

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**D'ARTAGNAN CAMARGO MARTINS**

**OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA  
TRANSITADA EM JULGADO FUNDADA EM APLICAÇÃO DE NORMA  
CONTRÁRIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**FLORIANÓPOLIS  
JULHO 2009**

**D'ARTAGNAN CAMARGO MARTINS**

**OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA  
TRANSITADA EM JULGADO FUNDADA EM APLICAÇÃO DE NORMA  
CONTRÁRIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy**

**Co-orientador: Renato Pereira Gomes**

**Florianópolis**

**Julho 2009**

**D'ARTAGNAN CAMARGO MARTINS**

**OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA  
TRANSITADA EM JULGADO FUNDADA EM APLICAÇÃO DE NORMA  
CONTRÁRIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [        ].

Florianópolis, 10 de julho de 2009.

---

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy  
Professor Orientador

---

Renato Pereira Gomes  
Co-orientador

---

Prof. Msc. João dos Passos Martins Neto  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Marcus Vinícius Motter Borges  
Membro da Banca Examinadora

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Regina e Jacinto, pelo exemplo de perseverança, garra e sacrifício, que possibilitaram meus estudos, bem como pelo apoio incondicional, amor, respeito e estímulo.

Ao meu irmão, Dimitre, pela cumplicidade e companheirismo, a quem responsabilizo em grande parte pela pessoa que sou hoje.

Aos meus amigos, inseparáveis parceiros, Luiz, Igor, Nasser, Marina e Nadjara, por todo o entusiasmo e momentos de alegria e descontração.

Ao meu orientador, Professor Dr. Eduardo de Avelar Lamy, pela atenção, zelo, dedicação, inteligência e enorme solicitude, que contribuíram imensamente com a presente monografia.

Aos mestres, Renato Pereira Gomes e Murilo José Borgonovo, hoje muito mais amigos do que nobres colegas, exemplos de quem um dia eu quero ser, pela oportunidade de aprendizado, atenção e imensa contribuição para o resultado final deste trabalho, bem como pela confiança em mim depositada, que servem de estímulo para meu amadurecimento profissional.

A Elouise Bittencourt do Nascimento e João Manoel do Nascimento, pelas profícuas conversas, atenção, amizade e palavras de incentivo.

Aos professores João Leonel Machado e Ubirajara Dias Falcão, pela amizade e pelas lições entregues, que certamente serão carregadas pelo resto de minha vida.

Aos meus amigos de faculdade, pelos debates, brincadeiras e companheirismo ao longo desses últimos cinco anos, em especial ao Revis e ao Milton.

E a Deus, por tudo.

## RESUMO

A presente monografia estuda os instrumentos processuais de impugnação da “coisa julgada inconstitucional”, sendo assim considerada a sentença transitada em julgado fundada em aplicação de norma contrária à declaração proferida em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O estudo realizado trata da hipótese da não formação da coisa julgada material em decorrência da inexistência jurídica da sentença por falta de um pressuposto processual de existência, ante a ausência da condição da ação “possibilidade jurídica do pedido”, em função da inconstitucionalidade decorrente de declaração em ADIn, ADC ou ADPF projetada com efeito retroativos. Analisam-se os embargos do executado e a impugnação ao cumprimento de sentença, cabíveis ainda na fase executória; a ação rescisória, cabível enquanto não escoado o prazo decadencial de dois anos; e a ação declaratória de inexistência, meio mais adequado à impugnação da “coisa julgada inconstitucional”, tendo em vista sua natureza declaratória, imune ao prazo bienal de decadência. Não obstante ser a ação declaratória de inexistência o meio mais adequado, não devem ser os outros instrumentos totalmente excluídos, em função do princípio da fungibilidade, que permite utilizar diferentes meios para se chegar ao mesmo resultado: impugnar sentença incompatível com a Constituição Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>08</b>
<b>1 A COISA JULGADA</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1 Conceito</b> .....	<b>10</b>
<i>1.1.1 Aspectos teóricos</i> .....	<b>10</b>
<i>1.1.2 Conteúdo da sentença, eficácia e efeitos sentençiais</i> .....	<b>12</b>
<i>1.1.3 A autoridade da coisa julgada</i> .....	<b>15</b>
<b>1.2 Efeitos da coisa julgada</b> .....	<b>16</b>
<b>1.3 A segurança jurídica como finalidade da autoridade da coisa julgada e sua relatividade</b> .....	<b>17</b>
<i>1.3.1 A finalidade da coisa julgada</i> .....	<b>17</b>
<i>1.3.2 O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade</i> .....	<b>18</b>
<b>1.4. Sentenças que não formam coisa julgada material</b> .....	<b>22</b>
<i>1.4.1 A distinção entre sentença rescindível, nula e inexistente</i> .....	<b>23</b>
<i>1.4.2 Sentença que não forma coisa julgada material por ausência de condições da ação</i> .....	<b>26</b>
<i>1.4.3 Sentença que não forma coisa julgada material por ofensa à coisa julgada</i> .....	<b>28</b>
<i>1.4.4 Sentença que não forma coisa julgada material por ser extra petita, ultra petita ou infra petita</i> .....	<b>30</b>
<i>1.4.5 Sentença que não forma coisa julgada material por violação à Constituição Federal</i> .....	<b>32</b>
<b>2 A “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”</b> .....	<b>34</b>
<b>2.1 O controle de constitucionalidade</b> .....	<b>34</b>
<i>2.1.1 Controle difuso</i> .....	<b>36</b>
<i>2.1.2 Controle concentrado</i> .....	<b>38</b>
<b>2.2 O meios de controle de constitucionalidade concentrado em espécie</b> .....	<b>39</b>
<i>2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADI)</i> .....	<b>39</b>
<i>2.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)</i> .....	<b>42</b>
<i>2.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)</i> .....	<b>43</b>

<b>2.3 A declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade e o alcance de seus efeitos .....</b>	<b>46</b>
<i>2.3.1 A natureza jurídica da decisão em controle concentrado .....</i>	<b>46</b>
<i>2.3.2 A questão da retroatividade dos efeitos da decisão no controle concentrado .....</i>	<b>48</b>
<b>2.4 O conceito de “coisa julgada inconstitucional” em decorrência de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade de lei ou ato normativo .....</b>	<b>53</b>
<b>3 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO FUNDADA EM APLICAÇÃO DE NORMA CONTRÁRIA Á CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....</b>	<b>59</b>
<b>3.1 Impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução ....</b>	<b>60</b>
<b>3.2 Ação rescisória .....</b>	<b>64</b>
<i>3.2.1 Características gerais .....</i>	<b>64</b>
<i>3.2.2 O cabimento da ação rescisória em face da sentença transitada em julgado eivada de inconstitucionalidade.....</i>	<b>65</b>
<i>3.2.3 Propostas de lege ferenda .....</i>	<b>71</b>
<b>3.3 Ação declaratória .....</b>	<b>72</b>
<b>3.4 Fungibilidade entre os instrumentos de impugnação da coisa julgada inconstitucional .....</b>	<b>76</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>85</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata, conforme o próprio título anuncia, dos instrumentos processuais de impugnação da sentença fundada em aplicação de norma contrária à Constituição Federal.

Fundamentalmente, será abordado como a declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade pode afetar as sentenças transitadas em julgado que se utilizaram desta norma como base de seus fundamentos. Mais precisamente, pretende-se demonstrar de que forma o julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, intervém nas decisões judiciais transitadas em julgado que utilizaram como fundamento o mesmo objeto das referidas ações constitucionais, e mediante quais meios se poderia impugná-las.

É possível combater estas sentenças, mesmo que já cobertas pelo manto da coisa julgada? Afinal, estas decisões não seriam intangíveis ante a formação da coisa julgada material? Quais os parâmetros para se estabelecer a inconstitucionalidade destas sentenças? E, efetivamente, quais seriam os instrumentos processuais mais adequados a se utilizar?

Trata-se de tema de grande relevância, tendo em vista a repercussão que alcança o controle concentrado de constitucionalidade nas relações jurídicas, de maneira que possibilitaria, inclusive, a impugnação de sentença já transitada em julgado.

Partindo-se dos marcos teóricos estabelecidos pela teoria quinária das ações de Pontes de Miranda e da distinção entre os planos de existência jurídica e de validade realizada por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, pretende-se demonstrar de que forma não ocorre a formação da coisa julgada material nestes casos e como isto implica na possível impugnação.

A teoria da “coisa julgada inconstitucional”, responsável por ampla discussão doutrinária, será investigada a partir dos parâmetros estabelecidos pelos marcos teóricos e pelo objetivo principal do trabalho, a análise dos instrumentos processuais cabíveis em face de decisão transitada em julgado considerada inconstitucional em razão do controle concentrado de constitucionalidade.

Tem o presente trabalho como objetivo principal analisar os instrumentos processuais de impugnação da “coisa julgada inconstitucional”, de maneira que paralelamente

visa: a) delimitar o conceito de coisa julgada sob este prisma; b) demonstrar as hipóteses em que não ocorre sua formação; c) aprofundar o estudo sobre a dita “coisa julgada inconstitucional” e sua relação com o controle concentrado de constitucionalidade; d) analisar os instrumentos processuais cabíveis e verificar qual o mais adequado.

Como forma de ordenar esta pesquisa, será utilizado o método dedutivo-indutivo, servindo-se de revisão bibliográfica para atingir os objetivos propostos. Diante disso, o trabalho está sistematicamente dividido em três capítulos, com o intuito de desenvolver o tema.

O primeiro capítulo cuidará da conceituação da coisa julgada, suas espécies, sua finalidade e das hipóteses de incoerência de sua formação, sob o prisma do marco teórico estabelecido pela teoria dos planos distintos de existência jurídica e de validade.

O segundo capítulo, por sua vez, abordará a hipótese específica de não formação da coisa julgada em razão de sentença violadora da Constituição Federal, analisando-se o controle concentrado de constitucionalidade e de que forma a declaração do STF interfere nos casos já julgados, estabelecendo-se os parâmetros e o conceito da “coisa julgada inconstitucional”.

Já o terceiro capítulo trará uma análise sobre os instrumentos processuais de impugnação desta “coisa julgada inconstitucional”, a adequação de cada um deles e a verificação de qual meio mais adequado a ser utilizado, se os embargos a execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, se a ação rescisória, se a *querela nullitatis insanabilis*, ou se a ação declaratória de inexistência jurídica.

## CAPÍTULO 1 - A COISA JULGADA

### 1.1 Conceito

#### 1.1.1 Aspectos teóricos

A coisa julgada é um fenômeno processual paradigmático, objeto de debates acalorados, de polêmica, sendo um dos mais importantes institutos da ciência do processo civil, pois dela provém a estabilidade protetora concedida à resolução da lide.

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 480), se define coisa julgada “como a virtude própria de certas sentenças judiciais<sup>1</sup>, 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’”.

Tal estabilidade pode ser desfrutada quando exauridos os possíveis recursos que poderiam impugnar a sentença proferida num dado processo, não se podendo mais modificá-la na mesma relação processual. Esta é a definição de **coisa julgada formal**, que encerra o processo e eventuais novas discussões e modificações que as partes poderiam arguir em função do decisório, no mesmo processo.<sup>2</sup>

Com efeito, a esta estabilidade relativa, decorrente da imutabilidade intraprocessual, José Frederico Marques (1959 ou 2000, p. 683) denomina princípio da inalterabilidade do julgamento, que outros definem como a *preclusão máxima*, no sentido em que o respectivo processo é encerrado, juntamente com as possibilidades que as partes teriam de ainda discuti-lo, não cabendo mais modificação daquilo que fora decidido, pois foi entregue a prestação jurisdicional pelo Estado.

No entanto, a coisa julgada não se trata apenas da imutabilidade de uma decisão em que já não caiba mais recurso (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 3º), subordinando as partes a ela vinculadas, intrínseca apenas àquela relação processual, por uma mera questão formal. Diz respeito também à estabilidade conferida à sentença, em função de

---

<sup>1</sup> Quando utilizado o termo “sentença”, sempre o se faz num sentido lato, abrangendo também acórdãos.

<sup>2</sup> Esta definição resta positivada no ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942) em seu artigo 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

outras relações jurídicas, extrínsecas ao processo, impedindo que a lide seja reapreciada no futuro, vinculando as partes e os demais juízos à decisão já proferida. A esta imutabilidade extra ou paraprocessual da sentença se dá o nome de **coisa julgada material**.

O artigo 467 do Código de Processo Civil (CPC) define a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Infere-se de tal conceito que a coisa julgada material pressupõe a coisa julgada formal, pois apenas ocorrendo a indiscutibilidade intraprocessual, com o exaurimento da interposição de recursos, poderá se falar em imutabilidade da sentença no futuro. O provimento jurisdicional não tem como assumir uma imutabilidade extraprocessual sem que antes possua uma estabilidade formal enquanto ato jurídico.

Desta forma, de acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 595), a coisa julgada material se forma quando preenchidos os seguintes requisitos:

- a) que o processo exista, isto é, que estejam presentes os pressupostos de constituição do processo (jurisdição, petição inicial e citação – CPC 267 IV); b) que a sentença seja de mérito (CPC 269)<sup>3</sup>; c) que a sentença de mérito não mais seja impugnável por recurso ordinário ou extraordinário ou reexaminada por remessa necessária.

Portanto, não basta que a sentença seja de mérito para que se forme a coisa julgada material, mas também é necessário que o processo detenha os pressupostos processuais de existência e que tenha se formado previamente a coisa julgada formal.

Complementado a noção de que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, o CPC traz ainda em seu artigo 468: “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 482), esta força de lei é que realmente define o que seja a coisa julgada material.

No entanto, percebe-se que se tem aqui três conceitos distintos sobre o que seria coisa julgada: o da Lei de Introdução ao Código Civil (coisa julgada formal), o do artigo 467 do CPC (coisa julgada como eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença) e o conceito de Ovídio Baptista (coisa julgada como a “lei do caso concreto”).

De toda forma, antes de se definir qual seria o conceito mais adequado ao trabalho, convém entender alguns aspectos relativos à sentença, no que tange ao seu conteúdo, sua eficácia e seus efeitos.

---

<sup>3</sup> CPC, 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.

### 1.1.2 Conteúdo da sentença, eficácia e efeitos sentenciais

Segundo a concepção adotada pelo CPC, a coisa julgada material é entendida como uma eficácia da sentença, quando na realidade, de acordo com a doutrina de Enrico Tullio Liebman (1981, p. 40), seria uma *qualidade* inerente a todos os efeitos dela, e a eles se incorporando em determinado momento.

Esta distinção se faz necessária, para que se evite a confusão entre o que o Código de Processo Civil diz ser uma eficácia (qualidade) e os efeitos próprios da sentença, que se diferenciam, apesar de se entender normalmente que um ato é eficaz quando produz efeitos perante as partes ou terceiros. Assevera Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 482):

LIEBMAN efetivamente tem razão ao afirmar que a coisa julgada material não pode ser equiparada a um efeito da sentença, semelhante aos efeitos declaratório, constitutivo, executório, condenatório ou mandamental. Estes cinco são os únicos efeitos que a sentença pode produzir. A coisa julgada deve ser entendida como uma maneira, ou *uma qualidade*, pela qual o efeito se manifesta, qual seja a sua imutabilidade e indiscutibilidade, como afirma LIEBMAN, ou simplesmente sua indiscutibilidade, como julgamos preferível dizer.

Desta forma, a noção do que seria o *conteúdo* da sentença, seus *efeitos* e sua *eficácia*, precisa ser bem delineada, para que se possa entender esta distinção.

No entanto, antes de se adentrar na referida diferenciação, é salutar trazer à referência, de maneira sintética, da classificação quinária das ações, ensinada por Pontes de Miranda em seu Tratado das Ações (1998, p. 131):

*Classificação das ações segundo o quanto de eficácia.* As ações ou são *declarativas* (note-se que as relações jurídicas, de que são conteúdo direitos e pretensões, ou de que os direitos ou pretensões derivam, antes de tudo *existem*); ou são *constitutivas*, (positivas ou negativas; isto é, geradoras ou modificativas, ou extintivas); ou são *condenatórias*; ou são *mandamentais*; ou são *executivas*.

O conteúdo da sentença, seus efeitos e sua eficácia, em muito decorrem da espécie de ação proposta, de maneira que a decisão está intimamente ligada aos pedidos formulados pelas partes (declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos).

O juiz, ao proferir a sentença, individualizando a lei e aplicando-a ao caso concreto, determina a “lei do caso concreto” (concreção da norma), que faria, grosso modo, a coisa julgada.

Esta declaração pronunciada pelo juiz, que julga o mérito, corresponderia ao conteúdo da sentença, que por sua vez teria seus efeitos produzidos externamente e posteriormente ao julgado.

Esta simplificação conceitual, no entanto, poderá ser fatal quando se pretenda determinar o *conteúdo* e os *efeitos* de uma sentença: em primeiro lugar, porque a sentença é um ato jurídico de extrema complexidade, onde poderiam coexistir, sem qualquer ofensa aos princípios da lógica, o conteúdo do ato jurisdicional e alguns de seus efeitos; em segundo lugar, porque a *sentença, não obstante ser um ato jurídico, em sentido lato, é também, e essencialmente, o último elo* de uma cadeia de atos que a antecedem, e cuja causa está na demanda formulada pelo autor. Valendo-nos da comparação entre os fenômenos jurídicos e os fatos naturais, poderíamos ilustrar a situação da sentença de procedência, que produz efeitos além da declaração, relativamente à ação para a qual ela seja dada, como a relação que se estabeleceria entre o iluminar-se de uma lâmpada elétrica e o prévio acionar do interruptor da corrente, que impedia tal efeito de manifestar-se.

A lâmpada elétrica ilumina ou ilumina-se? Certamente a luz *produzida pela lâmpada não é a lâmpada*, à medida que o efeito, que é a luminosidade por ela produzida, só é possível se houver antes dele precisamente a lâmpada; e, não obstante, é possível afirmar que a luz não está fora da lâmpada, ainda que seja seu efeito principal. (SILVA, 2003, p. 485, grifo do autor)

Eis o que preleciona Pontes de Miranda (1998, p. 210) acerca destas espécies de sentença:

A sentença declarativa é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem querer “exigir”. No fundo, protege-se o direito ou a pretensão somente, o interesse em que alguma relação jurídica não exista, ou em que seja verdadeiro, ou seja falso, algum documento.

[...] “Declarar-se” a nulidade do casamento ou do contrato, mas este “declarar” que está aí no sentido de direito material, que é o dizer que já se constituíra, antes, alguma relação jurídica, em oposição a só se constituir, agora. “Declarar”, no sentido do direito processual, é menos e mais do que isso: é não condenar, não constituir, não executar, não mandar, mas apenas, enunciar, autoritativamente, que existe, ou que não existe.

[...] Quem constitui faz mais do que declarar. Quem somente declara não constitui. Quem somente declara, necessariamente se abstém de constituir. “Declaração constitutiva” não seria classe de declaração, mas soma de declaração e constituição.

Prossegue o mesmo autor:

A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico.

[...] São separáveis, nas sentenças constitutivas, a força constitutiva e o efeito de coisa julgada material. No fato de existirem tal força e tal efeito está a razão das dúvidas e das discussões em torno de certas sentenças quanto a serem constitutivas ou declarativas: às vezes, há maior eficácia constitutiva, e são elas constitutivas, com efeito declarativo; outras vezes, é maior a eficácia declarativa, e são declarativas, com efeitos constitutivos. Dir-se-á que melhor fora que se buscasse classificação sem esse hibridismo, sem esses campos cinzentos entre o branco e o negro; verdade é, porém, que tal atitude idealista esbarra diante da natureza composta das realidades. O mundo não é como queríamos.

[...] Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbos) – o ato, por isso, é dito *mediato*. Não é *mediato*, como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é *incluso*, como o ato do juiz na sentença constitutiva.

Na sentença mandamental, o juiz não constitui: “manda” (op. cit. 210).

Indubitavelmente, o conteúdo de uma sentença declaratória difere do conteúdo de uma sentença condenatória, de uma constitutiva, de uma executiva, ou de uma mandamental. No entanto, se não são os efeitos que diferenciam umas das outras, pois são extrínsecos ao conteúdo, o que as torna diferentes então? Suas eficácias.

Porém, o sentido de eficácia sentencial é diferente do sentido de eficácia de um ato jurídico, enquanto aquele que produz efeitos válidos perante um sujeito. O conceito de eficácia da sentença vai além do sentido de mera validade ou aptidão para ser eficaz perante um sujeito, produzindo efeitos, mas conduz a uma qualidade de “ser eficaz” (SILVA, 2003, p. 286), porque não se diz simplesmente que tal sentença tem eficácia, e sim que tem esta ou aquela eficácia, que ela é declaratória, constitutiva, etc.

Ao atribuímos a uma sentença uma eficácia condenatória, por exemplo, dizemos que ela é condenatória, pois tem uma qualidade condenatória, faz parte do seu ser, sua entidade, o que não se confunde com os efeitos que ela é capaz de produzir (não apenas o condenatório, mas o declaratório, o constitutivo, etc.).

O conteúdo da sentença contém determinada eficácia predominante, no entanto com cargas menores de outras eficácias que efetivamente geram certos efeitos como consequência. Tome-se como exemplo uma ação de indenização, eminentemente condenatória. Ao *condenar* o réu a pagar um valor a título de indenização, o juiz precisou antes disto *declarar* a responsabilidade do réu pelo ato ilícito, da mesma forma que poderia, numa ação que discute cláusulas contratuais, *decretar* determinada cláusula nula, desconstituindo-a. Desta forma, apesar de ter em seu núcleo a eficácia condenatória (qualidade inerente à indenização), esta sentença demonstrada no exemplo produz efeitos além dos condenatórios, como os declaratórios e constitutivos.

