mesma sentença seja pronunciada em favor do revel, ficando de tal maneira ausente qualquer prejuízo.Voltar

118 - Esse ponto de vista é defendido pela professora Tereza Arruda Alvin Wanbier, José Miguel Garcia Medina, Nelson Nery Junior e demais professores da PUC/SP.Voltar

119 - Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.Voltar

120 - A ação anulatória é uma ação de conhecimento declaratória (onde se pleiteia a declaração da nulidade do ato então sub judice e a retomada ao statu quo ante na relação jurídica que resultou do ato anulado), a seguir o procedimento ordinário previsto no art. 274 do CPCB....

Ação de Anulação. Em direito civil e direito processual civil, diz-se em geral, da que tem por fim o desfazimento de um ato ou de um negócio jurídico viciado por erro, dolo, simulação ou fraude..... (VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa Julgada e Ação Anulatória, Curitiba, Juruá editora, 2004, pág. 82).Voltar

121 - NERY JUNIOR, Nelson, "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal". 8º edição, 2004, RT, p. 47.Voltar

122 - Idem, p. 48Voltar

123 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, Editora Malheiros, 22ª Edição, 2003, p. 376.Voltar

* Advogado. Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Penal da FACEX - Faculdade de Ciências, Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte.

Disponível em:<

<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=40117> >

Acesso em.: 12 set. 2007.