Percebe-se então que entre os conteúdos das sentenças há um verbo neles contido, que representa as diferentes eficácias sentenciais. “Condenar” para as condenatórias; “decretar”, “homologar”, “rescindir”, ou qualquer outro similar para as constitutivas; “ordenar” para as mandamentais; e assim por diante.

Todavia, por mais que uma sentença possua determinada eficácia, demonstrada pelo verbo nela contido, não quer dizer que os efeitos dela decorrentes serão exatamente da mesma natureza, ou que efetivamente serão produzidos ou até mesmo que serão produzidos somente após a formação da coisa julgada.

Conforme aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 20, sem os destaques),

pode-se dizer ser hoje comum as próprias sentenças produzirem efeitos (executórios, por exemplo) **antes da coisa julgada**. Este fenômeno, no direito brasileiro, ocorre, como regra, quando estão pendentes de julgamento recurso especial e extraordinário e, excepcionalmente, quando está pendente de julgamento recurso de apelação. Há, também, decisões interlocutórias capazes de produzirem efeitos no mundo dos fatos, que excepcionalmente podem até chegar a ser definitivos e irreversíveis, como, as liminares que condenam a pagar alimentos provisórios.

Logo, ao diferir a eficácia da sentença dos efeitos por ela produzidos, se percebe melhor onde se situa a coisa julgada. O conteúdo da sentença *contém* determinadas eficácias, e é este conteúdo que detém uma qualidade de imutável, que seria a coisa julgada, e não apenas seus efeitos. Por tal razão, Liebman (1981, p. 46) tanto insistiu em dizer ser a coisa julgada uma *qualidade* da sentença e não simplesmente uma eficácia, sendo àquela sua verdadeira natureza.

### *1.1.3 A autoridade da coisa julgada*

Liebman (1981, p. 46, 54) define a autoridade da coisa julgada da seguinte forma:

a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado. [...] Nisto consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando: é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

No entanto, como assevera José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 139), o final desta afirmação é no mínimo, mal formulado, pois entende o mencionado autor que os efeitos da sentença são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes. Por exemplo, os cônjuges judicialmente separados, em processo litigioso, ou os confinantes dos terrenos, cuja linha demarcatória haja sido fixada em ação de demarcação, poderão dispor diferentemente daquilo que as respectivas sentenças hajam decidido: os cônjuges restabelecendo a sociedade conjugal desfeita pela sentença; os confinantes alterando a linha divisória entre os prédios judicialmente demarcados.

Sendo assim, não obstante o provimento jurisdicional declare determinado direito, e vincule as partes e os demais juízos em razão da autoridade da coisa julgada no que diz respeito a sua discutibilidade, os efeitos da sentença podem ser modificados (nos exemplos acima, os efeitos constitutivos das sentenças).

Logo, tem-se que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se ajunta, não como afirma Liebman, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-o imutável, mas sim, como assevera Ovídio A. Baptista da Silva (2003, p. 492, 494),

apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível nos futuros julgamentos. [...] o que transita em julgado é apenas a declaração que o magistrado faz na sentença de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na “lei do caso concreto”. Na ação de separação judicial, não é a modificação (corte do casamento) nem a criação do estado de separados que se tornarão *imutáveis*, mas a declaração de que o autor ou a autora da ação tinham direito de obter a separação, porque uma norma legal lhes reconhecia este direito.

Portanto, a coisa julgada, no sentido que se deseja imprimir a este trabalho, será a qualidade que torna imutável e indiscutível o conteúdo da sentença e seu efeito declaratório, não estando mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, formando a lei do caso concreto.

## 1.2 Efeitos da coisa julgada

Cumpra apenas ressaltar, antes de demonstrar quais seriam os efeitos próprios da coisa julgada, que estes não se confundem com os efeitos da sentença (declaratório, constitutivo, condenatório, executivo e mandamental), previamente mencionados.

A chamada “lei do caso concreto” gera efeitos em dois sentidos: um efeito negativo e outro positivo. Ao guindar a decisão à imutabilidade, a coisa julgada impede que a mesma lide seja julgada novamente por outro juízo. Este efeito impeditivo de reapreciação (*ne bis in idem*) é o **efeito negativo**. Sob outro prisma, na medida em que impede um novo julgamento sobre a mesma lide, a coisa julgada vincula o juízo e as partes do segundo processo à primeira declaração, devendo estes a ela se conformar. Este efeito vinculativo à declaração já proferida é o **efeito positivo**.

Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 592) ao lecionar sobre o tema, menciona o seguinte:

Admite-se, dessa maneira, uma *função negativa* e uma *função positiva* para a coisa julgada. Pela função negativa exaure ela a *ação exercida*, excluindo a possibilidade de sua *reproposição*. Pela função positiva, impõe às partes obediência ao julgado como *norma indiscutível* de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e obriga a autoridade judiciária a ajustar-se a ela, nos pronunciamentos que a pressuponham e que a ela se devem coordenar.

Em vista disso, o efeito negativo da coisa julgada, ao impedir que a mesma demanda seja julgada novamente, opera como meio de defesa, por meio da chamada *exceptio rei iudicata*. Enquanto o efeito positivo, ao tornar imperativo o conteúdo da sentença transitada em julgado a um segundo julgamento, pode servir como fundamento de outra

demanda (por exemplo, uma sentença declaratória que serve de fundamento a outra ação, só que condenatória). Vale dizer que ambos reforçam sua autoridade.

### **1.3 A segurança jurídica como finalidade da autoridade da coisa julgada e sua relatividade**

#### *1.3.1 A finalidade da coisa julgada*

Esta qualidade imutável que cerca a decisão do magistrado se faz necessária para colocar um fim à controvérsia, evitando-se desta forma a perpetuação de litígios, garantindo-se uma **segurança jurídica**.

Tal segurança foi guindada a princípio, sendo considerado um elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, possuindo dois vieses, conforme ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 259-260): o da *estabilidade* das decisões dos poderes públicos, que não podem ser alteradas senão quando concorrerem fundamentos relevantes, por meio de procedimentos legalmente exigidos (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 22); e, o da *previsibilidade*, que se “reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos”.

Há, inclusive, previsão constitucional vedando o alcance de lei superveniente à coisa julgada, impedindo-a de retroagir, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI).

A força de “lei do caso concreto” em virtude da sentença passada em julgado, e como consequência, a autoridade que daí sucede, é conferida pela própria lei, que objetiva a paz social, tão necessária à ordem jurídica e ao Estado. Esta segurança, pautada pela estabilidade e pela previsibilidade, é a finalidade da coisa julgada.

### 1.3.2 O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade

A necessidade de segurança e certeza do direito, como dito anteriormente, é a finalidade da coisa julgada, visto que a incerteza jurídica causada pelo litígio prejudica não apenas as partes envolvidas no conflito, mas a sociedade como um todo, afetada pelo risco de não perdurarem no convívio social as normas estatuídas pelo ordenamento jurídico como garantia de segurança e paz social.

A função jurisdicional desempenhada pelo Estado, enquanto parcela de sua própria soberania, tem necessariamente que obter estabilidade e definitividade, para que seu provimento jurisdicional seja eficaz e de acordo com sua finalidade. Caso contrário, o litígio perduraria indefinidamente, visto que, mal encerrado o processo, as partes continuariam litigando, ocupando a jurisdição da mesma divergência sucessivas vezes, sem que houvesse a pacificação, nunca realmente se compondo o litígio.

Sob este aspecto é que se compreende o fato de não se encontrarem as decisões judiciais sob o manto da *res iudicata* sujeitas a um princípio de livre modificabilidade ou revogabilidade. A pretexto de garantir a segurança e certezas jurídicas, os ordenamentos em geral não admitem a livre revogação ou alteração do que restou decidido com força de *coisa julgada*. Donde a tendência generalizada de se conferir especial estabilidade às decisões, contrariamente ao que se passa com os atos legislativos e administrativos. (THEODORO JR; FARIA, 2005, p. 86)

Por tal razão foi concebido o **princípio da intangibilidade da coisa julgada**, garantindo-se assim uma imutabilidade das decisões, em nome da tutela da segurança jurídica, assumindo um relevo especial, com aura de intangibilidade, vale dizer, a sentença transitada em julgado como algo intocável. Com efeito, por muito tempo se teve esta noção absolutista, sob o viés da concepção medieval, pela qual a coisa julgada fazia do branco, preto, do quadrado, redondo, etc.

Todavia, esse princípio da intangibilidade não é, e nem pode ser, absoluto, devendo ser conjugado com outros princípios ligados ao ordenamento jurídico, bem como verificado num contexto global.

A inalterabilidade da sentença transitada em julgado não exclui, ainda que excepcionalmente, sua modificabilidade. Como toda regra, comporta exceções. Tem-se como exemplo em nosso ordenamento a ação rescisória, que tem como objetivo justamente desconstituir essa sentença coberta pela aura de intangibilidade da coisa julgada.

A coisa julgada, neste contexto, não está imune à impugnação, podendo vir a ser desconstituída, no direito brasileiro, através da ação rescisória, uma vez configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 485, do CPC. São casos em que o legislador considerou que os vícios de que se reveste a decisão transitada em

julgado são tão graves que justificam abrir-se mão da segurança em benefício da garantia de justiça e de respeito aos valores maiores consagrados na ordem jurídica. A idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria *injustiça*. A segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio de sua intangibilidade são dotados de relatividade, mesmo porque absoluto é apenas o DIREITO JUSTO. (THEODORO JR; FARIA, 2005, p. 87)

Contudo, para alguns autores o princípio da intangibilidade da coisa julgada é entendido como uma garantia constitucional, cercado de maior rigor e importância, tendo em vista o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conforme aduz José Frederico Marques, se a Constituição Federal veda que os efeitos de uma lei nova atinjam a coisa julgada já formada, com maior razão proíbe que uma nova decisão judicial também possa lhe atingir, de modo que, além disto, o direito à jurisdição estaria sendo afrontado:

Existe, portanto, no Direito pátrio, a tutela constitucional da imutabilidade que a coisa julgada confere aos efeitos da decisão da lide, e também, o direito público subjetivo de ser exigido o respeito à coisa julgada. Se nem a lei formal pode atingir a coisa julgada, *a posteriori* resguardada se acha a imutabilidade que desta decorre, em face de atos normativos menores, de ato administrativo, e, também, de outras decisões. Uma vez que a lei tem de respeitar a coisa julgada, claro que esta também deve manter-se inatingida ainda quando for a lei aplicada jurisdicionalmente. Aliás, essa tutela à coisa julgada é corolário do princípio da garantia jurisdicional que o art. 5º, XXXV, consagra, visto que uma das notas específicas da jurisdição é estar garantida pela *res iudicata*, para que tornem imutáveis os seus pronunciamentos. (MARQUES, 1997, p. 521)

No entanto, tal interpretação *a fortiori* do texto constitucional não encontra respaldo em outra corrente doutrinária, que entende que o inciso XXXVI do artigo 5º deva ser interpretado de maneira mais restritiva, posto que encerra exclusivamente o princípio da irretroatividade de lei nova, e nada mais (THEODORO JR; FARIA, 2005, p. 88; DELGADO, 2005, p. 37; ROCHA, 2005, p. 179). A regra inserta na Constituição se dirige apenas ao legislador ordinário, impedindo-o de prejudicar a coisa julgada, sendo apenas esta a garantia fundamental. A noção de intangibilidade da coisa julgada tem sede infraconstitucional, resultante da norma contida no Código de Processo Civil, portanto, hierarquicamente inferior aos princípios constitucionais.

Sendo assim, dentre as correntes doutrinárias apresentadas, a que guarda maior coerência com o trabalho e com o ordenamento jurídico, é a que defende a garantia do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, unicamente como regra de direito intertemporal, não abrangendo o reconhecimento da intangibilidade da coisa julgada como princípio constitucional, mas apenas como regra infraconstitucional (meramente processual).

Não fosse assim, caso adotássemos a primeira tese, seríamos conduzidos à inconstitucionalidade da ação rescisória e da revisão criminal, instrumentos infraconstitucionais tendentes ao enfraquecimento da *auctoritas res iudicata* (DELGADO, 2005, 42).<sup>4</sup>

Portanto, a coisa julgada não é intangível, não tem um caráter absoluto. Como já dito, o próprio ordenamento prevê hipóteses de relatividade. A regra é que a autoridade da coisa julgada seja respeitada, tendo em vista sua finalidade e sua natureza, e apenas **excepcionalmente**, seja relativizada. No entanto, sua autoridade deve estar em equilíbrio com as garantias constitucionais e com os institutos jurídicos voltados à busca de resultados justos por meio das atividades inerentes ao processo civil.

Numa passagem bastante eloqüente de um artigo que virou paradigma sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 5-31, sem os destaques) preleciona:

Em uma obra ainda inédita proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que **nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo** e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – **acesso à ordem jurídica justa**). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil, com a consciência de que **os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual**.

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

Desta forma, por se a coisa julgada um instituto definido e regulamentado pelo direito processual, não tem o condão de se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, bem como às regras postas na Constituição. Desde que não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça, a autoridade da coisa julgada é imperativa, garantindo a segurança jurídica. O que não se pode conceber é a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, como justos e certos se já envoltos pelo “manto sagrado” da coisa julgada (DELGADO, 2005, p. 47).

---

<sup>4</sup> “Ora, o argumento prova demais já que se tivesse a Constituição o intuito de agasalhar o princípio da imutabilidade em toda a sua extensão, teria ela mesma que regular as hipóteses excepcionais de rescisão e, aí, o Código de Processo Civil, ao cuidar de eliminar os casos de Ação Rescisória, estaria invadindo a área de competência do legislador constituinte, pois estaria diminuindo, na prática, uma garantia da Lei Maior. No entanto, o que se vê é que a Constituição apenas se refere à competência dos Tribunais para processar a rescisória. Assim, o que se pode deduzir é que nem para a Constituição Federal, nem para a lei processual comum, a imutabilidade da coisa julgada é absoluta. Simples lei infraconstitucional tem, pois, em nosso sistema jurídico o poder de definir quando a coisa julgada é imutável e quando é rescindível (vale dizer, não imutável).” (THEODORO JR; FARIA, 2005, p. 90).

Esta visão não é unânime, tendo em vista que toca num cânone processual, sendo defendido por alguns que, mesmo excepcionalmente, a relatividade da coisa julgada gera insegurança jurídica, colocando em risco o próprio Estado de Direito (SILVA, 2004, p. 213-225; MARINONI, 2004, p. 153).

No entanto, configurada esta colisão de princípios, não deve o discurso da “insegurança total” prevalecer, conforme aduz Dinamarco (2002, p. 5-31):

Não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranquilidade social. Toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo esse risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década; mas a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores etc. Além disso, não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae* mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, **a serem tratadas mediante critérios extraordinários**. Cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc. Não temo insistir no óbvio, ao repetir que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo.

Em vista disso, o critério que pauta a “intangibilidade” (será que ainda podemos chamá-la assim?) da coisa julgada é o equilíbrio desta com os princípios fundamentais garantidos pela Constituição Federal (binômio justiça/segurança), evitando-se assim que decisões consideradas absurdas sob a ótica constitucional se “eternizem a pretexto de evitar a eternização das incertezas”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Após detalhado estudo empírico, tanto José Augusto Delgado, quanto Humberto Theodoro Junior e Cândido Rangel Dinamarco demonstram exemplos em que os princípios da legalidade, da moralidade, do acesso a justiça, da proporcionalidade e da razoabilidade (muitos vinculados ao Direito Administrativo) são violados. Uma crítica feita a estes estudos e exemplos seria seu viés pró-estatal (enquanto ente numa relação jurídica). Acerca desta crítica, Dinamarco rebate: “Uma das razões de meu empenho em descobrir e propor um critério geral para relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material é a tendência, que em várias manifestações tenho visto, a buscar soluções benéficas ao Estado sem pensar nos adversários dos entes estatais e em todos os sujeitos que, de algum modo, tenham sua esfera de direitos comprimida pelos rigores da coisa julgada. Repudio os privilégios dados pela lei processual ao Estado, que reputo de índole fascista; sou um crítico do Estado inimigo, que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas; reputo indecente a prática de legislar mediante medidas provisórias destinadas a ampliar os privilégios do Estado em juízo e combato as repetidas indulgências dos juízes para com os entes estatais, a dano da garantia constitucional da isonomia. Nesse quadro, é de esperar que não aceite nem endosse soluções favoráveis ao Estado, só porque favoráveis ao Estado e isso justifica o grande esforço por uma reconstrução dogmática e conceitual muito sólida e coerente, a que me apliquei no presente estudo, evitando casuísmos. É indispensável o estabelecimento de uma linha de equilíbrio, que favoreça o Estado quando for ele o lesado por decisões absurdas, mas que também favoreça quem quer que se encontre em situação assim, ou seja, postulo uma linha sem qualquer engajamento com os interesses nem sempre justos nem condizentes com o da população, com enorme frequência sustentados pelos defensores estatais.” (DINAMARCO, 2002, p. 5-31)

#### 1.4. Sentenças que não formam coisa julgada material

Conforme visto anteriormente, somente há formação da coisa julgada material em relação às sentenças de mérito, uma vez que apenas nesta espécie de provimento é atribuído definitivamente a uma das partes o seu bem da vida.

Por conseqüência, as sentenças terminativas<sup>6</sup>, que não resolvem a lide, mas extinguem o processo por alguma questão de cunho processual, não formam coisa julgada material, ficando apenas suscetíveis à coisa julgada formal.

Da mesma forma, não se observa a coisa julgada material nos procedimentos de jurisdição voluntária. Tal ocorre em função de tais procedimentos desenvolverem-se independentemente de lide, elemento que segundo Carnelutti, pressupõe a atividade jurisdicional (LACERDA, 1998, p. 15-17).<sup>7</sup>

No entanto, existe uma ordem de sentenças que em decorrência de uma determinada característica viciosa ou de ausência de algum pressuposto, apesar de transitarem em julgado formalmente (e supostamente, materialmente), não tem seu conteúdo e efeito declaratório qualificados pela imutabilidade e pela indiscutibilidade. Seriam as sentenças ditas nulas ou inexistentes, impugnáveis por tal característica.

Todavia, uma prévia distinção se faz necessária antes de se adentrar nas hipóteses de nulidade ou inexistência do julgado, no que tange aos vícios que eivam a decisão judicial e, conseqüentemente, a impedem de formar coisa julgada material.

<sup>6</sup> CPC, Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 1996)
- VIII - quando o autor desistir da ação;
- IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI - nos demais casos prescritos neste Código.

<sup>7</sup> “Está-se diante de atividade eminentemente administrativa (e não jurisdicional), exercida em situações relacionadas a negócio ou ato jurídico, dando origem a um procedimento (e não a um processo) que se desenvolve entre os interessados (e não entre as partes) gerando ato final (homologação, aprovação, autorização) que pode ser livremente modificada, caso sobrevenha fato superveniente, por não estar coberto pela coisa julgada material (CPC, Art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes). (MARCATO, 2006, p.8)

### *1.4.1 A distinção entre sentença rescindível, nula e inexistente*

Pode-se dividir estas sentenças impugnáveis em virtude de vício ou ausência de algum pressuposto em três categorias: sentença rescindível, sentença nula e sentença inexistente (THEODORO JUNIOR, 1992, p. 8).

#### a) Sentença rescindível

A sentença rescindível é a que pode ser desconstituída mediante uma ação específica, prevista no artigo 485 do CPC: a ação rescisória. A rescindibilidade destas sentenças é pré-determinada pela lei, que estabelece expressamente as hipóteses de nulidade em que pode se basear a referida ação.<sup>8</sup> Essas nulidades são menos gravosas do que as nulidades de pleno direito (próprias das sentenças nulas, que veremos a seguir), de maneira que se equiparariam à concepção de ato anulável, própria do Direito Civil (ou de nulidade relativa, como prefere THEODORO JUNIOR, 1992, p. 9).

Esta sentença permanece válida, produzindo efeitos, pois resta transitada em julgado, até que seja desconstituída, ocorrendo um eventual novo julgamento da matéria nela decidida.

Uma característica bastante relevante relacionada à ação rescisória é que ela possui um prazo decadencial de dois anos para a sua propositura, contados após o trânsito em julgado. Em tese, após o decurso deste lapso temporal, não cabe mais discussão acerca da nulidade da sentença rescindível.<sup>9</sup>

Convém ressaltar que, o que se rescinde é a sentença, não o processo, e até que a ação rescisória seja julgada, esta sentença produz efeitos, pois restou transitada em julgado.

---

<sup>8</sup> CPC, 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;

<sup>9</sup> CPC, Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

### b) Sentença nula

Noutro diapasão, a sentença é considerada nula de pleno direito na medida em que a relação processual em que se fundou detém algum vício de formação que acarrete em prejuízo processual, da mesma forma que, se algum ato processual que não dependia de sentença esteja corrompido de maneira tal,<sup>10</sup> que sua nulidade torne-se indiscutível, prejudicando o restante do processo.

Desta forma, não ocorrendo a formação da relação processual **válida**, não há que se falar em processo válido e, por conseqüência, de formação de coisa julgada material. Diz respeito ao plano da **invalidade**, muito embora existente.

Em qualquer tempo pode ser manejada uma ação declaratória impugnando esta sentença viciada de maneira mais gravosa, pois qualquer ato subsequente é inválido, nulo (teoria dos frutos da árvore envenenada).

Sendo assim, apesar de ter preenchido os pressupostos de existência, esta sentença não subsiste no plano jurídico, sendo considerada inválida, nula, incapaz de produzir efeitos.

Por tal razão, diferentemente da sentença rescindível, a sentença nula não forma coisa julgada material, pois não há sentença válida capaz de ser encoberta pelo manto da coisa julgada, mesmo que preenchidos os pressupostos processuais de existência. A sentença existe em determinado momento, porém não subsiste, visto que **inválida**.

### c) Sentença inexistente

Conforme adverte Liebman (LIEBMAN, 1947, p. 182, *apud* THEODORO JR, 1992, p. 11), ainda

Há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso, a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico. [...] E por isso que em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma, tal se pode também nos embargos à execução.

Uma vez **ausentes** os pressupostos de existência<sup>11</sup> do processo, não há sentido em se falar em existência de uma sentença. Os pressupostos processuais de existência se referem

<sup>10</sup> CPC, 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.

<sup>11</sup> Aqui se faz necessário um acordo semântico quanto ao termo “existir”. Quando mencionado, o termo “existência” se refere a um fenômeno jurídico, a uma existência no plano jurídico, não de fato, tendo em vista que no mundo dos fatos o processo supostamente é enxergado como existente.

aos pré-requisitos necessários à constituição de uma relação processual válida, tanto formais, quanto materiais.

Podem ser subjetivos, quando relativos às partes ou ao juiz, e objetivos, quando relativos à forma procedimental e à ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, tais como: a) a observância da forma processual adequada à pretensão; b) a existência nos autos do instrumento de mandato conferido ao advogado; c) a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial. Os subjetivos compreendem: a) a competência do juiz para a causa; b) a capacidade civil das partes; c) sua representação por advogado (THEODORO JR, 2007a, p.69). Ausente algum desses pressupostos, sequer existe relação processual, não existindo por consequência qualquer ato posterior a sua “formação”, incluindo a sentença.

De outra maneira, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 595) asseveram que, além da ausência dos pressupostos de existência do processo, também inexistente sentença de mérito quando ausentes os seus próprios pressupostos de existência, a seu ver, **jurisdição**, **petição inicial (pedido)** e **citação**, dando como exemplo as seguintes hipóteses:

a) sentença *extra petita* (falta “petição inicial” – pedido); b) sentença *infra petita* (falta “sentença de mérito” – o juiz não julgou parte do pedido); c) sentença dada em processo que não houve citação (falta “citação”); d) sentença processual de carência da ação (CPC, 267 IV) ou de extinção do processo sob qualquer dos outros fundamentos do CPC 267 (falta “sentença de mérito”); e) sentença dada por quem não se encontra investido da atividade jurisdicional, como a proferida pelo escrivão ou por juiz aposentado ou exonerado (falta “jurisdição”) etc.

Pois bem, um processo nulo, como visto anteriormente, pressupõe uma pré-existência, para que seja considerado inválido. A sentença nula decorre da nulidade do próprio processo ou de algum vício que lhe inquiere. A nulidade provém de um **vício** em determinado requisito, enquanto a inexistência diz respeito à completa **ausência** deste requisito.

Com efeito, para entender bem o conceito de sentença juridicamente inexistente é interessante compreender a noção de *ato inexistente*. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 26-28) ao discorrerem sobre o assunto mencionam o seguinte:

Trata-se de um fenômeno que diz respeito à ausência de tipicidade. Um ato é inexistente, para o direito, quando carrega em si um defeito de tal monta, que é capaz de desfigurá-lo, e impedir que se encaixe no *tipo*. É um defeito de essência. Imprescindível que se reconheça que o ato juridicamente inexistente não corresponde a um “nada” fático. Ao contrário. O ato juridicamente inexistente é um “impostor”: pretende fazer passar-se pelo ato “que queria ter sido”. Exemplo típico desta situação é o *casamento* inexistente. Casamento entre pessoas do mesmo sexo, *como casamento*, é ato inexistente. Em *outra categoria* há de fazer-se a sua inclusão, como, por exemplo, na categoria “sociedade de fato”.

[...] O processo tem pressupostos de existência (jurídica, é claro). O que ocorre, no mundo dos fatos, quando estes pressupostos não são preenchidos, é um “simulacro” de processo “aparente”.

Sendo assim, este “nada” jurídico, esta sentença de mérito proferida nessas condições, é juridicamente inexistente, jamais formando coisa julgada material, da mesma forma que as sentenças nulas, posto que inválidas, não têm conteúdo ou efeito declaratório capazes de serem revestidos pelo manto da coisa julgada.

#### *1.4.2 Sentença que não forma coisa julgada material por ausência de condições da ação*

Da mesma forma que inexistente sentença que tem ausente algum de seus pressupostos processuais de existência, deve ser considerada inexistente também, a sentença proferida em processo que não tenha preenchido as condições para o exercício da ação.

Em outras palavras, se o autor não preencheu as condições de ação, inexistiu *ação*, sendo considerado o que foi exercido, como apenas o direito de petição<sup>12</sup>, inexistindo, portanto, sentença de mérito. (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 31).

As condições da ação, como conceitua Arruda Alvim (2003, p. 319), “são requisitos de ordem processual, intrinsecamente instrumentais e existem, em última análise, para se verificar se a ação deverá ser admitida ou não. Não encerram, em si, fim algum; são requisitos-meios para, admitida a ação, ser julgado o mérito”. Por consequência, a falta de uma destas, acarreta na extinção prematura do processo, sem que o Estado aprecie o pedido efetuado pelo autor, vale dizer, sem que haja o julgamento de mérito.

O Código de Processo Civil estabelece como condições para propor ou contestar uma ação, o interesse processual de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido.<sup>13</sup>

Entende-se que, quando o ordenamento jurídico exclui a possibilidade do pedido, não há como o juiz apreciar o pedido formulado pela parte. Exemplifica-se, costumeiramente, com a hipótese de alguém pedir o divórcio em país cujo ordenamento jurídico não o contemple.

<sup>12</sup> O direito de petição, genérico e abstrato, está previsto na Constituição Federal:

Art. 5º. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>13</sup> CPC, Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

No que diz respeito ao interesse de agir, este repousa sobre o binômio necessidade+adequação. A parte tem “necessidade” quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da “necessidade”, exige-se a “adequação”. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir. O exemplo costumeiramente apontado é o do cidadão que requer sentença mandamental, em mandado de segurança, mas narra que tem direito a receber determinado valor em dinheiro.

A legitimidade para a causa, também apontada como condição da ação, vem disciplinada, em princípio, pelo art. 6º. do CPC, que afirma que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Isso quer dizer, em princípio, que somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 62).

A falta de alguma destas condições, acarreta na carência de ação, conforme nomenclatura utilizada pelo próprio legislador<sup>14</sup>, reforçando o ponto de vista relativo aos elementos constitutivos da ação e a inexistência desta quando ausentes aqueles, pois quando menciona “carência” de ação, remete à “falta”, “ausência”.

Ademais, conforme aduzem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 32, grifo nosso)

a sentença que acusa a ausência de uma condição da ação é, a rigor – e embora se diga estar diante de sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito – *algo até mais grave, perante o ordenamento jurídico, que a sentença que julga improcedente o pedido*. A sentença terminativa aí proferida declara *que a ação sequer poderia ter sido proposta*, porquanto ausentes os requisitos minimamente exigidos pelo sistema [...].

**A sentença que, equivocadamente, julga o “mérito” quando, a rigor, encontram-se ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada** (v.g., no caso de sentença proferida entre partes ilegítimas).

Isto posto, quando ausente a condição da ação *possibilidade jurídica do pedido* (v.g. uma ação condenatória fundada em dívida ligada a jogos de azar, ou a execução de cláusula contratual que obrigasse a ré a prestar serviços de prostituição, etc.), não se terá exercido efetivamente o direito de *ação*, mas conforme dito anteriormente, o direito de *petição*. Portanto, o que se terá em decorrência, não será um processo juridicamente existente, mas um “simulacro de processo” (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 34), sendo que qualquer sentença que não reconheça a ausência desta condição de ação é juridicamente inexistente.

No mesmo norte, não se pode considerar a ocorrência de coisa julgada nas hipóteses em que faltar à parte *interesse processual de agir* ou *legitimidade*, e o juiz julgar

<sup>14</sup> CPC, Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...]*X* - carência de ação;

procedente o pedido por ela feito, pois da mesma forma, tal sentença é juridicamente inexistente.

Cabe ainda alertar para a diferença entre as condições da ação e os pressupostos de existência do processo, conforme assinala Humberto Theodoro Junior (2007a, p. 68):

Não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. E, em consequência, não atinge a sentença que deveria apreciar o mérito da causa. São, em suma, requisitos jurídicos para a validade da *relação processual*. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito). São, pois, requisitos de sua eficácia.

Portanto, faltando à parte interesse processual de agir, legitimidade para propor a ação ou efetuando pedido juridicamente impossível, carece a ação das condições mínimas para que seja constituída. Como consequência lógica, não havendo ação, não há julgamento de mérito, e qualquer decisão noutro sentido, é juridicamente inexistente, não formando coisa julgada material.

#### *1.4.3 Sentença que não forma coisa julgada material por ofensa à coisa julgada*

Uma das hipóteses previstas à propositura de ação rescisória se dá quando a sentença de mérito satisfaz um pedido que rediscuta matéria já revestida pela autoridade da coisa julgada (Art. 485, IV, CPC<sup>15</sup>).

Tal nulidade de sentença é prevista pelo código, pois se trata de um pressuposto processual, não ocorrendo coisa julgada se já houver decisão anterior proferida a respeito do mesmo pedido.

A exceção de coisa julgada pode ser oposta em qualquer momento do processo pelas partes, bem como ser decretada pelo juiz, de ofício, sendo que, não obtendo reconhecimento intraprocessual, pode ainda ser objeto de ação rescisória.

No entanto, o problema surge quando escoados os dois anos do prazo decadencial previsto para a propositura da rescisória, sem o seu ajuizamento. Co-existiriam assim, ambas as coisas julgadas?

---

<sup>15</sup> CPC, Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: IV - ofender a coisa julgada;

Num primeiro momento, tem-se que a primeira decisão subsistiria em detrimento da segunda, subjugada à autoridade da coisa julgada anterior, sendo a última nula, pois tem a parte um direito adquirido (garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXVI).

Contudo, parte da doutrina (GRINOVER, 1974, p. 85; PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 250-251) defende que a segunda sentença poderia prevalecer perante a primeira, caso esta ainda não tenha sido executada, de maneira análoga aos atos legislativos, que sobrepõem os atos pretéritos, substituindo-lhes a eficácia, visto que, no fundo, os atos jurisdicionais seriam a concretização daqueles.

Por outras razões, entretanto, a corrente que defende que o primeiro julgado se sobressai ao segundo, deve preponderar. Não pelo argumento constitucional do direito adquirido, mas pela falta de *interesse processual de agir* da parte na segunda ação, visto que seu objeto já estava qualificado pela imutabilidade e pela indiscutibilidade.

Como a noção de interesse de agir reside no binômio necessidade/utilidade, não é sustentável o pedido de quem busca a tutela jurisdicional do Estado em matéria por este já apreciada, vale dizer, em que já pesa a coisa julgada. Falta-lhe o *interesse processual de agir*, condição de ação que se não atendido, enseja na carência da ação proposta, e como consequência, na inexistência jurídica da sentença que não a reconheça.

Os pressupostos processuais negativos, se existentes, acabam por gerar situação que se subsume à categoria da falta de interesse de agir. De fato, se o interesse de agir é noção que repousa sobre o binômio necessidade-utilidade, já tendo sido formulado o pedido em idêntica ação anterior que, ou está em curso (=litispendência) ou já terminou, tendo a sentença transitada em julgado, não há como negar ser o autor da segunda ação carente do interesse de agir.

[...] Conforme temos sustentado, não estando preenchidas as condições da ação, não pode o juiz decidir o mérito, sob pena de, fazendo-o, estar proferindo sentença juridicamente inexistente.

[...] Assim, de fato, o manejo da ação rescisória, neste caso, apesar da letra da lei, é prescindível. Na verdade, já que se trata de sentença juridicamente inexistente, que não tem aptidão para transitar em julgado, nada há a **desconstituir-se**. Há, isto sim, única e exclusivamente uma situação de inexistência jurídica a **declarar-se**, por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido para ser movida. (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 33, 38-39, grifo nosso)

Tendo isso em vista, a segunda sentença não é nula, mas inexistente, malgrado o que se poderia inferir da previsão legal relacionada à ação rescisória. E por tal razão, também não forma coisa julgada material.

#### *1.4.4 Sentença que não forma coisa julgada material por ser extra petita, ultra petita ou infra petita*

A lide, quando composta pelo juiz, está limitada aos pedidos efetuados pelo autor e pela resposta do réu. É defeso o julgamento além dos pedidos, ou sobre matéria alheia a eles, bem como, sem que sejam apreciados em sua totalidade, conforme o texto legal.<sup>16</sup>

O dever de decidir não só é condicionado pelo exercício do direito de ação, mas dimensionado pelo pedido, já que o juiz deve decidir a lide, nem mais do que ela, nem menos do que ela e nem fora dela (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 80).

Desta forma, a sentença é chamada *extra petita* quando decide causa diversa a dos pedidos, enquanto *ultra petita* quando o juiz vai além do pedido, concedendo ao autor mais do que foi efetivamente pleiteado, acarretando em ambas num pedido não feito e decidido. Ainda, a sentença é chamada *infra petita*, quando não examinada alguma questão proposta pelas partes, vale dizer, um pedido feito e não decidido.

Sendo que ocorrendo uma decisão *extra* ou *ultra petita*, o magistrado decidiu sem que houvesse sido pedido, sem que a jurisdição tivesse sido provocada. Desta forma, faltou-lhe um dos pressupostos processuais de existência: o pedido. Em função desta ausência, tal sentença é juridicamente inexistente, portanto, não coberta pela coisa julgada material.

De outro turno, proferida uma sentença *infra petita*, o magistrado não chegou a decidir acerca de algo pedido, não havendo efetivamente uma sentença, no que tange à omissão, porquanto tal é inexistente. Falta-lhe uma característica essencial: a decisão. De modo que, por mais que haja uma sentença de fato, juridicamente, é inexistente.

Diante disso, é oportuno citar a lição de Barbosa Moreira acerca deste tipo de sentença juridicamente inexistente, quando ocorre, *v.g.*, cumulação de pedidos:

Jamais se pôs em dúvida que sentença sem conclusão, sem dispositivo, a rigor não chega a ser sentença. Se se quiser, empregar-se-á ao propósito a locução sentença inexistente: é outra forma de expressar a mesma realidade.

Ora, o que ao propósito se diz da sentença também se deve dizer de cada uma das partes ou capítulos que porventura hajam de integrá-la. Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras, palavras: **a inexistência da sentença pode ser total ou parcial**, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas. É o que

<sup>16</sup> CPC. Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

resulta do princípio, já anteriormente recordado, segundo o qual se trata cada capítulo com uma decisão *per se*.

Mas, se assim é, não há necessidade de grande esforço dialético para demonstrar que, em relação aos tópicos – ou (na linguagem do art. 458, inc. III, do Código atual)<sup>17</sup> em relação às questões – integrantes do *thema decidendum* e, apesar disso, sem solução no dispositivo, **descabe cogitar de formação de coisa julgada**.

(BARBOSA MOREIRA, 1977, p. 241, grifo nosso)

Cada pedido, que poderia ter sido autonomamente formulado em outra ação, corresponde a uma ação, e cada ação, corresponde a um processo, devendo haver uma decisão para cada um. Sendo assim, tem-se por verdadeiro que os capítulos da sentença, quando correspondem a pedidos que pudessem ter sido assim formulados, consistem, materialmente, em sentenças separadas.

Havendo tantos pedidos quantos forem, deverá haver tantas sentenças (materialmente dizendo) quanto necessárias a cada pedido. Naturalmente, tal ocorre apenas quando os pedidos forem autônomos entre si, formulados separadamente e de maneira independente. Se forem cumulados sucessivos, não há que se falar em autonomia, visto que um está condicionado ao outro, não havendo necessidade de o juiz manifestar-se sobre o pedido sucessivo, quando o pedido de que dependia não foi julgado procedente.

Certo é que a coisa julgada pressupõe um juízo: onde falta este juízo não se forma a coisa julgada.

Tudo o que se disse nos orienta para um caminho razoavelmente seguro para resolver os problemas relativos às sentenças ditas *infra petita*. Para a hipótese inversa, isto é, na hipótese de se ter decidido pedido que não tenha sido formulado, cremos que a solução se liga à idéia de que o que foi apreciado é que transita em julgado, *desde que tenha sido pedido*.

E isto porque expressiva parte da doutrina alude à categoria dos pressupostos processuais de *existência*, dentre os quais está a petição inicial. Petição inicial, sem pedido, não é petição; assim como sentença, sem *decisum*, não é sentença.

(ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 84-85, grifo do autor)

Portanto, se o autor formula os pedidos A e B e o juiz decide A, B e C, a parte da sentença relativa a C é juridicamente inexistente, pois não corresponde a pedido algum, não formando coisa julgada material, por lhe faltar um pressuposto processual de existência. Da mesma forma, se o autor formula pedido X, Y e Z e o juiz decide apenas X e Y, a sentença é juridicamente inexistente (bem como de fato) no que se refere a Z, sendo que o conteúdo que deveria versar sobre Z que não fora apreciado, por conseqüência, também não é qualificado pela coisa julgada material.

<sup>17</sup> CPC, Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

#### *1.4.5 Sentença que não forma coisa julgada material por violação à Constituição Federal*

Inicialmente poder-se-ia pensar que o regime jurídico que envolve a sentença que ofende a Constituição Federal seria o mesmo indicado à sentença rescindível por violar literal dispositivo de lei (Art. 485, V, CPC), que possui um prazo decadencial de dois anos para ser desconstituída.

No entanto, parece que este não seria o entendimento mais adequado à matéria, visto que, a Constituição Federal é maior do que um mero dispositivo legal, sendo sua violação muito mais grave.

O cerne deste trabalho reside justamente nesta questão, qual seja a violação de dispositivo constitucional por decisão judicial, se esta transita em julgado e de que forma poderia ser combatida.

Teríamos então duas alternativas para o tratamento desta dita “coisa julgada inconstitucional”: a primeira (a), bem mais ampla, no sentido de não exigir qualquer pressuposto/requisito com o intuito de se impugnar a coisa julgada considerada pela parte interessada como inconstitucional. Ter-se-ia, desta maneira, três âmbitos de decisões impugnáveis, as que violassem diretamente um preceito constitucional, as que aplicassem uma norma considerada inconstitucional e as que recusassem a aplicação de uma norma que não violasse a Constituição. Entretanto, a busca por esse rompimento não teria o respaldo de um entendimento jurisprudencial superior. Por sua vez, a segunda alternativa (b), a caracterização desta “coisa julgada inconstitucional” só poderia ocorrer se, após o trânsito em julgado e escoado o prazo da ação rescisória, sobreviesse decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao da decisão transitada em julgado (ALVIM WAMBIER, T.A.; MEDINA, 2003, p. 40-41).

A segunda alternativa, por exigir a apreciação da matéria pelo tribunal constitucional, afigura-se mais apropriada. Contudo, não de maneira absoluta, posto que, existem os casos ditos teratológicos, de flagrante injustiça, em que os valores constitucionais são afrontados e que mesmo sem uma decisão do STF, se poderia rever esta suposta coisa julgada.

Surgem assim, duas hipóteses de violação à Constituição Federal suscetível à impugnação, no corte proposto pelo trabalho: a) sentença proferida com base em lei ou ato normativo que posteriormente foi declarada inconstitucional pelo STF e; b) sentença baseada

na não incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional *incidenter tantum*, e sobrevir sentença de procedência de ação declaratória de constitucionalidade, declarando tal norma constitucional.

Contudo, um problema é suscitado por Octavio de Campos Fischer (2002, p. 259-279) se admitidas tais hipóteses:

Afinal, a partir do momento em que se possibilita o questionamento de uma decisão judicial para além do prazo da ação rescisória, abre-se, em tese, um imenso campo para reiteradas e infundáveis discussões a respeito da sua constitucionalidade. Assim, pense-se, por exemplo, no caso em que uma pessoa ingressa com determinada ação, dez anos depois do trânsito em julgado, argumentando que a decisão judicial com coisa julgada feriu a Constituição. Após a análise por todas as instâncias, o Judiciário chega à conclusão que, de fato, houve ofensa ao texto constitucional e que é necessária a reforma da sentença. Todavia, passados mais 10 anos do trânsito em julgado desta segunda decisão, o requerido, verificando uma mudança de orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, volta ao Poder Judiciário, agora na condição de requerente, para pleitear nova desconstituição da sentença com trânsito em julgado. O que fazer? Será admissível uma nova discussão da matéria ou pode-se entender que a discussão da sentença, considerada inconstitucional, somente pode ser reaberta uma única vez? Neste caso, onde está a norma que diz somente uma única vez mais será possível rediscutir uma decisão com coisa julgada que feriu a Constituição?

Tal problema, entretanto, pode ser contornado se melhor delineados os meios pelos quais esta dita “coisa julgada inconstitucional” pode ser impugnada, e da mesma forma, em quais hipóteses tais se afigurariam. Com maior vagar, esta questão será aprofundada nos próximos capítulos.

De momento, o que se precisa ter em mente é se, efetivamente, tais sentenças formam coisa julgada material. Com efeito, seguindo a lógica até aqui empregada, a resposta que se chegará é que não, pois as sentenças inconstitucionais são assim consideradas, por terem acolhido pedido inconstitucional, e tal pedido é juridicamente impossível.

Logo, o que de fato foi exercido no processo instaurado foi o mero direito de petição, sendo que não há que se falar em ação existente, se carente de alguma de suas condições de existência, neste caso, a possibilidade jurídica do pedido. Por tal razão, estas sentenças consideradas juridicamente inexistentes, também não são encobertas pela coisa julgada material.

## **CAPÍTULO 2 – A “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”**

Conforme visto no capítulo anterior, as sentenças que violam a Constituição Federal não formam coisa julgada material, sendo assim consideradas para o presente estudo: (a) as decisões baseadas em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF; (b) ou baseadas no afastamento de norma posteriormente declarada constitucional.

Não obstante transitarem em julgado formalmente, estas decisões detêm em seu conteúdo entendimento contrário à Constituição, razão pela qual, de acordo com o marco teórico empregado, são consideradas juridicamente inexistentes, ante a ausência da possibilidade jurídica do pedido (pressuposto de existência do processo e da sentença), posto que fundamentadas em norma defenestrada do ordenamento jurídico. Desta forma, ocorreria um fenômeno um tanto quanto paradoxal, chamado “coisa julgada inconstitucional”.

Percebe-se, no entanto, um elemento qualificador à configuração desta “coisa julgada inconstitucional”: uma declaração proferida por nossa Corte Constitucional (STF). Não fosse assim, a preocupação contundente de quem defende a segurança jurídica como veto à relatividade da coisa julgada material teria maior razão de ser, pois em qualquer tempo, mediante qualquer entendimento, qualquer um poderia argüir a inconstitucionalidade de determinada norma para impugnar qualquer coisa julgada. E deste modo, efetivamente, não haveria qualquer segurança jurídica (quem dirá justiça).

Portanto, antes de se adentrar com maior profundidade no conceito de “coisa julgada inconstitucional” e entender esta dinâmica paradoxal que a envolve, é preciso antes compreender a proveniência desta declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade (que não é de todo modo qualquer declaração, como será visto a seguir), os institutos e mecanismos afins ao controle de constitucionalidade, bem como os princípios atinentes ao tema.

### **2.1 O controle de constitucionalidade**

A noção de controle de constitucionalidade está ligada à vinculação de todo o ordenamento jurídico à supremacia da Constituição, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Tal controle limita o poder do Estado, sendo da mesma forma parte de sua

legitimação, tendo em vista que lhe impõe deveres, bem como garante a supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais (MORAES, 2001, p. 559).

Conforme ensina José Afonso da Silva (2005, p. 45),

a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que se confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só isso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Portanto este juízo de adequação dos atos normativos à supremacia constitucional faz parte do controle de constitucionalidade, sendo que este pode ser efetuado tanto preventivamente (vinculado ao processo legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça ou do veto presidencial), quanto repressivamente (exercido pelo Poder Judiciário)<sup>18</sup>. Dentro deste controle repressivo, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo já editado pode ser questionada junto ao Poder Judiciário de duas formas: por meio do controle concentrado (via de ação) ou do controle difuso (via de exceção ou defesa).

O modelo adotado no Brasil é misto, unindo as duas formas de controle, de maneira que se pode discutir a constitucionalidade de uma norma tanto no caso concreto, incidentalmente a uma lide (perante qualquer juiz ou tribunal), quanto em abstrato, onde o objeto principal da ação é justamente a constitucionalidade da norma (perante unicamente o Supremo Tribunal Federal).

Em função de suas próprias características de dispersão, verifica-se que o modelo mais comumente utilizado é o difuso. No entanto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2007, p. 76-93), ao fazerem uma análise histórica dos modelos de controle de constitucionalidade, com gráficos evolutivos, tabelas e estatísticas, confirmaram uma tendência pela qual o modelo difuso tenha seu papel gradualmente diminuído, de maneira

---

<sup>18</sup> Existem apenas duas exceções ao controle repressivo exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário:

a) Por meio de um decreto legislativo, o Congresso pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, de acordo com o artigo 49, V, da Constituição Federal.

b) Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo o controle de constitucionalidade repressivo, pois retirará do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional (MORAES, 2001, p. 564).

inversamente proporcional ao controle concentrado, também conhecido como abstrato, ante as alterações ocorridas com o advento da Constituição Federal de 1988.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (MENDES; MARTINS, 2007, p. 78).

Desta forma, o estudo terá maior enfoque no modelo concentrado, tendo em vista a repercussão que possui em todas as relações jurídicas (não restrita apenas a um caso concreto), de modo que se cogite inclusive seu alcance à coisa julgada.

Contudo, antes de se examinar o controle concentrado de constitucionalidade (objeto central da declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade), se faz necessária uma breve análise do controle difuso de constitucionalidade e o seu papel na caracterização da “coisa julgada inconstitucional”.

### 2.1.1 Controle difuso

O controle difuso (também conhecido como controle aberto, controle por via de exceção ou defesa), é caracterizado pela permissão dada a todo e qualquer juiz ou tribunal efetuar o controle de constitucionalidade, pelo qual se verifica a compatibilidade entre determinada norma e a Constituição num caso concreto.

Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países do *Common Law*, denominando-o de *descentralizado* ou *difuso*, confiando a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com alcance dos efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional (MORAES, 2001, p. 565). Ou seja, nesta espécie de controle, a lei ou o ato normativo

declarado inconstitucional, permanece válido e vigente, tendo sua aplicação obrigatória com relação a terceiros alheios à lide.

Esta declaração de inconstitucionalidade não é objeto principal da ação, porém a análise da constitucionalidade da norma é necessária, haja vista que vinculada ao deslinde do caso concreto, como uma questão prévia, indispensável ao julgamento de mérito. O Poder Judiciário deve exercer a sua jurisdição e, para tanto, incidentalmente, deve analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo, sob pena de violação à garantia constitucional de acesso à justiça e do devido processo legal.

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração (MORAES, 2001, 569).

Desta forma, a declaração de inconstitucionalidade neste modelo de controle é feita antes que o processo transite em julgado, impugnando os atos jurídicos concretos ligados à lide que fundados na norma declarada inconstitucional.

Portanto, não há que se falar em “coisa julgada inconstitucional” nestes casos, tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi efetuado antes da formação da coisa julgada material, de maneira que o STF tenha se manifestado acerca da constitucionalidade da norma e exercido sua função jurisdicional constitucional. Por tal razão, a sentença não só é válida, como juridicamente existente, obtendo a imutabilidade e indiscutibilidade sobre o seu conteúdo e efeito declaratório.

A única exceção contemplada se dá quando, *incidenter tantum*, a norma é declarada inconstitucional por um juiz ou tribunal, porém, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão ligada ao controle concentrado de constitucionalidade, declara tal norma constitucional. Desta maneira, aquela sentença fundada na inconstitucionalidade de norma que posteriormente o STF declarou o contrário, é considerada juridicamente inexistente ante sua impossibilidade jurídica de existência, visto que violadora da Constituição e, por conseqüência, não se estabelece a coisa julgada material (este tema será mais aprofundado no item 2.3.2 deste capítulo, quando se falará dos efeitos retroativos desta última declaração).

### 2.1.2 Controle concentrado

O controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como controle abstrato, é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco, pelo qual ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, originariamente, ações que tenham como escopo a discussão **em abstrato** da constitucionalidade de determinada norma.<sup>19</sup>

Por meio deste controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade da lei ou ato normativo **em tese**, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se a obtenção da invalidação/ratificação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2001, p. 581).

Os meios previstos na Constituição Federal para o controle concentrado, ou abstrato, de constitucionalidade são os seguintes: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADIn); b) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e c) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Porém, existem ainda duas subespécies de ação direta de inconstitucionalidade, além da genérica: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>20</sup> e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva<sup>21</sup> que, em razão de suas características e objetos, não serão adentradas neste estudo, que tem por foco a “coisa julgada inconstitucional”.

Convém ressaltar um ponto importante no estudo destas ações, que está relacionado ao caráter dúplice do seu provimento jurisdicional. Ao analisar a constitucionalidade de determinada norma, o STF detém o poder de declará-la constitucional ou inconstitucional. Se julgar procedente uma ADIn, estará declarando uma norma inconstitucional. No entanto, se julgar **improcedente** o pedido de declaração de

<sup>19</sup> CF, 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;

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

<sup>20</sup> CF, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

<sup>21</sup> CF, Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

inconstitucionalidade nesta ADIn, conseqüentemente e a *contrario sensu*, estará declarando sua constitucionalidade. O mesmo vale para a ADPF e, em sentido inverso, para a ADC.

Sendo assim, ante essa duplicidade do provimento jurisdicional, pode-se inferir que a ADIn e a ADC são ações que correspondem a dois lados de uma mesma moeda, ou ações com sinais trocados, como prefere Gilmar Ferreira Mendes (2007, p.112). Ocorrendo a provocação do STF para se manifestar acerca da constitucionalidade de determinada norma, seu provimento poderá ter dois sentidos, um positivo (constitucionalidade) e um negativo (inconstitucionalidade).

## 2.2 O meios de controle de constitucionalidade concentrado em espécie

### 2.2.1 Ação direta de inconstitucionalidade (ADIn)

Conforme previsto no artigo 102, I, a, da Constituição Federal,<sup>22</sup> compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O autor da ação<sup>23</sup> pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso (MORAES, 2001, p. 582).

---

<sup>22</sup> CF, 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;

<sup>23</sup> CF, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

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

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

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

Esta *inconstitucionalidade*, conforme esclarece De Plácido e Silva (2002, p. 423), “na terminologia jurídica, serve para exprimir a qualidade do que é *inconstitucional* ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição”.

Aprofundando a questão, Oswaldo Palu (2001, p. 69) ensina o seguinte:

Diz-se que a inconstitucionalidade reside no antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior (legislativo ou administrativo) com os vetores da Constituição, estabelecidos em suas regras e princípios. A relação de compatibilidade ou incompatibilidade vertical implica uma relação de caráter normativo-valorativo e não simplesmente lógico-formal.

A inconstitucionalidade é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da *incorreção formal* (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da *incorreção material* (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição).

Portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é o meio pelo qual se coloca sob o exame jurisdicional do Supremo Tribunal Federal a suposta contrariedade de uma norma com a Constituição Federal, seja em seus aspectos formais ou materiais.

Conforme mencionado anteriormente, a competência para o processamento e julgamento da ADIn é do STF (art. 102, CF), sendo que seu procedimento está disciplinado pela Lei 9.868/99 (que também disciplina a ADC).

Haverá cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros), editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e, que ainda estejam em vigor (MORAES, 2001, p. 582).

Os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo é que são passíveis de controle e, por conseqüência, objetos das ADIn. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo (MORAES, 2001, p. 583).

Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins (2007, p. 125 e 177), estabelecem os requisitos necessários à configuração deste ato normativo apreciável por uma ADIn:

À guisa de estabelecer critérios para que o ato normativo seja passível de submeter-se a ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal firmou entendimento no sentido de ser necessário que ele apresente: a) coeficiente de generalidade abstrata; b) autonomia jurídica; c) impessoalidade; e d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes.

[...] Assim, tem-se afirmado que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela “ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei – as leis meramente

formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato.

Outro requisito, explicitado no artigo 102, I, da Constituição, é que esta norma seja federal ou estadual. Ante a eficácia *erga omnes* produzida pela declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade no controle concentrado, não haveria como aplicá-la à norma municipal, sujeita apenas ao controle difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal também não tem admitido a propositura de ADIn contra lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia tenha se exaurido (uma medida provisória não convertida em lei, por exemplo)<sup>24</sup>, bem como nos casos em que a norma impugnada seja revogada antes do julgamento final da ação<sup>25</sup>, hipóteses em que esta é prejudicada ante a perda de objeto.

Os legitimados a propor a ação direta são os previstos no artigo 103, da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

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

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

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

Cumprido ressaltar que o ajuizamento da ADIn não está sujeito à prazo prescricional ou decadencial, tendo em vista que os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso de tempo.

Por fim, o procedimento está disciplinado pela Lei 9.868/99, de maneira que a questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade será adentrada com maior vagar mais adiante, em item específico (lembrando sempre que a decisão em uma ADIn tem caráter dúplice), tendo em vista sua importância para o tema discutido neste trabalho.

---

<sup>24</sup> STF, Pleno, ADIn nº 162-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 12.09.97.

<sup>25</sup> STF, Pleno, ADIn nº 709-2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 10.06.94.  
STF, Pleno, ADIn nº 898/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 04.03.94.  
STF, Pleno, ADIn nº 1.859-5/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.44.99.

### 2.2.2 Ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela emenda constitucional nº. 3, de 17 de março de 1993, como uma nova espécie dentro do controle concentrado de constitucionalidade.

Não obstante a discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade da referida emenda<sup>26</sup>, o Supremo Tribunal Federal já declarou, incidentalmente, sua constitucionalidade<sup>27</sup>, bem como sua aplicabilidade, sendo que, inclusive, foi posteriormente promulgada a Lei 9.868/99, que regulamentou o seu procedimento.

O objetivo principal com a criação desta ação está ligado ao afastamento da insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, buscando assim preservar a ordem jurídica constitucional.

O objetivo secundário foi dar azo ao governo federal no sentido de ratificar suas teses que, mesmo já endossadas pelo STF, ainda via multiplicarem ações contra si, principalmente ligadas ao Direito Tributário. Inclusive, a ADC foi introduzida no nosso ordenamento jurídico no bojo da reforma tributária de emergência (MENDES; MARTINS, 2007, p. 82), com o claro intuito de desonerar a União (Fazenda Nacional), ante a carga elevada de processos em que figurava no pólo passivo.

De qualquer forma, a ADC veio complementar o controle concentrado de constitucionalidade, inovando e servindo de alternativa à outra face da moeda ADIn (caráter dúplice de seu provimento jurisdicional, conforme já mencionado).

Ressalte-se que as leis e atos normativos são presumidamente constitucionais, porém esta presunção, por ser *relativa*, poderá ser afastada, tanto pelos órgãos do Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade, quanto pelo Poder Executivo, que poderá recusar-se a cumprir determinada norma legal por entendê-la inconstitucional.

Neste ponto, situa-se a finalidade precípua da ação declaratória de constitucionalidade: *transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes*.

Portanto, o objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade

---

<sup>26</sup> O Ministro Marco Aurélio (Ação Declaratória nº. 1-1/DF) votou vencido pela inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade. Diversos juristas manifestaram-se pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 3, em virtude da criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (Celso Bastos, Ana Maria Scartezzini, Edvaldo Brito, Marcelo Figueiredo), por violação ao princípio do contraditório, dupla instância de julgamento, inafastabilidade do controle judicial e direito de acesso do cidadão ao Judiciário. Tendo outros se manifestado pela sua constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, Arnoldo Wald, Hugo de Brito Machado. Ver a respeito MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88 (MORAES, 2001, p. 608-609).

<sup>27</sup> STF, Pleno, ADC nº. 1-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 5.11.93.

da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida (MORAES, 2001, p. 609-610).

Portanto, apesar de a ADIn quando julgada improcedente também deter esse viés declaratório de constitucionalidade, não possui em seu âmago essa finalidade, bem como possui outra natureza jurídica (constitutiva negativa, como será visto mais adiante).

Outra diferença que se encontra, diz respeito ao rol de legitimados para propor a ADC, previstos no artigo 13 da Lei 9.868/99:

Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- III - a Mesa do Senado Federal;
- IV - o Procurador-Geral da República.

Percebe-se que a legitimidade é mais reduzida se comparada com as outras espécies de controle concentrado (o que reforça a tese de quem a tem como ferramenta governamental).

De maneira um pouco mais restrita, conforme assevera Alexandre de Moraes (2001, p. 610),

somente poderá ser objeto da ação declaratória de constitucionalidade a lei ou ato normativo **federal**, sendo, porém pressuposto para seu ajuizamento a demonstração, juntamente com a petição inicial, de *comprovada controvérsia* judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, a fim de permitir ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações em favor e contra a constitucionalidade, bem como o modo pelo qual estão sendo decididas as causas que envolvam a matéria.<sup>28</sup>

Concluindo, tirando algumas poucas diferenças estruturais, a ADC se assemelha muito à ADIn, de maneira que não será demonstrado seu procedimento, disciplinado pela Lei 9.868/99, visto que já foram apresentadas suas principais características.

### 2.2.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Da mesma forma que as outras espécies de controle concentrado de constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (Art. 102, § 1º, CF).

<sup>28</sup> Lei 9.868/99, Art. 14. A petição inicial indicará:

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

A Lei nº. 9.882/99 que regulamentou a ADPF veio então complementar o dispositivo constitucional que a previa, de forma que serve também para completar o sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

São previstas pela lei três hipóteses de cabimento da ADPF: a) para evitar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público; b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e; c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.<sup>29</sup>

Os mecanismos previstos nesta espécie de controle concentrado possibilitam uma maior efetividade do controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal pode, de forma rápida, geral e obrigatória – em face da possibilidade de liminar e da existência dos efeitos com alcance *erga omnes* e de maneira vinculante – evitar ou fazer cessar condutas do poder público que estejam colocando em risco os preceitos fundamentais da República, e em especial, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2001, p. 619).

No entanto, quando houver qualquer outro meio eficaz para sanar essa lesividade, a lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando-lhe um caráter eminentemente subsidiário.<sup>30</sup> Entende-se que estes outros “meios eficazes” são as outras previsões constitucionais que possuem finalidade semelhante, como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, ação popular, ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 100-101), este instituto trouxe profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição, que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro lugar, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a

<sup>29</sup> Lei nº. 9.882/99. Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

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

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

<sup>30</sup> Lei nº. 9.882/99. Art. 4º. § 1o Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e ação declaratória nos planos estadual e municipal.

O que se pode perceber acerca deste caráter subsidiário e complementar conferido à ADPF é uma abrangência maior dada ao controle concentrado de constitucionalidade, de maneira que permite ao Supremo apreciar temas em abstrato que até então não poderia.

Inclusive, tal ampliação dada pela lei (no que tange à consideração de descumprimento de preceito fundamental, *qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*) é considerada por parte da doutrina como inconstitucional, tendo em vista o entendimento que a Constituição apenas autorizou o legislador ordinário ao estabelecimento **da forma** pela qual se daria a ADPF e não para ampliar a competência do STF (MORAES, 2001, p. 620). Entende esta corrente doutrinária que tal modificação poderia ser objeto apenas de emenda constitucional e não de lei ordinária, de maneira que o legislador ordinário se utilizou de uma manobra terminológica para ampliar a competência constitucional do STF.

Não obstante a contundência deste argumento, não é o que tem sido adotado por nosso tribunal constitucional, que desconsidera essa eventual inconstitucionalidade da Lei nº. 9.882/99<sup>31</sup>, conforme se pode verificar no seguinte argumento:

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional (MENDES, 2007, p. 107-108).

No que tange aos efeitos da decisão da ADPF, a Lei 9.882/99 confere exatamente o mesmo tratamento dado aos efeitos da decisão da ADIn e da ADC pela Lei 9.868/99, os quais serão vistos em seguida.

---

<sup>31</sup> Na ADPF 33 do Governo do Estado do Pará, foi aceita a orientação proposta em relação ao direito estadual pré-constitucional, contestado em face da norma constitucional superveniente. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 06.11.2003.

## **2.3 A declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade e o alcance de seus efeitos**

### *2.3.1 A natureza jurídica da decisão em controle concentrado*

A declaração de inconstitucionalidade, conforme se infere da própria denominação, implica num efeito declaratório da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja por sua constitucionalidade.

Conforme visto no primeiro capítulo, a sentença detém uma eficácia primordial, muito em decorrência da natureza jurídica da ação proposta, porém, pode ainda deter outras eficácias, além da principal (declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas).

Não obstante uma decisão possa ter qualquer das cinco eficácias sentenciais, o provimento jurisdicional proveniente do controle concentrado de constitucionalidade não permite a ocorrência de uma condenação ou execução decorrente de uma declaração de inconstitucionalidade. Como já sabido o controle concentrado não examina um caso concreto, não havendo possibilidade, portanto, de elaboração de um pedido condenatório ou executivo, de maneira que tais eficácias podem ser excluídas de plano.

Portanto, resta saber de que forma uma ADIn, uma ADC ou uma ADPF, podem obter em seu conteúdo uma eficácia declaratória (ou declarativa, como prefere Pontes de Miranda, 1998, p. 210), constitutiva e mandamental.

Partindo-se do marco teórico estabelecido, pode-se inferir que o provimento jurisdicional que declara determinada lei ou ato normativo inconstitucional, não exaure unicamente a eficácia declaratória, pois detém juntamente, a eficácia constitutiva e a mandamental.

Pode-se concluir isto pelo fato de que este provimento, além de “declarar” a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a desconstitui, juntamente com os atos e relações nela fundados, tendo em vista as eficácias desta decisão serem *erga omnes*.

O termo *erga omnes*, que significa “contra todos”, confere uma abrangência maior à decisão de modo que todos a ela se submetem, possuindo os efeitos da decisão alcance geral.<sup>32</sup>

Da mesma forma, da declaração de inconstitucionalidade irrompe uma eficácia mandamental, da qual provém o efeito vinculante (que nada mais é do que um efeito mandamental), pelo qual os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal ficam obrigados a cumprir as determinações previstas nesta decisão.

Desta forma, de acordo com o exposto, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pode ser considerada, sobretudo, como uma decisão constitutiva (constitutiva negativa).

Novamente, citam-se os ensinamentos de Pontes de Miranda (1998, p. 216) para embasar tal afirmação: “a ação declaratória em que pede a ‘declaração da nulidade de uma relação jurídica, em vez de declaração da sua inexistência, é ação constitutiva negativa disfarçante, ou ocorre a troca de um dos sentidos de ‘declarar’ por outro”.

Noutro sentido, no caso do provimento que declara a lei ou ato normativo **constitucional**, decorrem apenas o efeito declaratório e o mandamental, tendo em vista que não se cria, não se modifica, nem se extingue qualquer ato. Portanto, a natureza jurídica da decisão que pronuncia a constitucionalidade da norma, é meramente declaratória (apesar de obter em seu conteúdo, em menor grau, uma carga mandamental).

É de se acrescentar ainda que, ante o caráter dúplice deste provimento, a ADIn, a ADC ou a ADPF podem produzir decisões com natureza jurídica distinta de seus pedidos, dependendo de sua procedência ou improcedência.

Embora a ação direta de inconstitucionalidade tenha natureza constitutiva negativa – na medida em que seu objeto é a restauração da ordem jurídica com a retirada da norma eivada de vício de inconstitucionalidade –, produz efeitos puramente declaratórios, semelhantes aos de uma ação declaratória de constitucionalidade, quando é julgada improcedente e reconhece a compatibilidade da norma com a Lei Maior.

Já a ação declaratória de constitucionalidade, embora tenha natureza declaratória, se julgada improcedente – com o conseqüente reconhecimento de que a norma que constitui o seu objeto está em desarmonia com a Constituição –, produz, também efeitos constitutivos negativos, semelhantes aos de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Por essa razão, o Tribunal reconheceu que estas ações têm caráter dúplice, produzem efeitos semelhantes e que a ação declaratória de constitucionalidade é uma direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado (MENDES; MARTINS, 2007, p. 112)

---

<sup>32</sup> Lei nº. 9.868/99 Art. 28. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Conforme se pode perceber, independentemente do meio de controle concentrado de constitucionalidade utilizado (ADI, ADC ou ADPF), haverá apenas duas espécies de provimento: um decretando a inconstitucionalidade ou outro declarando a constitucionalidade da norma.

### 2.3.2 A questão da retroatividade dos efeitos da decisão no controle concentrado

A lei nº. 9.868/99 positivou um entendimento inovador no que tange ao alcance dos efeitos da decisão em controle abstrato de constitucionalidade, de maneira que permitiu que o Supremo Tribunal Federal pudesse manipular o alcance desses efeitos, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais.

Prevê o artigo 27 da referida lei:

Lei 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No entanto, até a promulgação desta lei, havia muita discussão acerca da natureza jurídica da decisão da ação direta (se declaratória ou constitutiva), bem como da projeção de seus efeitos, se *ex tunc* (retroativos) sempre, ou se comportariam exceções, podendo ser projetados *ex nunc* (*pro futuro*).

Tal discussão se deu em função das origens desta espécie de controle de constitucionalidade, que em seu princípio não permitia esta manipulação do alcance dos efeitos, sendo o dogma da nulidade absoluta da lei inconstitucional uma tradição no direito brasileiro.

Com fundamento na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all*, grande parte da doutrina brasileira (ainda no século passado) se posicionava no sentido de equiparar a inconstitucionalidade à nulidade absoluta.<sup>33</sup>

Desta forma, se defendia que não caberia o reconhecimento de qualquer efeito a esta lei declarada inconstitucional, visto que isso implicaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição, vale dizer, não haveria como uma lei ou ato normativo ser mais ou menos

---

<sup>33</sup> Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 466) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2003, p. 42) citam como exemplo os seguintes autores: Rui Barbosa, F. Campos, Alfredo Buzaid, J. Nunes, Accioly Filho e Lucio Bittencourt.

inconstitucional, que durante determinado período era constitucional e produzia efeitos, mas depois já não era mais.

Os ilustres tratadistas da época, ao recepcionarem a doutrina americana, tentaram trazer a teoria da nulidade *ipso iure* da lei inconstitucional ao direito brasileiro, não lhe concedendo, porém, maior precisão. Dando à decisão pela inconstitucionalidade caráter unicamente declaratório, concediam também o alcance exclusivamente *ex tunc* de seus efeitos, de modo que **sempre retroagiriam** e extirpariam todo e qualquer efeito decorrente da norma impugnada. Por mais lógico que pudesse parecer tal entendimento, ainda esbarrava em problemas técnicos e práticos.

Por um lado, não conseguiam justificar a eficácia *erga omnes*, no sentido em que, por tal, se modificaria e extinguiria todos os atos provenientes da norma declarada inconstitucional (propriedade de natureza constitutiva).<sup>34</sup> Por outro, as conseqüências práticas da declaração de inconstitucionalidade com eficácias *erga omnes* projetadas *ex tunc*, por vezes eram ainda piores, podendo ser mais injustas que a própria norma inquinada. Por tal razão, se deixava eventualmente de reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, para que se evitassem justamente essas conseqüências danosas.

Esta teoria da nulidade absoluta com efeitos retroativos foi guindada inclusive a princípio constitucional em alguns ordenamentos, como o alemão e o espanhol. Na Constituição de Weimar, a nulidade *ipso iure* da lei considerada inconstitucional era considerada um princípio constitucional implícito pela doutrina dominante, basicamente fundada no princípio da supremacia constitucional que conferiria uma hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional (MENDES; MARTINS, 2007, p. 446-447).

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência alemã mitigaram essa tese absolutista e ampla, ante os visíveis problemas práticos que acarretavam. Sustentaram que a condição conferida ao princípio da nulidade *ipso iure* de norma inconstitucional não seria absoluta, mas sim relativa, visto que, tratando-se de um princípio constitucional, quando em

---

<sup>34</sup> Um desses autores, Lúcio Bittencourt, fez a seguinte constatação “[...] as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta e colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo – limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*. Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subseqüentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.

É que em face dos princípios que orientam a doutrina da coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos, que aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes*” (MENDES, 2007, p; 461).

colisão com outros princípios constitucionais, como o da segurança jurídica, poderia ser afastado.<sup>35</sup>

De outra maneira, em 1932, um modelo absolutamente inovador trouxe uma limitação aos amplos efeitos retroativos conferidos pela natureza declaratória da pronúncia de inconstitucionalidade: o austríaco.

Tal modelo não reconhecia o carácter meramente declaratório deste tipo de decisão, de modo que “uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional, que preserva a força jurídica até a sua cassação” (MENDES; MARTINS, 2007, p. 439-440).

É salutar a transcrição dos ensinamentos de Hans Kelsen (1998, p. 300) acerca da *validade* da lei inconstitucional, que inspirou claramente este modelo:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento de sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posteriori derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.

Em seu rico estudo sobre a decisão de inconstitucionalidade, o autor português Rui Medeiros (1999, p. 681) apresenta uma resenha deste modelo que serviria posteriormente de base à variação portuguesa:

No ordenamento austríaco, a anulação da lei inconstitucional tem, em regra, eficácia *ex nunc*. Mas esta regra, não vale ilimitadamente. Já se disse atrás que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroactiva em relação ao caso que esteve na base do controlo concreto de constitucionalidade de lei (entendido em termos amplos) e que o Tribunal Constitucional pode ainda optar com eficácia *pro praeterito*. É tempo agora de sublinhar que, nos termos do n. 5 do art. 140 da respectiva Constituição, o Tribunal Constitucional austríaco pode fixar, na sentença anulatória de uma lei, um prazo de até 18 meses durante o qual a lei inconstitucional continue a produzir os seus efeitos. E, se assim for, a lei deve ser aplicada a todos os factos ocorridos até ao

<sup>35</sup> “São os exemplos da Alemanha, na fase inicial, e da Espanha. Nesses dois sistemas, dominava a ideia do princípio da nulidade como princípio constitucional não-escrito (§ 78 da Lei da Corte constitucional alemã; art. 39 da Lei Orgânica da Corte Constitucional espanhola). Essa orientação, todavia, não impediu que, em casos determinados, ambas as Cortes Constitucionais se afastassem da técnica da nulidade e passassem a desenvolver fórmulas alternativas de decisão. Em outras palavras, a adoção formal do princípio da nulidade não impediu a adoção da técnica alternativa de decisão naqueles casos em que a nulidade poderia revelar inadequada (v. g. casos de omissão parcial) ou trazer conseqüências intoleráveis para o sistema jurídico (ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica). [...] Tal como demonstrado, a técnica da nulidade revela-se adequada para solver as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (v.g., direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia. Assente, igualmente, que o princípio da segurança jurídica é um valor constitucional relevante, tanto quanto a própria ideia de legitimidade. Resta evidente que a teoria da nulidade não poderia ser aplicada na linha do velho adágio *fiat justitia, pereat mundus*” (MENDES, 2007, p. 465).

termo desse prazo, com exceção do caso pretexto, por força do n. 7 do mesmo artigo.

Existiam, portanto, duas teorias que, diametralmente opostas, detinham em seu núcleo uma mesma característica: o apego ao formalismo exacerbado. A primeira, por desconsiderar a repercussão no mundo fático, ensejando evidente injustiça, e a segunda, por se apegar radicalmente ao positivismo.

Já no direito português, nem um, nem outro modelo foi adotado de forma absoluta. O que se verificou foi um modelo **híbrido**, pelo qual, em princípio, os efeitos seriam retroativos. Contudo, poderiam ser restringidos por razões de segurança jurídica (remetendo-se à mitigação do princípio da nulidade *ipso iure* alemão), equidade ou interesse público de excepcional relevo, caso assim o exigissem (MEDEIROS, p. 704).

Malgrado todas estas inovações no direito comparado, em nosso ordenamento jurídico ainda prevalecia a tese da nulidade absoluta e dos efeitos retroativos e amplos da declaração de inconstitucionalidade, de maneira que incumbia ao Supremo Tribunal Federal comunicar a decisão ao Senado, de quem se dependia para que se efetivasse a suspensão da execução do dispositivo declarado inconstitucional (o meio previsto pela Constituição de 46 para a declaração de inconstitucionalidade era a representação de inconstitucionalidade, preservada pela Constituição de 67/69, que tinha procedimento e características diferentes da nossa atual ADIn).

Sendo assim, por mais que houvesse tentativa de se positivar a eficácia *erga omnes* em nosso ordenamento (dando maiores poderes ao STF e independência em relação ao Senado), o Congresso Nacional não aprovava tal medida (como quando rejeitou a EC nº. 16/65).

Entretanto, na década de 70, o STF deixou enfim assente o entendimento que a pronúncia de inconstitucionalidade no processo em controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*, vinculada fundamentalmente à natureza do processo, não dependendo de qualquer fundamento legal (MENDES; MARTINS, 2007, p. 477). Desta forma, se começou a mitigar o caráter absoluto (ainda que de forma incipiente) da teoria da nulidade *ipso iure*.

Todo esse balanço histórico mundial serve para demonstrar a dificuldade e o amplo debate acerca do alcance dos efeitos da decisão em controle concentrado e que a tese pela limitação do princípio da nulidade absoluta não é tão inovadora, tampouco absurda, como pregam muitos.

Tanto é assim, que a Assembléia Constituinte de 1986/88 debateu amplamente o tema, de maneira que se tentou inserir um dispositivo na Constituição prevendo essa

limitação. No entanto, como se pode imaginar, não foi levado adiante (apesar do STF já ter mitigado esse entendimento desde 1977), mantendo-se o modelo tradicional da declaração de inconstitucionalidade (por mais que por outros meios).

Apenas em 1999 (ou seja, mais de dez anos depois da promulgação da Constituição de 1988) foi introduzido em nosso ordenamento um modelo semelhante ao português, de cunho híbrido. De acordo com este modelo (agora positivado), o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, está autorizado a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou estabelecer que ela tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros (art. 27, da Lei 9.868/99).

Novamente, é de bom alvitre socorrer-se nos ensinamentos dados por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins (2007, p. 509-510) para justificar e explicar os motivos da referida norma:

Vê-se, nesse passo, que o art. 27 da Lei nº. 9.868/99 limita-se a explicitar orientação que decorre do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém que tal, princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeitos em um processo de complexa ponderação.

E continuam os autores:

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.

Portanto, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio (op. cit. 509-510).

Desta forma, apesar da possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, a regra da retroatividade dos efeitos (*ex tunc*) permanece, sendo imprescindíveis, no entanto, a motivação e a fundamentação de maneira clara, para que se possa abdicar da regra. Com a declaração de inconstitucionalidade da norma, todos os atos nela fundados deixam de existir. Contudo, isso não significa dizer que tal ocorre de maneira absoluta, tendo em vista a possibilidade de manipulação do alcance dos efeitos desta decisão.

Se extrai, dentre outras conseqüências, a de que todos os efeitos, produzidos pela norma atingida, são desconstituídos, para tanto invocando, com freqüência, a lição de Marshall, no sentido de que lei inconstitucional é lei natimorta (o que retiraria, aos atos constituídos com base nela, o suporte jurídico de existência). Registre-se, todavia, que freqüentemente a Corte, ao dar pela procedência, ressalva os efeitos até então já consumados (sobretudo os produzidos de boa-fé, ou se a desconstituição radical se revelar sumamente injusta ou socialmente indesejável). A solução benévola do Supremo seria plenamente justificada, do ponto de vista do sistema jurídico, se reconhecida a natureza bivalente do julgado, a um tempo declaratório e constitutivo, realidades de modo algum antitéticas (FERRAZ *apud* ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 49)

Pode-se concluir, portanto, que a declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade só afeta a coisa julgada material, se projetados seus efeitos *ex tunc*. Ocorrendo a manipulação dos efeitos, e sendo estes estabelecidos *ex nunc*, não há que se falar em sentença que não forma coisa julgada material por violação à Constituição Federal, tendo em vista que a norma não é declarada inconstitucional, mas sim desconstituída ante seu julgamento pela inconstitucionalidade, projetando seus efeitos apenas *pro futuro*.

#### **2.4 O conceito de “coisa julgada inconstitucional” em decorrência de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade de lei ou ato normativo**

Muito embora seja um tema relativamente novo, a assim considerada “coisa julgada inconstitucional” já possui diferentes conceituações, por diferentes autores, por diferentes critérios. Desta maneira, antes de se definir o que seria a “coisa julgada inconstitucional”, justificando efetivamente todo o arcabouço teórico até aqui trazido, convém passar pelas concepções de alguns autores importantes.

Um dos precursores destas teses e grande estudioso sobre o tema é o autor português Paulo Manuel da Cunha Costa Otero. Mesmo considerando a importância do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico constitucional, o mencionado autor

prevê a possibilidade da impugnação da coisa julgada material, conforme se verifica (OTERO, 1993, p. 64):

A idéia de defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundamentadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de detruição do caso julgado desconforme com a Constituição.

Outro autor que desenvolveu estudos doutrinários e concomitantemente vem se manifestando em sede jurisdicional, é o ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, que já vem há tempos defendendo a bandeira da relatividade da coisa julgada material ante a ocorrência de flagrante inconstitucionalidade.

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto este é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual (DELGADO, 2005, p. 47).

Mais adiante assevera:

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

[...]

Ora, sendo o Judiciário um dos poderes do Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente, o de garantir a prática da justiça, como conceber como manto sagrado intocável, coisa julgada, que faz o contrário? (op. cit. 54-55)

Por outro lado, Humberto Theodoro Junior (2005, p. 72-126) defende a tese da nulidade da sentença considerada inconstitucional e, por conseqüência, do julgado. Entende Theodoro Junior que “impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo se esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária”. Ante o prejuízo da parte por esta nulidade *ipso iure*, não caberia à Justiça negá-la acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado.

O referido autor vai além, defendendo inclusive o manejo da outrora existente *querella nullitatis*, salientando o seguinte:

É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res iudicata*, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contempladas pelo Código de Processo Civil (op. cit. 72-126).

Dentro deste raciocínio, o autor encontra fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para solver a problemática dos prazos decadenciais, aduzindo que, sobretudo, “o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário” (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2005, p. 72-126).

Avançando um pouco mais na configuração desta “coisa julgada inconstitucional”, Cândido Rangel Dinamarco tenta desenvolver uma visão um pouco mais sistemática, apontando critérios objetivos, a serem ponderados de acordo com os princípios constitucionais. Apresenta um binômio que à configuração da coisa julgada material deve ser respeitado: segurança jurídica/justiça. No entanto, faz uma ressalva:

Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral (DINAMARCO, 2002, p. 5-31).

Diferentemente do até então apresentado, Dinamarco entende que a sentença que contém em seu enunciado conteúdo inconstitucional não é nula, mas juridicamente inexistente, por não deter efeitos possíveis decorrentes dela. A sentença inconstitucional não produziria efeitos possíveis, pois fundada em pedido impossível, de maneira que se estes não pudessem ser postulados, os efeitos da sentença *a priori* também não poderiam ser produzidos e, como consequência, também não poderiam ser imunizados pela coisa julgada material.

Por fim, tangenciando a premissa proposta por Cândido Dinamarco, os autores Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003), aprofundaram ainda mais a questão técnico-processual, propondo um passo um pouco adiante: que na realidade o pedido impossível ensejaria na carência da ação e não havendo ação, que sob seu prisma seria um dos pressupostos de existência do processo e da sentença, acarretaria em sua inexistência jurídica. Não havendo sentença a ser imunizada pela coisa julgada material, não haveria que se falar em sua formação.

O que se pode perceber em grande parte dos argumentos é a emergência de uma colisão de princípios constitucionais, no sentido de justificar a relatividade da coisa julgada material ou sua não ocorrência quando inconstitucional. Basicamente, é colocado o princípio da segurança jurídica (sempre ele) em face dos princípios da moralidade administrativa, da legalidade, do acesso à justiça, da razoabilidade, da proporcionalidade e da supremacia constitucional.

Desta forma, seguindo essas premissas, a segurança jurídica deve-se pautar por outros princípios constitucionais, de maneira que a certeza decorrente da segurança deve ser uma certeza qualificada pela moralidade administrativa, que não afronte a lei e a Constituição, verificando-se sempre os ideais de justiça.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições (DELGADO, 2005, p. 48).

Da mesma forma, essa decisão deve elevar o valor de isonomia, de maneira que o sistema jurídico não permite, em homenagem à segurança, manter decisões díspares para casos iguais (proporcionalidade e razoabilidade).

Portanto, resta claro que não se pode formar coisa julgada material quando a decisão contraria a Constituição Federal e seus princípios, não podendo se prevalecer sob o argumento da segurança jurídica. Aduzem Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria (2005, p. 133):

A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

Por mais edificante ao Estado Democrático de Direito que seja o princípio da segurança jurídica, da mesma forma que importante ao ordenamento como um todo, não se trata de um princípio absoluto, que constitua um valor em si mesmo.

Quando entra em conflito com outros princípios constitucionais deve-se fazer um sopesamento entre eles, de modo que se possa equilibrar com harmonia os dois sentidos colidentes, “transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável”, [...] “pois os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fantoches da ordem processual” (DINAMARCO, 2002, p. 5-31).

Não obstante o brilhantismo com que enfrentaram a problemática dessas decisões ditas inconstitucionais, os referidos autores se restringiram a apresentar em seus ensaios conceitos genéricos, abstratos e abrangentes, sem determinar exatamente os reais parâmetros do que seria a “coisa julgada inconstitucional”.

Os autores que mais se aproximaram de uma sistematização foram Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina em sua obra “O Dogma da Coisa Julgada”, com sua tese de inexistência jurídica da sentença que viola a Constituição Federal.

Pois bem, estabelecidos os critérios principiológicos e de técnica processual para justificar a relatividade da coisa julgada dita inconstitucional, ainda faltou efetivamente delimitar o que seria esse “inconstitucional”. É qualquer alegação de “inconstitucionalidade”? É o que alguns dos autores citados denominaram “inconstitucionalidades flagrantes”? Injustiças? Até que ponto uma sentença seria considerada injusta?

É certo que tais critérios servem como parâmetro ao conceito, porém ante sua larga abrangência, correm o sério risco de cair em casuísmos, o que ensejaria numa grave insegurança jurídica se fosse assim considerada, de per si, a “coisa julgada inconstitucional”.

Por tal razão que se buscou delimitar o que seria essa inconstitucionalidade, por meio do estudo do controle de constitucionalidade neste capítulo. E sob o entendimento aqui empregado de acordo com os marcos teóricos, a inconstitucionalidade que pode ensejar a impugnação de coisa julgada supostamente material é apenas aquela **declarada pelo Supremo Tribunal Federal, proveniente de uma decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, que tenham obtido suas eficácias um alcance *ex tunc***. Ou seja, para que uma sentença seja considerada inexistente por violação à Constituição Federal, deve ter sido fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF em uma ADIn, ADC ou ADPF.

O mesmo se dá quando, *incidenter tantum*, uma decisão fundamentar-se em afastamento de determinada norma, que posteriormente obtém **por meio do controle concentrado exercido pelo STF, uma declaração de constitucionalidade, com eficácia de alcance *ex tunc***. Tal decisão é inconstitucional e por tal razão merece ser impugnada.

Convém apenas ressaltar que a expressão “coisa julgada inconstitucional” é semanticamente paradoxal, tendo em vista que se é inconstitucional, não forma coisa julgada, e mesmo que se admitisse a sua formação (digamos *lato sensu*, formal que seja), o que é precipuamente inconstitucional é a sentença e não a qualidade de imutável que a ela se adere.

Conforme ensina o professor Barbosa Moreira (2005, p. 43-61),

o certo, porém, é que se costuma, freqüentemente, na linguagem tomar o continente pelo conteúdo, quando, por exemplo, se afirma que o Brasil jogou contra a Colômbia, no campeonato de futebol, ou a medicina tem incrementado as pesquisas sobre determinado vírus, quando, na verdade, foi a equipe da seleção do Brasil que enfrentou a seleção da Colômbia, são os médicos que estão pesquisando. Assim, quando se fala em coisa julgada contrária à Constituição, o que realmente se está afirmando é que uma sentença transitada em julgado praticou a ofensa.

No entanto, malgrado tenha que se dar a mão à palmatória ao douto mestre, será admitida a expressão “coisa julgada inconstitucional” para os fins propostos por este trabalho, tendo em vista sua maior facilidade de manejo e concisão.

Logo, a *coisa julgada inconstitucional* é caracterizada pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo, fazendo com que os efeitos desta declaração retroajam e maculem a decisão nesta norma fundamentada, ensejam a inconstitucionalidade da sentença e por conseqüência, da coisa julgada dela proveniente. Ressalte-se que essa sentença, apesar de ter transitado em julgado (formalmente), não é coberta pelo manto da coisa julgada material, sendo, portanto, impugnável ante sua inexistência jurídica (conforme já amplamente repisado).

### CAPÍTULO 3 – OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO FUNDADA EM APLICAÇÃO DE NORMA CONTRÁRIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Estabelecidas as premissas acerca do conceito de *coisa julgada inconstitucional*, de sua proveniência e de como efetivamente tais sentenças **não formam coisa julgada material**, se faz necessário demonstrar os meios pelos quais se pode reconhecê-la, e por consequência, impugná-la.

No ordenamento jurídico brasileiro já existem instrumentos que se destinam a combater flagrante inconstitucionalidade contida em decisão judicial, de maneira que tentam corrigi-la e adequá-la aos preceitos estabelecidos em nossa Constituição Federal: os recursos ordinários e extraordinários<sup>36</sup>. No entanto, sobre tais mecanismos não se encontram maiores divergências, tendo em vista sua previsão legal e repercussão doutrinária já bem sedimentadas<sup>37</sup>.

O empecilho surge quando se reflete sobre o que fazer quando a sentença já transitou em julgado, não cabendo mais qualquer impugnação pela via recursal. Que esta sentença é impugnável, ante o exposto até aqui, já não restam dúvidas. Contudo, por qual meio processual?

Ao contrário do que se observa em outros países, v.g. a Alemanha, examinando-se nosso ordenamento jurídico, não se verifica nenhum mecanismo explícito para o controle ou reconhecimento da *coisa julgada inconstitucional* (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2005, p. 98).

Ante esta falta de previsão expressa de um instrumento, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que estaria a *coisa julgada inconstitucional* livre de qualquer meio de impugnação. Contudo, tal argumento não mostra obter sustentabilidade. Não bastassem os motivos até aqui trazidos, se até mesmo a sentença transitada em julgado possuidora de um vício menor, como a ilegalidade, pode ser impugnada pela ação rescisória, por que a sentença eivada de inconstitucionalidade não poderia?

---

<sup>36</sup> Em sentido lato, compreendendo tanto o Recurso Extraordinário, quanto o Recurso Especial.

<sup>37</sup> Como por exemplo: Arruda Alvim (1988), Gilmar Ferreira Mendes (1994), Eduardo de Avelar Lamy (2005), Teresa Arruda Alvim Wambier (1997), Luiz Guilherme Marinoni (2007), etc.

Ainda, a impugnação da *coisa julgada inconstitucional* se sujeitaria ao mesmo regime jurídico processual da coisa julgada ilegal, atacável pela ação rescisória? Ou seria objeto de outra ação autônoma? Que outra ação autônoma? É o que será visto a seguir.

### 3.1 Impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução

Utilizando-se um critério cronológico, ligado à ordem de cabimento do mecanismo processual de acordo com a proximidade temporal ao “trânsito em julgado”, os primeiros instrumentos processuais de impugnação da *coisa julgada inconstitucional* são cabíveis ainda na fase executória: a impugnação ao cumprimento de sentença ou os embargos à execução, quando contra a Fazenda Pública.

Com as alterações promovidas no Código de Processo Civil pelas Leis nº. 11.232/05 e nº. 11.382/06, na parte relativa à execução, a oposição à execução ficou dividida entre dois remédios processuais: a) a **impugnação**, para o cumprimento de sentença<sup>38</sup> e; b) os **embargos do executado**, referente aos títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 736<sup>39</sup>), às execuções contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730<sup>40</sup>) e contra o devedor de alimentos (CPC, art. 732<sup>41</sup>), (THEODORO JUNIOR, 2007b, p. 426).

São remédios semelhantes, porém distintos, tendo em vista que o primeiro é incidental ao processo principal e o segundo autônomo, de maneira que seus procedimentos também possuem diferenças. De toda forma, sua finalidade é a mesma, vale dizer, obstar a execução, seja como fase ou processo autônomo.

Por tal razão, Humberto Theodoro Junior (2007b, p. 429), ao se referir à natureza jurídica destes meios de defesa, aduz o seguinte:

Sua natureza jurídica é a de uma *ação de cognição* incidental, de caráter *constitutivo*, conexas à execução por estabelecer, como ensina Chiovenda, uma “relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução.”

Não são os embargos uma simples resistência passiva como é a contestação no processo de conhecimento. Só aparentemente podem ser tidos como resposta do devedor ao pedido do credor. Na verdade, o embargante toma uma posição ativa ou

<sup>38</sup> A antiga execução de título judicial, que agora é apenas fase de um mesmo processo de que também faz parte a fase de conhecimento.

<sup>39</sup> CPC, Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

<sup>40</sup> CPC, Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

<sup>41</sup> CPC, Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

de ataque, exercitando contra o credor o *direito de ação* à procura de uma sentença que possa extinguir o processo ou desconstituir a eficácia do título executivo. Por visar a desconstituição da relação jurídica líquida e certa retratada no título é que se diz que os embargos são uma *ação constitutiva*, uma nova relação processual, em que o devedor é o autor e o credor o réu.

No entanto, como o tema deste trabalho está adstrito à coisa julgada, será dada atenção apenas aos títulos executivos judiciais, onde de fato há possibilidade de sua ocorrência.

Com efeito, as hipóteses em que podem ser opostos os embargos à execução ou a impugnação ao cumprimento de sentença, estão previstas nos artigos 741<sup>42</sup> e 475-L<sup>43</sup> do CPC.

Dentre todas as matérias das quais podem versar os embargos e a impugnação, a que mais importa aqui é a relativa à inexigibilidade do título, prevista em ambos os artigos em seus incisos II. Efetivamente, com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 741 do CPC pela Medida Provisória nº. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, foi enfim positivada a idéia, até então restrita a doutrina e a jurisprudência, da *coisa julgada inconstitucional*.

Após várias reedições desta medida, a Lei 11.232/05 finalmente lhe concedeu definitividade, acrescentando igual dispositivo ao § 1º do artigo 475-L, encerrando a contundente discussão acerca de sua constitucionalidade, tendo em vista sua precariedade enquanto Medida Provisória, com matéria da qual não teria competência o Executivo para legislar. Veja-se:

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.

Da mesma forma, é importante salientar que um dispositivo semelhante também foi inserido no artigo 884, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho pela mesma MP:

---

<sup>42</sup> CPC, Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

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

<sup>43</sup> CPC, Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

“Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretações tidos por incompatíveis com a Constituição Federal”.

Portanto, ao tornar expressa esta disposição, o controle de constitucionalidade ganhou importância operativa, tendo em vista à explicitação da possibilidade de impugnar a sentença supostamente coberta pelo manto da coisa julgada fundada em inconstitucionalidade declarada pelo STF.

Conforme já dito anteriormente, entretanto, ao juiz não cabe pesquisar livremente acerca da inconstitucionalidade da sentença atacada. Para justificar o acolhimento dos embargos ou da impugnação, e conseqüente inexecutabilidade, se faz necessário um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal (TALAMINI, 2002, p. 106).

Antes do art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF estimava que, a despeito de a proclamação de inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente através de rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado. A 1ª Turma do STF rejeitou, expressamente, o uso de embargos contra a execução baseada em sentença posteriormente declarada inconstitucional. E o Pleno esclareceu que o julgamento do STF não se afigura eficaz perante a execução baseada em título formado nessas condições.

Em sentido diverso, o § 79-2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (*unzulässig*) sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado (*Vollstreckungsgegenklage*) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado. Esta disposição inspirou o art. 741, parágrafo único, do CPC brasileiro. Gilmar Ferreira Mendes sustentou, de *lege ferenda*, a introdução de norma análoga, permitindo a alegação da inconstitucionalidade através de embargos, desde que declarada “pelo Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas” (ASSIS, 2005, p. 252).<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Recentemente, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. LIMITES AO CONHECIMENTO. APLICABILIDADE DA REFERIDA NORMA. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. BALIZA TEMPORAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA EDIÇÃO DA NORMA CITADA. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA TESE DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.

1. É cediço que parte da doutrina tem incansavelmente admitido a alegação da coisa julgada inconstitucional, albergando o art. 741, parágrafo único, do CPC, defendendo, inclusive, a possibilidade de alegá-la a qualquer momento.

2. Outra parcela entende que a norma em comento é inconstitucional, porquanto o princípio da coisa julgada seria maior que os outros princípios utilizados como parâmetro da tese da coisa julgada inconstitucional, razão pela qual não poderia, em nenhuma hipótese, o referido instituto ser desconstituído, ainda que em virtude de declaração de inconstitucionalidade da norma utilizada como fundamento para a prolação da sentença exequenda.

3. A solução, contudo, a ser adotada deve ser um meio-termo, pois a tese da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como uma regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de se enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida a direito fundamental), bem como retirar de toda a sociedade a segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama.

4. Parte-se da premissa de que as sentenças transitadas em julgado posteriores ou anteriores à declaração de inconstitucionalidade da norma podem ser desconstituídas (Resp 720953/SC, Rel. Min. Teori Albino Cavalcanti).

5. Contudo, antes da edição Medida Provisória nº 2.180/01, que incluiu o parágrafo único no art. 741 do CPC, a forma como deveria ser impugnada uma sentença transitada em julgado, proferida em desacordo com norma declarada inconstitucional pelo STF era por meio da ação rescisória.

6. O princípio regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o de que as normas processuais têm efeitos imediatos, mas respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada impõe que a MP 2.180/01, incluindo nova hipótese de matéria a ser alegada em embargos à execução por ser de ordem de processual é aplicável de forma imediata respeitada, obviamente a coisa julgada.

7. Dessa forma, a nova hipótese de matéria a ser tratada em embargos à execução, qual seja, a alegação de declaração de inconstitucionalidade de norma, somente pode valer a partir da edição da MP 2.180/01, em respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada (explícito) e segurança jurídica (implícito). Precedentes. 8. Recurso especial improvido (REsp 883.338/AL, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 01/10/2007 p. 380)”.

De maneira diversa das outras hipóteses previstas para impugnação da execução, neste caso específico, ante sua inexigibilidade em razão de inconstitucionalidade, a natureza jurídica dos embargos (ou impugnação) não é constitutivo-negativa. Rigorosamente, os embargos não detêm aqui uma função “rescindente”, já que não há o que se rescindir, tendo em vista a inexistência jurídica da sentença fundada em inconstitucionalidade, que efetivamente não formou coisa julgada material. Há, isto sim, uma função declaratória.

Os embargos à execução, assim, nada mais são que ação movida pelo executado contra o exeqüente, via de regra com o objetivo de declarar a nulidade ou desconstituir o ato ao qual a norma atribuiu a eficácia de título executivo.

Se a sentença é inexistente, à execução faltará, *ipso facto*, o título executivo. É que, faltando o próprio ato, porque tal ato não se terá formado, não produzirá, obviamente, efeitos jurídicos, aí incluído o de constituir título executivo (ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 73).

Não obstante o executado possa se utilizar dos embargos ou da impugnação para argüir a inconstitucionalidade do julgado, tal escolha não lhe é impositiva. Com certeza é mais cômodo e mais aconselhável, até porque possui previsão legal expressa<sup>45</sup>, porém, se o executado por alguma razão não o fizer, ou até mesmo se já terminada a execução, nada impede que ingresse com uma ação autônoma (conforme será visto logo em seguida).

A partir do marco teórico adotado, como se trata de uma sentença que inexiste juridicamente, a qualquer tempo, mesmo com outro instrumento processual, a inconstitucionalidade pode (e deve) ser declarada.

Naturalmente, se utilizados os embargos ou a impugnação, não caberá posteriormente a propositura de nova ação declaratória autônoma, tendo em vista que o provimento que declarou a inconstitucionalidade da sentença impugnada, nos embargos ou na impugnação, resta envolto pela qualidade de imutável da coisa julgada material (ao contrário do anterior impugnado).

---

<sup>45</sup> CPC, Art. 741. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

## 3.2 Ação rescisória

### 3.2.1 Características gerais

Pois bem, seguindo o critério cronológico estabelecido para o estudo dos instrumentos processuais de impugnação da *coisa julgada inconstitucional*, caso não haja a fase executória ou esta já esteja terminada, irrompe outro mecanismo a se manejar: a ação rescisória.

Conforme visto no primeiro capítulo (no item relativo à sentença rescindível), ante uma injustiça grave contida numa sentença, ofensiva aos princípios que pautam nosso ordenamento jurídico, é permitida a desconstituição do julgado através da ação rescisória.

As hipóteses de cabimento desta ação estão expressamente enumeradas no artigo 485 do CPC <sup>46</sup>, de maneira que se trata de um rol taxativo e excepcional.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 654), para a propositura da ação rescisória, os seguintes pressupostos precisam ser preenchidos:

- I – Sentença (ou acórdão) que, efetivamente, aprecie o mérito da demanda, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado (art. 269, I, do CPC); <sup>47</sup>
- II – Ocorrência de coisa julgada material sobre essa sentença, em função da preclusão da faculdade recursal sobre ela;
- III – Presença de uma das causas apontadas no art. 485 do CPC;
- IV – Não exaurimento do prazo previsto para a ação rescisória (art. 495, CPC).<sup>48</sup>

Observados estes pressupostos, a ação rescisória não precisa se limitar a conter em seus pedidos apenas a anulação da sentença inquinada de vício (lembrando que neste trabalho, o termo “sentença” sempre está no sentido lato). Ao contrário, como prevê

<sup>46</sup> CPC, 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;

<sup>47</sup> CPC, Art. 269. Haverá resolução de mérito:

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

<sup>48</sup> CPC, Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

expressamente o artigo 488, I, do CPC<sup>49</sup>, pode a parte autora cumular o pedido de um novo julgamento da lide.

Desta forma, podem ocorrer dois pedidos cumulados sucessivos, o de rescisão da sentença transitada em julgado (*iudicium rescindens*) e o de novo julgamento (*iudicium rescissorium*), que só é apreciado se o primeiro for julgado procedente. Diante de tal ocorrência, a ação rescisória, por mais que possua natureza eminentemente constitutiva negativa, pode gerar outros efeitos, tais como o declaratório e o condenatório, por exemplo, ao se permitir a recomposição da lide.

No que tange à competência para o exame da rescisória, será sempre um tribunal que a julgará (nunca juízo de 1º grau). Quando se trata de sentença de 1º grau, a competência será do tribunal hierarquicamente superior ao juízo prolator do julgamento rescindendo (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal). Se o julgamento a ser rescindido for de tribunal – decorrente de competência originária ou recursal -, competirá ao próprio tribunal julgar a ação rescisória (art. 102, I, *j*;<sup>50</sup> art. 105, I, *e*;<sup>51</sup> e art. 108, *b*, da CF<sup>52</sup>), (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 659).

Por fim, o direito de propor a ação rescisória está limitado ao prazo decadencial de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da decisão a ser impugnada, nos termos do artigo 495, do CPC.<sup>53</sup>

### 3.2.2 O cabimento da ação rescisória em face da sentença transitada em julgado eivada de inconstitucionalidade

A dúvida que persiste, e que efetivamente divide opiniões, diz respeito ao cabimento da ação rescisória para desconstituir a sentença transitada em julgado eivada de

<sup>49</sup> CPC, Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

<sup>50</sup> CF, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

<sup>51</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

<sup>52</sup> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

<sup>53</sup> Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

inconstitucionalidade. Trata-se de uma resposta complicada, tendo em vista que encontra dificuldades em todos os sentidos possíveis.

Surgem, dentre os mais proeminentes, três possíveis entendimentos: a) não cabível sob nenhum pretexto; b) é cabível indiscriminadamente, sob a hipótese de violação literal do disposto em lei (entendida em seu sentido lato, abrangendo a Constituição Federal); c) não cabível em razão da natureza jurídica da ação rescisória, devendo ser manuseado outro instrumento para a impugnação da *coisa julgada inconstitucional*.

#### a) Primeira corrente

A primeira corrente não entende como cabível a ação rescisória na hipótese de *coisa julgada inconstitucional* (nas balizas estabelecidas por este trabalho), por basicamente desconsiderar que esta exista. Doutrinadores como Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 664) e Ovídio Baptista (2004, p. 213-225) defendem que a declaração proveniente do controle concentrado de constitucionalidade não tem o condão de atingir as decisões transitadas em julgado, em razão do princípio da segurança jurídica, que estaria sob tal hipótese sendo violado.<sup>54</sup>

Esta linha de argumentação reconhece o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ex tunc*, contudo, apenas no plano de validade da norma e dos atos administrativos, excluindo destes a atividade jurisdicional, de maneira que seria o art. 741, parágrafo único, do CPC, inconstitucional (e por extensão o 475-L, do CPC e 884, § 5º, da CLT).

O fundamento para tal entendimento não se restringe à interpretação dos princípios constitucionais, mas também à súmula nº. 343, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Aduzem os defensores desta tese, que a referida súmula deva ser aplicada também à matéria constitucional, impedindo-se desta forma, que em razão de matéria controvertida

---

<sup>54</sup> “É importante evidenciar, ademais, que a admissão da ação rescisória, sem uma adequada compreensão da importância da coisa julgada material, também importa em admissão de que a declaração de inconstitucionalidade a destrói. Ou seja, quando se imagina que, no caso de declaração de inconstitucionalidade, a desconstituição da coisa julgada está sujeita apenas à mera propositura da ação rescisória, admite-se que a declaração de inconstitucionalidade retroage para apanhar a coisa julgada. A diferença, que não tem nada a ver com a substância do problema, é a de que, no caso de ação rescisória, a desconsideração da coisa julgada não seria efeito automático da decisão de inconstitucionalidade. Portanto, se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 669).

nos tribunais, se propusesse a ação rescisória para desconstituir o julgado em descompasso com a declaração do STF. Tal compreensão seria justificada pela inclusão das normas discutidas nos meios de controle abstrato de constitucionalidade como fundamento de “interpretação controvertida nos tribunais”. Não sendo assim, entendem que esta súmula perderia sua razão de ser, de modo que estaria em desuso, o que acarretaria numa extensão desmedida à noção de “violação literal de lei” prevista no artigo 485, V, do CPC, negando-se assim à própria essência da coisa julgada, ante a banalização da rescisória (MARINONI, ARENHART, 2006, p. 669-671).

Primeiramente, o problema acerca da intangibilidade da coisa julgada material e do reconhecimento da *coisa julgada inconstitucional* já restou superado por este trabalho nos capítulos anteriores, de maneira que não será adentrado neste tema novamente.

De outra forma, merece maior atenção o argumento embasado na súmula nº. 343, que serve para afastar a discussão acerca da sentença inconstitucional em ação rescisória, por entender que a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF é proveniente de uma “interpretação controvertida dos tribunais”.

A expressão “interpretação controvertida”, ao contrário do que se tenta transparecer, não diz respeito a qualquer julgado ou qualquer declaração proferida pelo STF. Não obstante o controle concentrado nasça de certo conflito, isso não quer dizer que efetivamente há interpretação controvertida nos tribunais. Por tal razão, explica José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 131-132):

Assentou a jurisprudência da Corte Suprema que fica preexcluída a rescisão quando seja “de interpretação controvertida nos tribunais” a norma supostamente violada pela decisão rescindenda, a menos que se trate de texto constitucional. Deve receber-se com ressalvas a tese. Sem dúvida, no campo interpretativo, muitas vezes há que se admitir certa flexibilidade, abandonada a ilusão positivista de que para toda questão hermenêutica existe uma única solução correta. Daí a enxergar em *qualquer* divergência obstáculo irremovível à rescisão vai considerável distância: não parece razoável afastar a incidência do art. 485, V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma.

Ademais, tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup> quanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>56</sup>, vêm de maneira mitigada a aplicação da referida súmula, empregando-a apenas à interpretação controvertida de lei **infraconstitucional** (e ainda assim com algumas ressalvas), tendo em vista a supremacia jurídica que detém a matéria constitucional, não estando sujeita a esta orientação hermenêutica.

<sup>55</sup> STF, RE-Agr 328.812-AM, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.12.2002; RE 103.880-SP, rel. Min. Sydney Sanches, 22.02.1985; RE 101.114-SP, rel. Min. Rafael Meyer, 12.02.1983.

<sup>56</sup> STJ, EREsp 608122 / RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 09.05.2007; Resp. 130.886/RS, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 18.08.98.

## b) Segunda corrente

Em sentido completamente oposto, outra corrente doutrinária sustenta a possibilidade da propositura da ação rescisória contra decisão judicial fundamentada em norma declarada inconstitucional pelo STF, ou que tenha afastado determinada norma por entender inconstitucional, mas que depois foi declarada constitucional, também pelo Supremo.

Encampado tanto pelo STF<sup>57</sup> quanto pelo STJ<sup>58</sup>, tal entendimento seria possível ao se fazer uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento da rescisória, mais precisamente do inciso V, do artigo 485 do CPC: “violam literal disposição de lei”.

Cândido Rangel Dinamarco, em seu ensaio sobre a relatividade da coisa julgada material (2002, p. 5-31), aduz o seguinte a respeito da ação rescisória:

Outra legítima abertura ao reconhecimento da *inconstitucionalidade da coisa julgada* em casos extremos pode e deve ser o *redimensionamento da ação rescisória* e dos limites de sua admissibilidade. Ela é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material, reputada esta um valor a ser preservado a todo custo e sujeito a questionamentos apenas em casos verdadeiramente extraordinários. O rol das hipóteses de sua admissibilidade é um *numerus clausus* (CPC, art. 485) e os tribunais brasileiros esmeram-se em afirmar a interpretação de cada um dos incisos que tipificam as hipóteses de sua admissibilidade, sempre assumida a premissa de prevalência do valor da segurança jurídica. Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do CPC, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais [...].

Logo, “abrindo-se os espíritos para a interpretação” (DINAMARCO, 2002, p. 5-31), ao se entender “lei” em seu sentido lato, se abrangeria a lei federal propriamente dita, complementar, ordinária, delegada, a medida provisória, o decreto, a Constituição Federal, etc.

Não é diferente o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 178), quando aduzem sobre esta possibilidade hermenêutica específica:

O modo como o art. 485, inc. V, do CPC está redigido pode, de fato, dar-nos a impressão de que só cabe ação rescisória quando, ao longo do processo ou na parte

<sup>57</sup> O Pleno do STF afirmou que “lei inconstitucional não produz efeito, nem gera direito, desde o seu início [...], assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória” (RE 89.108-60, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 28.08.1980).

<sup>58</sup> “Processual civil. Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. 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 por tê-la como de acordo com a Carta Magna” (AR nº. 870 / PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 13.03.2000).

decisória da sentença (ou seja, tratando-se de ofensa à lei processual ou à lei material), tenha-se afrontado *a letra da lei*.

Embora talvez tenha o legislador querido significar ofensa realmente a *literal disposição de lei*, não nos parece que, por tudo o que até agora se disse, deva ser este contemporaneamente o sentido atribuído a tal inciso.

Já dissemos que a redação do art. 485, inc. V, do CPC é reminiscência de épocas em que se dava mais importância à letra da lei do que a qualquer outro elemento do sistema.

E os autores vão além:

A expressão *lei* diz respeito a lei federal, complementar, ordinária, Constituição Federal, leis estaduais, municipais, medidas provisórias, decretos legislativos, etc. E, em nosso entender, abrange também os princípios jurídicos.

Concebe-se hoje que o desrespeito a princípios é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a dispositivos legais. Logo, a conclusão não poderia ser outra se não a de que o desrespeito a princípios deve entender-se hoje como alcançado pelo art. 485, inc. V, do CPC.

É a opinião de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira (op cit. 179).

Portanto, sob este ponto de vista, é cabível a ação rescisória por violação à Constituição Federal, em razão de estar contida na concepção de “lei”, prevista no artigo 485, V, do CPC<sup>59</sup>.

### c) Terceira corrente

A última corrente doutrinária entende não ser cabível a propositura da ação rescisória, por entender que a impugnação da *coisa julgada inconstitucional*, se dá por ação de natureza meramente declaratória.

Não obstante o assunto ter maior aprofundamento no item seguinte, cumpre aqui tecer alguns breves comentários. Basicamente, esta corrente se funda em dois pilares, que seriam problemas a se enfrentar no caso da rescisória: a) em razão de terem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade alcance *ex tunc*, a natureza jurídica da ação que **reconhece** esta inconstitucionalidade não seria constitutiva negativa (própria da rescisória), mas sim **declaratória**, visto que reconhece situação jurídica já pré-existente; b) não há como convalidar uma inconstitucionalidade em função de decurso de prazo decadencial, de modo que **esta ação não está sujeita ao prazo bienal da rescisória**.

Apesar disto, como dito anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a ação rescisória para a impugnação da *coisa julgada inconstitucional*, conforme se vê a seguir:

Processo civil. Ação rescisória. Matéria constitucional. STF - súmula 343. A lei comporta mais de uma interpretação, mas ela não pode ser válida e inválida,

<sup>59</sup> CPC, Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
V - violar literal disposição de lei;

dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la, circunstância que excepciona da Súmula 343/STF a ação rescisória que versa matéria constitucional. recurso especial conhecido e provido.

[...]

O entendimento desta Corte, quando 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 com 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 à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeito 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 (STJ, REsp 128239/RS, Rel. Min Ari Pargendler, 06.11.1997).<sup>60</sup>

No entanto, por mais que o STJ admita o cabimento da rescisória, o curto prazo decadencial segue como um empecilho, de maneira que Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria (2005, p. 100) sustentam a o seguinte:

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

Há que serem extraídas todas as conseqüências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo a que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo.

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

Portanto, ao considerar que a ação a se manejar é declaratória (seja por nulidade<sup>61</sup> ou inexistência jurídica do julgado<sup>62</sup>), esta última corrente enfrenta o problema do prazo decadencial sem o malabarismo jurídico engendrado por quem admite a rescisória mesmo após o prazo bienal. Ainda assim, algumas peculiaridades devem ser consideradas, de maneira que será dada maior atenção no último item.

<sup>60</sup> No mesmo sentido: REsp. nº. 155.654/RS, 23.08.1999; REsp nº. 36017/PE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 11.12.2000; AR nº. 870/PE, rel. Min José Arnaldo da Fonseca, 13.03.2000.

<sup>61</sup> THEODORO JUNIOR e FARIA (2005), NASCIMENTO (2005), DELGADO (2005), BERARDO (2005).

<sup>62</sup> DINAMARCO (2002), ALVIM WAMBIER e MEDINA (2003).

### 3.2.3 Propostas de *lege ferenda*

Alexandre Freitas Câmara, em seu ensaio sobre a *coisa julgada inconstitucional* (2005, p. 152-154), entendendo ser cabível a propositura da ação rescisória para impugnar a sentença inconstitucional, faz uma proposta, *de lege ferenda*, para o aperfeiçoamento do sistema.

A seu ver, a relatividade da coisa julgada material como está prevista atualmente por nosso ordenamento jurídico, pode gerar uma grave instabilidade jurídica que prejudicará a pacificação social, ao existir, por exemplo, a possibilidade de um órgão inferior considerar a decisão de um órgão superior como inconstitucional (CÂMARA, 2005, p. 152).

Para tanto sugere o acréscimo de um novo inciso ao artigo 485, do CPC, que trata das hipóteses de cabimento da ação rescisória. A inserção deste inciso não serviria apenas para a positivação da *coisa julgada inconstitucional* (pois como visto, já é possível o seu cabimento, se considerada a palavra “lei” em sentido lato e os artigos 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, do CPC), mas para a criação da “pedra fundamental” de um novo regime, que estaria sujeito ao complemento de outras regras (CÂMARA, 2005, p. 152).

Assim é que, criado o novo inciso a que me referi, seria preciso acrescentar-se, em seguida, um novo parágrafo ao mesmo art. 485 do CPC. Tal parágrafo estabeleceria que “a sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória”. Deste modo, a “ação rescisória” passaria a ser o único meio adequado para a desconstituição da sentença transitada em julgado que ofende a Constituição da República (CÂMARA, 2005, p. 153).

Sob seu ponto de vista, se alcançaria um equilíbrio entre os dois valores em conflito: segurança e justiça. No entanto, como consequência, o parágrafo único do artigo 741, do CPC, deveria ser revogado por entender ser incompatível com o modelo sugerido.

Por fim, sugere o acréscimo de um parágrafo ao art. 495, do CPC, com os seguintes dizeres: “sendo a ação rescisória fundada em violação de norma inconstitucional, o direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo”. Contudo, tal sugestão não é exclusiva do citado autor, tendo em vista que José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 43-61) sugere o mesmo em relação a não incidência do prazo decadencial.

Calcando seu entendimento no chamado *processo civil de resultados*, Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 153) justifica sua proposta da seguinte forma:

A grande vantagem do modelo que ora se propõe *de lege ferenda* sobre o que se tem hoje, *de lege data*, é que assim se tornaria inviável que um juízo de primeira instância fosse capaz de desconstituir uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, só para figurar como exemplo. A meu sentir uma decisão proferida por um tribunal e que já tenha alcançado a autoridade de coisa julgada só deve ser passível de desconstituição pelo próprio tribunal que a proferiu, adotando-se para tanto o regime que no direito brasileiro sempre se aplicou à “ação rescisória”. Não é razoável que um juízo de primeira instância possa, como hoje pode, em embargos do executado, desconstituir até mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo proposto se destina, pois, a equilibrar o regime hoje existente, buscando balancear adequadamente segurança jurídica e justiça das decisões.

Não deixa de ser pertinente e interessante a proposta *de lege ferenda* apresentada pelo referido autor. Porém, para que se atingisse o pretendido, teriam que ser desconsideradas algumas premissas apresentadas neste trabalho para que esta proposta não restasse prejudicada, tais como: a sentença inconstitucional não seria juridicamente inexistente; por consequência, formaria coisa julgada material (pressuposto à ação rescisória) até que fosse impugnada; e teria que necessariamente se desconsiderar o efeito declaratório com alcance *ex tunc* da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade que fulminasse a norma-base da decisão a ser rescindida.

### 3.3 Ação declaratória

Conforme tem sido sustentado até agora, a partir do marco teórico empregado, estando ausente alguma das condições da ação (no caso da *coisa julgada inconstitucional*, a possibilidade jurídica do pedido), fica impedido o juiz de julgar o mérito, tendo em vista que na falta do pressuposto processual de existência do processo (e da sentença) “pedido”, o que dali sobrevier será uma sentença juridicamente inexistente. Sendo juridicamente inexistente, não há que se falar em formação da coisa julgada material, qualidade que torna imutável e indiscutível o conteúdo e o efeito declaratório da decisão, que faz lei entre as partes.

Sendo assim, a utilização da ação rescisória torna-se prescindível, tendo em vista a ausência de um de seus pressupostos de cabimento (“sentença transitada em julgado”). Não há o que se desconstituir, ante a inexistência jurídica, mas sim o que se declarar, por meio de um instrumento que reconheça esta situação jurídica, não sujeita a um lapso temporal.

Com exceção de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 5-31), Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 230), a imensa maioria dos autores que enfrenta o problema da *coisa julgada inconstitucional* (THEODORO JUNIOR; FARIA;

NASCIMENTO; CÂMARA; DELGADO, 2005), quando não se utiliza da rescisória, considera como meio hábil a impugnar a sentença inconstitucional, a *querela nullitatis insanabilis*.

Ao fazerem menção à *querela nullitatis*, os referidos autores o fazem como se fosse sinônimo de uma ação declaratória de nulidade. De fato, este é o entendimento da maioria da doutrina, conforme se obtém do conceito de José Cretella Neto (1999, p. 368) de *querela nullitatis*: “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”.

A *querela nullitatis* é proveniente do direito canônico, que remonta à *exemptio nullitatis* do direito romano e a *actio querela nullitatis* do direito processual medieval (ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 210).

No entanto, se efetuado um cotejo histórico, voltado às origens da referida ação no direito romano, se perceberá que efetivamente não se considerava naquela época os planos de existência e de validade como distintos. **Na realidade, ato nulo correspondia a ato inexistente** (*actus, a principio nullus, nullum producit effectumi*). Tal entendimento repercutiu no direito medieval, de maneira que uma sentença “nula”, assim considerada a que obtivesse vício proveniente de *errores in procedendo*, não estava adstrita à impugnação pela via recursal ou de ação autônoma para que tivesse declarada sua inexistência. De outra forma, para a correção de *errores in judicando* que pudessem deixar a parte sucumbente inconformada, foi criada a *appellatio* (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 101).

Conservando-se a figura da *apellatio* no direito medieval como meio de impugnação à sentença de mérito válida, foi considerada posteriormente, por influência do direito germânico, a criação de um instrumento autônomo para a declaração de inexistência das decisões que, por mais que existissem de fato, não existiam juridicamente. Desta forma, do direito italiano proveio a *querela nullitatis*, que detinha à época duas modalidades: *querela nullitatis sanabilis* e a *querela nullitatis insanabilis* (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 101).

Em nosso ordenamento jurídico, por meio do direito português, a *querela nullitatis* repercutiu na formação da ação rescisória, que nada mais foi do que a junção da *querela nullitatis* com a *restitutio in integrum* romana, destinada a “impedir a cristalização definitiva de um resultado visto como iníquo” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 103).

De toda forma, por mais que ao se observar a evolução da *querela nullitatis* se perceba que, de alguma forma, foi absorvida por nosso ordenamento jurídico, muitos autores

convergir no sentido de resgatá-la para corrigir problemas não solúveis pela ação rescisória.

O principal deles diz respeito ao prazo decadencial de dois anos, que se ultrapassado, poderia convalidar vícios graves, tais como a falta de citação. Por tal razão, se resgatou a *querela nullitatis*, para que se pudesse ter um meio de se declarar este vício grave, independentemente do decurso de tempo.

Enrico Tullio Liebman (*apud* ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 223) já dizia:

Como vimos, pois, a exigência prática de dar maior estabilidade aos julgados condicionou, no decorrer dos séculos, a nulidade da sentença, mesmo insanável, à proposição de uma *ação de impugnação especial*, que em linguagem moderna tomou o nome de rescisória (art. 798 do CPC). Os vícios da sentença se tornaram, assim, motivo de nulidade relativa, ou, se se prefere, de anulabilidade. Só um desses vícios, o maior de todos, a falta de citação, é ainda hoje motivo de nulidade absoluta ou de inexistência da sentença.

Desta forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira, passaram a conceber a sobrevivência da *querela nullitatis* em casos de vícios que inquinassem o processo de tal forma, que seria preciso declará-los a qualquer tempo, como o caso da falta de citação.

Ovídio A. Baptista da Silva (1996, p. 115-122), em ensaio específico acerca do tema, aduz:

Torna-se, portanto, evidente que a *querela nullitatis*, como de resto outros tantos institutos do direito medieval, como as ações cautelares, ressurgem no direito contemporâneo, a demonstrar que as pretensiosas ambições do Iluminismo racionalista dos séculos anteriores, em suas tentativas de reduzir o direito à pura lei escrita, como se o legislador do processo fosse onipotente, encontram afinal seu ocaso, ao encerrar-se o século XX.

Nesse sentido, se extrai do acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro José Carlos Moreira Alves, já em 1982:

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu na ação em que ela for proferida. 1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC, 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. 2. Recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento (RE 97589, 17.11.1982).

A *querela nullitatis*, como tem sido defendida, está ligada a não formação da relação jurídica processual, de maneira que tem, por intuito, declarar a inexistência da sentença, em razão da inexistência do próprio processo.

Portanto, a idéia de declaração de inexistência (que alguns consideram de nulidade) em contrapartida à idéia de desconstituição do julgado (própria da rescisória) já encontra assento na doutrina e na jurisprudência há certo tempo.

Justamente por tal razão, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 227) se sentem a vontade em dizer que tal ação é imprescritível:

Acertada é a opinião segundo o qual o meio adequado para retirar definitivamente do mundo jurídico as sentenças inexistentes é o da ação declaratória que, no caso, é imprescritível. Pois que quase unanimemente na doutrina, se diz que as ações declaratórias são imprescritíveis.

Isto se justifica porque a *finalidade das ações declaratórias é a de suprimir, do universo jurídico, uma determinada incerteza jurídica*. Segue-se daí que enquanto existir ou subsistir, e precisamente porque está presente uma determinada incerteza jurídica, não há lugar para a *prescrição* da ação declaratória, cujo objetivo é precipuamente o de pôr fim a essa incerteza.

Desta forma, se a ausência de um pressuposto processual de existência, como a citação, pode ser declarada em ação autônoma a qualquer tempo, a impossibilidade jurídica do pedido por inconstitucionalidade, enquanto pressuposto processual de existência, também pode.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que foi relatora a Ministra Denise Arruda, reconheceu a possibilidade de se declarar a inexistência jurídica da sentença por falta de condição da ação, e conseqüente não formação da coisa julgada material. Pela importância e pertinência, sua ementa merece transcrição. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS QUESTÕES RELATIVAS À TITULARIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. QUERELA NULLITATIS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. ADEQUAÇÃO.

1. A ausência de prequestionamento da matéria deduzida no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, atrai o óbice da Súmula 211/STJ.

2. Não viola o art. 535 do CPC, nem nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, pela presença das condições da ação, em especial do interesse de agir.

4. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, em que a Fazenda do Estado de São Paulo, invocando o instituto da *querela nullitatis*, requer seja declarada a nulidade de decisão proferida em ação de indenização por desapropriação indireta, já transitada em julgado, escorando a sua pretensão no argumento de que a área indenizada já lhe pertencia, de modo que a sentença não poderia criar direitos reais inexistentes para os autores daquela ação.

5. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. A nulidade da sentença, em tais hipóteses, deve ser buscada por intermédio da *actio nullitatis*.

6. O interesse processual, ou interesse de agir, como preferem alguns, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara ("Lições de Direito Processual Civil", vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005, págs. 128-129) "é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito de provimento final seja verdadeiro binômio: 'necessidade da tutela jurisdicional' e 'adequação do provimento pleiteado'".

7. As condições da ação devem estar presentes considerando-se, em tese, o pedido formulado pela parte autora, sem qualquer vínculo com o eventual acolhimento ou a rejeição da pretensão meritória.

8. Não resta dúvida, portanto, que o ajuizamento da presente ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada.

9. No que diz respeito à eventual procedência da ação, sua apreciação caberá ao juiz de primeiro grau de jurisdição. A manutenção do acórdão recorrido tem o efeito, tão-somente, de afastar a carência da ação, dentro dos limites da questão submetida a julgamento nesta Superior Corte de Justiça.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (STJ, REsp 710.599/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 14/02/2008 p. 144).

Logo, se a sentença é considerada inexistente ante sua inconstitucionalidade, como inexistente deve ser declarada em ação própria, e não nula, se considerado o marco teórico utilizado neste trabalho, relativo aos planos de existência.

Portanto, para impugnar sentença inconstitucional em decorrência do provimento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, o instrumento processual mais adequado a se utilizar, de acordo com os critérios estabelecidos, é a Ação Declaratória de Inexistência Jurídica, remontando ao propósito original da própria *querela nullitatis*.<sup>64</sup>

### **3.4 Fungibilidade entre os instrumentos de impugnação da *coisa julgada inconstitucional***

Pois bem, superada a questão da definição de qual instrumento processual mais adequado para se impugnar a *coisa julgada inconstitucional* em tese, resta apenas verificar sua melhor aplicação prática.

Tendo em vista que a impugnação da sentença transitada em julgado se trata essencialmente de meio de defesa utilizado pelo sucumbente da ação original, é salutar refletir sobre os efeitos práticos de se utilizar o meio processual mais adequado, que a rigor, seria a ação declaratória de inexistência.

Não seria razoável imaginar que a parte prejudicada pela sentença considerada inconstitucional, não obtivesse o reconhecimento da inconstitucionalidade por se utilizar de um meio processual inadequado, ou em desacordo com a corrente adotada pelo julgador. Porém, na prática, o que muitas vezes se percebe é um apego exagerado ao formalismo, de maneira que uma ponderação estratégica de qual instrumento se utilizar, pode sim, ter certa relevância.

---

<sup>64</sup> Sérgio Bermudes, em epílogo ao livro “Coisa Julgada Inconstitucional”, coordenado por Carlos Valder do Nascimento (2005, p. 267), sob o título “Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional”, tece uma crítica essa concepção do ressurgimento da *querela nullitatis*. “Sem dúvida, a ação de nulidade, declaratória ou constitutiva, tem a *querela nullitatis* por uma de suas fontes, mas não é a própria *querela*, simplesmente porque o direito brasileiro não contempla esse instituto. Não existe um procedimento especial com essa denominação, nem normas que consagrem a *querela*, tal como existente e aplicada nas origens. Dizer-se que a ação para a declaração de nulidade de sentença (abrangido nesse vocábulo o acórdão, tal como acontece, v.g., no *caput* do art. 485 do CPC) é a *querela nullitatis* seria o mesmo que entender, por exemplo, que o agravo de instrumento é o agravo ordinário português, ou quiçá a *supplicatio* romana, sobrevivente no direito pátrio. Se existe a nulidade da coisa julgada por contrária à Constituição, como no livro se sustenta, tem de existir ação de declaração dessa nulidade, sem que, só por isso, haja sobrevivido o instituto. Há exagero na construção, respeitáveis embora as opiniões que a amparam”.

Na realidade, o caminho a ser utilizado é menos importante do que a impugnação da inconstitucionalidade em si. E por tal razão, cresce em importância o princípio da fungibilidade.

Este princípio é proveniente do princípio da instrumentabilidade das formas, que é mais genérico, e estabelece que, preenchidas determinadas condições, tanto um meio, quanto outro, podem ser considerados adequados para que se chegue a um determinado resultado.

O princípio da fungibilidade era expressamente previsto no antigo Código de Processo Civil, já revogado, quando tratava dos recursos, tendo em vista a dificuldade que se tinha em saber qual seria o recurso mais adequado a se utilizar. Existia tal previsão como uma espécie de remédio para este defeito, sabidamente existente no antigo sistema processual civil (ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 235).

No entanto, ante o estabelecimento do novo sistema processual em 1973 e as alterações no sistema recursal, a margem de dúvida deixada ao recorrente tornou-se bem menor, de maneira que o dispositivo equivalente ao princípio da fungibilidade no antigo ordenamento foi suprimido.

Vários doutrinadores, como M. Seabra Fagundes, Arruda Alvim, Nelson Nery Junior, demonstraram seu otimismo, aplaudindo a inovação e, de certa forma, encerrando a necessidade da continuidade do referido dispositivo flexibilizador (ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 235).

Entretanto, ante a complexidade do sistema jurídico e as dinâmicas alterações sociais, logo ressurgiram as “áreas de penumbra”, que efetivamente geraram dúvidas acerca de qual instrumento processual a se utilizar. Por tal razão, voltou a se falar no princípio da fungibilidade, independentemente de formulação expressa.

Só uma visão do processo distorcida pela euforia da fase em que se descobriu que o processo, em sua complexidade, exigida pela sociedade moderna, podia consistir no objeto de uma ciência autônoma, é que pode dar origem a esta supervalorização dos fenômenos processuais *em si mesmos*, perdendo-se de vista a idéia de que o processo *serve* ao direito material e *serve* à sociedade. Esta, a principal dimensão do princípio da instrumentalidade das formas.

[...]

A razão de ser deste princípio [fungibilidade] é, a toda evidência, a de que a parte não sofra prejuízos decorrentes muito comumente da falta de clareza da lei, que se reflete na falta de unanimidade da doutrina e na jurisprudência quanto a qual seria o recurso correto para impugnar tal decisão. Ora, evidentemente, a mesma razão comparece em muitos outros casos em que à parte são oferecidos diversos caminhos (na verdade, basta que sejam dois...) para se chegar a um mesmo lugar (ALVIM WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 173, 236).

Diante disso, pouco tempo atrás, o legislador reconheceu que essa falta de conformidade entre a doutrina e a jurisprudência não pode gerar prejuízo à parte, ao

acrescentar o § 7º ao artigo 273, do CPC<sup>65</sup>, tornando explícita a fungibilidade no processo civil brasileiro entre as tutelas de urgência. Não obstante exista certa divergência sobre a relevância das diferenças entre os referidos institutos, a idéia reintroduzida no ordenamento, de flexibilidade, evidenciou uma clara tendência reformista do sistema processual, cada vez menos “sistema”.

Após todo o exposto neste trabalho, ao se chegar a conclusão de que a sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF é sentença inexistente juridicamente, e por tal razão não forma coisa julgada material, não seria cabível o manejo da ação rescisória, pois esta não teria o que rescindir. Da mesma forma, a *querela nullitatis insanabilis*, como defendida hoje pela maioria, como ação declaratória de nulidade, também não seria, a rigor, a mais correta, tendo em vista que o que se busca declarar é uma inexistência jurídica e não uma nulidade (haja vista os planos de existência e validade). Seria então a ação declaratória de inexistência jurídica, em caráter absoluto, o único instrumento processual de impugnação da *coisa julgada inconstitucional*?

Sob o prisma do princípio da fungibilidade, ante o prejuízo que poderia se infligir à parte que visa reconhecer um sério vício, não seria razoável o tribunal se abster sobre a questão, apenas por ter sido manejado o instrumento que entende não ser o correto.

Conforme preleciona Ovídio A. Baptista da Silva (2001, p. 120-122), “as nulidades *ipso iure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício”. E por maior razão, a inexistência jurídica.

Este é o mesmo caminho seguido por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 238-239):

A que tipo de vantagem levaria o rigorismo consistente em se entender que o meio seria inadequado e recomendar-se à parte que intentasse outra ação? Hoje, pensamos: a nenhuma.

Está, pois, correta a tendência jurisprudencial neste sentido, representada pelos acórdãos do STJ, em cujo texto transparece de modo claro que se deu preferência a resolver o problema sem afrontar o sistema, mas tendo manipulado de modo criativo, em vez de se ter optado pela solução a que teria levado um raciocínio mais ortodoxo.

Parece que a tendência é a de que se entenda ser possível a fungibilidade não só dos recursos, propriamente ditos, e como meios que são de se impugnam decisões judiciais, mas de outros “meios”, hoje evidentemente úteis, com pedidos cautelares, pedidos de antecipação de tutela, meros pedidos, etc. Impossível negar-se que, no estado atual do direito, situações existem para as quais pode-se extrair do manejo

---

<sup>65</sup> CPC, Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:  
§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

das regras jurídicas mais de uma solução ou se pode eleger mais de um caminho para se chegar a um mesmo lugar.<sup>66</sup>

Portanto, seja através dos embargos do executado (ou impugnação ao cumprimento de sentença), seja através da ação rescisória, seja através da ação declaratória de inexistência jurídica ou de nulidade, o objetivo sempre é o mesmo: impugnar a *coisa julgada inconstitucional*.

Sendo assim, tendo o mesmo fim como objetivo e o princípio da fungibilidade como preceito, não seria desarrazoado concluir que a escolha de qual instrumento processual a se utilizar se daria pelo momento em que se encontra o processo, estrategicamente ligado à eficácia prática do resultado a ser alcançado: 1) se ainda em fase de execução, os embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, por já possuírem previsão expressa em nosso ordenamento; 2) terminada a fase executória, mas ainda pendente o termo final do prazo bienal de decadência, a ação rescisória ante a possibilidade da interpretação extensiva de um instituto já regulamentado; 3) por fim, ultrapassado o prazo decadencial da rescisória, a ação declaratória de inexistência jurídica, por não ter alternativa senão buscar o meio ordinário para impugnar a sentença que se baseou em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que afastou a aplicação de norma declarada constitucional pelo mesmo tribunal superior.

---

<sup>66</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. **Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.**

3. "A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada." (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25) 4. **"A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar.** Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas." (DINAMARCO, Cândido Rangel. 'Coisa Julgada Inconstitucional' — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65) 5. **Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.**

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

7. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 622.405/SP, Rel. Min. Denise Arruda, , j. 14.08.2007, grifo nosso)

## CONCLUSÃO

A coisa julgada pode ser dividida em duas espécies: a) coisa julgada formal, que encerra o processo e eventuais novas discussões e modificações que as partes poderiam argüir em função do decisório, no mesmo processo e; b) coisa julgada material, a qualidade que torna imutável e indiscutível o conteúdo da sentença e seu efeito declaratório, não estando mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, formando a lei do caso concreto. A última decorre da primeira.

A chamada “lei do caso concreto” gera efeitos em dois sentidos: um efeito negativo e outro positivo. Ao guindar a decisão à imutabilidade, a coisa julgada impede que a mesma lide seja julgada novamente por outro juízo. Este efeito impeditivo de reapreciação (*ne bis in idem*) é o **efeito negativo**. Sob outro prisma, na medida em que impede um novo julgamento sobre a mesma lide, a coisa julgada vincula o juízo e as partes do segundo processo à primeira declaração, devendo estes a ela se conformar. Este efeito vinculativo à declaração já proferida é o **efeito positivo**.

A autoridade da coisa julgada material é conferida pela própria lei, que objetiva a paz social, tão necessária à ordem jurídica e ao Estado. Esta segurança jurídica, pautada pela estabilidade e pela previsibilidade, é a finalidade da coisa julgada.

Constatou-se que a coisa julgada não é intangível, não tem um caráter absoluto. O próprio ordenamento prevê hipóteses de relatividade. A regra é que a autoridade da coisa julgada seja respeitada, tendo em vista sua finalidade e sua natureza, e apenas **excepcionalmente**, seja relativizada. No entanto, sua autoridade deve estar em equilíbrio com as garantias constitucionais e com os institutos jurídicos voltados à busca de resultados justos por meio das atividades inerentes ao processo civil.

Existe ainda, uma ordem de sentenças que em decorrência de uma determinada característica viciosa ou de ausência de algum pressuposto, apesar de transitarem em julgado formalmente (e supostamente, materialmente), não tem seu conteúdo e efeito declaratório qualificados pela imutabilidade e pela indiscutibilidade. Seriam as sentenças ditas nulas ou inexistentes, impugnáveis por tal característica.

Uma sentença nula pressupõe uma pré-existência, para que seja considerada inválida. A sentença nula decorre da nulidade do próprio processo ou de algum vício que lhe inquine. A nulidade provém de um vício em determinado requisito, enquanto a inexistência diz respeito à completa ausência deste requisito.

A existência jurídica da sentença está ligada aos pressupostos processuais de existência do processo e aos pressupostos processuais de existência da própria sentença: jurisdição, pedido e citação. Uma vez ausentes os pressupostos de existência do processo, não há sentido em se falar em existência de uma sentença.

Da mesma forma que inexistente sentença que tem ausente algum de seus pressupostos processuais de existência, deve ser considerada inexistente também, a sentença proferida em processo que não tenha preenchido as condições para o exercício da ação.

Faltando à parte interesse processual de agir, legitimidade para propor a ação ou efetuando pedido juridicamente impossível, carece a ação das condições mínimas para que seja constituída. Como consequência lógica, não havendo ação, não há julgamento de mérito, e qualquer decisão noutra sentido, é juridicamente inexistente, não formando coisa julgada material.

Igualmente, pela impossibilidade jurídica do pedido, as sentenças que ofendem a Constituição Federal, nelas consideradas as que aplicam uma norma considerada inconstitucional e as que recusam a aplicação de uma norma que não viola a Constituição, em decorrência de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, também não formam coisa julgada material.

Verificou-se que controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é misto, unindo as duas formas de controle, de maneira que se pode discutir a constitucionalidade de uma norma tanto no caso concreto, incidentalmente à uma lide (perante qualquer juiz ou tribunal), pelo controle difuso, quanto em abstrato, onde o objeto principal da ação é justamente a constitucionalidade da norma (perante unicamente o Supremo Tribunal Federal).

De toda forma, não há que se falar em *coisa julgada inconstitucional* nos casos de controle difuso, tendo em vista que o controle de constitucionalidade foi efetuado antes da formação da coisa julgada material, de maneira que o STF tenha se manifestado acerca da constitucionalidade da norma e exercido sua função jurisdicional constitucional. Por tal razão, a sentença não só é válida, como juridicamente existente, obtendo a imutabilidade e indiscutibilidade sobre o seu conteúdo e efeito declaratório, diferentemente do que pode ocorrer em controle concentrado de constitucionalidade.

Os meios previstos na Constituição Federal para o controle concentrado, ou abstrato, de constitucionalidade são: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); b) ação

declaratória de constitucionalidade (ADC); e c) argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Ao analisar a constitucionalidade de determinada norma, o STF detém o poder de declará-la constitucional ou inconstitucional. Se julgar procedente uma ADIn, estará declarando uma norma inconstitucional. No entanto, se julgar improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade nesta ADIn, conseqüentemente e a *contrario sensu*, estará declarando sua constitucionalidade. O mesmo vale para a ADPF e, em sentido inverso, para a ADC.

A declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade só afeta a coisa julgada material, se projetados seus efeitos *ex tunc*. Ocorrendo a manipulação dos efeitos, e sendo estes estabelecidos *ex nunc*, não há que se falar em sentença que não forma coisa julgada material por violação à Constituição Federal, tendo em vista que a norma não é declarada inconstitucional, mas sim desconstituída ante seu julgamento pela inconstitucionalidade, projetando seus efeitos apenas *pro futuro*.

A inconstitucionalidade que pode ensejar a impugnação de coisa julgada supostamente material é apenas aquela declarada pelo Supremo Tribunal Federal, proveniente de uma decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, que tenham obtido suas eficácias um alcance *ex tunc*. Ou seja, para que uma sentença seja considerada inexistente por violação à Constituição Federal, deve ter sido fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF em uma ADIn, ADC ou ADPF.

O mesmo se dá quando, *incidenter tantum*, uma decisão fundamentar-se em afastamento de determinada norma, que posteriormente obtém por meio do controle concentrado exercido pelo STF, uma declaração de constitucionalidade, com eficácia de alcance *ex tunc*. Tal decisão é inconstitucional e por tal razão merece ser impugnada.

Logo, a *coisa julgada inconstitucional* é caracterizada pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo, fazendo com que os efeitos desta declaração retroajam e maculem a decisão nesta norma fundamentada, ensejam a inconstitucionalidade da sentença e por conseqüência, da coisa julgada dela proveniente. Ressalte-se que essa sentença, apesar de ter transitado em julgado (formalmente), não é coberta pelo manto da coisa julgada material, sendo, portanto, impugnável ante sua inexistência jurídica.

Sendo assim, estabelecidos os parâmetros para a configuração da *coisa julgada inconstitucional*, se deve verificar os instrumentos para a sua impugnação, analisados de acordo com o seu cabimento em ordem cronológica, tendo como ponto de referência o trânsito em julgado.

Estando o processo em fase executória, pode o executado se utilizar dos embargos à execução ou da impugnação ao cumprimento de sentença (previstos no artigo 741, parágrafo único e artigo 475-L, § 1º, do CPC) para impugnar a *coisa julgada inconstitucional*.

Ultrapassada a referida fase, pode o sucumbente ainda manejar a ação rescisória por violação à Constituição Federal, em razão desta estar contida na concepção de “lei” em sentido lato, prevista no artigo 485, V, do CPC.

No entanto, não obstante os tribunais superiores venham admitindo o cabimento da ação rescisória para impugnar a *coisa julgada inconstitucional*, alguns problemas surgem, em razão de dois pontos principais: a) em razão de terem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade alcance *ex tunc*, a natureza jurídica da ação que **reconhece** esta inconstitucionalidade não seria constitutiva negativa (própria da rescisória), mas sim **declaratória**, visto que reconhece situação jurídica já pré-existente; b) não há como convalidar uma inconstitucionalidade em função de decurso de prazo decadencial, entretanto, a ação rescisória está sujeita a um prazo bienal de decadência.

Sendo assim, a utilização da ação rescisória torna-se prescindível, tendo em vista a ausência de um de seus pressupostos de cabimento (“sentença transitada em julgado”). Não há o que se desconstituir, ante a inexistência jurídica, mas sim o que se declarar, por meio de um instrumento que reconheça esta situação jurídica, não sujeita a um lapso temporal. Mais adequado é a utilização de uma ação declaratória.

Tendo em vista que se trata de reconhecimento de uma inexistência jurídica, a ação cabível é a Declaratória de Inexistência Jurídica. A *querela nullitatis insanabilis*, como tem sido defendida por alguns autores, como declaratória de nulidade, está ligada a não formação da relação jurídica processual, de maneira que tem, por intuito, declarar a inexistência da sentença, em razão da inexistência do próprio processo.

Logo, se a sentença é considerada inexistente ante sua inconstitucionalidade, como inexistente deve ser declarada em ação própria, e não nula, se considerado o marco teórico utilizado neste trabalho, relativo aos planos de existência.

Portanto, o instrumento processual mais adequado para se impugnar sentença inconstitucional em decorrência do provimento do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de acordo com os critérios estabelecidos, é a Ação Declaratória de Inexistência Jurídica, remontando ao propósito original da própria *querela nullitatis insanabilis*.

Porém, obtendo-se uma visão mais pragmática do processo, com o fito de realizar a pretensão material das partes, não o tendo como um fim em si mesmo, urge a utilização do

princípio da fungibilidade entre os instrumentos processuais. Este princípio é proveniente do princípio da instrumentabilidade das formas, que é mais genérico, e estabelece que, preenchidas determinadas condições, tanto um meio, quanto outro, podem ser considerados adequados para que se chegue a um determinado resultado.

Sob o prisma do princípio da fungibilidade, ante o prejuízo que poderia se infligir à parte que visa reconhecer um sério vício, não seria razoável o tribunal se abster sobre a questão, apenas por ter sido manejado o instrumento que entende não ser o correto.

Sendo assim, tendo o mesmo fim como objetivo e o princípio da fungibilidade como preceito, não seria desarrazoado concluir que a escolha de qual instrumento processual a se utilizar se daria pelo momento em que se encontra o processo, estrategicamente ligado à eficácia prática do resultado a ser alcançado: 1) se ainda em fase de execução, os embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, por já possuírem previsão expressa em nosso ordenamento; 2) terminada a fase executória, mas ainda pendente o termo final do prazo bienal de decadência, a ação rescisória ante a possibilidade da interpretação extensiva de um instituto já regulamentado; 3) por fim, ultrapassado o prazo decadencial da rescisória, a ação declaratória de inexistência jurídica, por não ter alternativa senão buscar o meio ordinário para impugnar a sentença que se baseou em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que afastou a aplicação de norma declarada constitucional pelo mesmo tribunal superior.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Nulidades do Processo e da Sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ASSIS, Araken de. **Manual de Processo de Execução**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 377, p. 43-61, jan. 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BERALDO, Leonardo de Faria. A Flexibilização da Coisa Julgada que Viola a Constituição, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERMUDES, Sérgio. Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº. 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, **Decreto-Lei nº. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, **Lei nº. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869compilada.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, **Lei nº. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, **Lei nº. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RE 97589 / SC**. Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. 1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC - que é a da 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 a cabível para essa hipótese. 2. Recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento 17 nov. 1982. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(97589.NUME.%20OU%2097589.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(97589.NUME.%20OU%2097589.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **RE 89108 / GO**. Ação Rescisória - pressupostos. Decisão que admite a constitucionalidade de lei estadual, ofende preceito constitucional (art-97, par-1. da CF), sendo passível, em consequência, de revisão através de ação rescisória, proposta com fulcro no art. 485, V, do CPC. Inaplicabilidade, a espécie, do enunciado n. 343 da súmula do STF, seja pela inexistência de dissídio de julgados até o pronunciamento da inconstitucionalidade do dispositivo de lei estadual sob exame, quer porque o aresto discrepante, proferido pelo primeiro turma do supremo tribunal federal "RE nº. 71.583", foi posteriormente absorvido por decisão contrária do plenário desse mesmo tribunal (RE nº. 73.709). Recurso extraordinário conhecido e provido. Relator: Min. Cunha Peixoto. Julgamento 28 ago. 1980. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(89108.NUME.%20OU%2089108.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(89108.NUME.%20OU%2089108.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 128239 / RS**. Processo civil. Ação rescisória. Matéria constitucional. STF - súmula 343. A lei comporta mais de uma interpretação, mas ela não pode ser válida e inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la, circunstância que excepciona da Súmula 343/STF a ação rescisória que versa matéria constitucional. recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento 06 nov. 1997. Disponível em: <

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=128239&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=128239&b=ACOR)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 710599 / SP**. Processual civil. Recurso especial. Impossibilidade de análise das questões relativas à titularidade do imóvel. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Titularidade de bem imóvel indenizado em ação de desapropriação indireta com sentença transitada em julgado. Relativização da coisa julgada. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito. Querela nullitatis. Condições da ação. Interesse de agir. Adequação. Relator: Min. Denise Arruda. Julgamento 21 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=710599&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 622405 / SP**. Processual civil. Recurso especial. Dúvidas sobre a titularidade de bem imóvel indenizado em ação de desapropriação indireta com sentença transitada em julgado. Princípio da justa indenização. Relativização da coisa julgada. Condições da ação. Interesse de agir. Adequação. Relator: Min. Denise Arruda. Julgamento 14 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=622405&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 883338 / AL**. Recurso especial. Processual civil. Art. 741, parágrafo único do código de processo civil. Coisa julgada inconstitucional. Limites ao conhecimento. Aplicabilidade da referida norma. Âmbito de aplicação. Baliza temporal. Sentença transitada em julgado antes da edição da norma citada. Impossibilidade de alegação da tese de coisa julgada inconstitucional. Relator: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Julgamento 16 ago. 2007. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=883338&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=883338&b=ACOR)>. Acesso em: 25 jun. 2009.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça. **AR 870 / PE**. Processual civil. Ação rescisória. Art. 485, V, CPC. 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 por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgamento 13 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=870&processo=870&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nº. 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III.

\_\_\_\_\_. Relativizar a Coisa Julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, v.19, p. 5-31, set. 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FERRAZ, Sérgio. **Declaração de Inconstitucionalidade no STF**. RTDP 3/204.

FISCHER, Octavio de Campos. Coisa Julgada Inconstitucional em Matéria Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Problemas de Processo Judicial Tributário**. Dialética, 2002. vol. 5.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

\_\_\_\_\_. O Controle Difuso da Constitucionalidade e a Coisa Julgada *Erga Omnes* das Ações Coletivas. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, n. 307, p. 7-12, mai. 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. III. T. II.

LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: a Volta da Arguição de Relevância. **Revista da ESMESC**. v.18, p. 167-196, jan. 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Gênese**. Curitiba: Genesis, n. 31, p. 142-162, jan/mar. 2004.

\_\_\_\_\_. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de Processo de Conhecimento.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1997.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei.** Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Contrariedade a Constituição e Recurso Extraordinário Aspectos Inexplorados. **Revista Ajuris.** Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 61, p. 279-288, jul. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional.** Lisboa: Lex, 1993.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e Outras Decisões.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Tratado das Ações.** Campinas: Bookseller, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada relativa? **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Síntese, n.94, p. 213-225, jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Sobrevivência da *Querela Nullitatis*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 333, p. 115-122, jan. 1996.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade: CPC, art. 741, parágrafo único. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 106, p. 38-83, abr. 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 47. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência. 41. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

\_\_\_\_\_. Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.675, p. 7-16, jan. 1992.

\_\_\_\_\_. A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Não determinada, v. 79, jul. 1995, p. 158-171.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle, In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) *et al.* **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.