

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**CARMEN FRANCISCA WOITOWICZ DA SILVEIRA**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL  
COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**CURITIBA**

**2013**

**CARMEN FRANCISCA WOITOWICZ DA SILVEIRA**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL  
COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.**

**Orientadora: Estefânia Maria de Queiroz Barboza**

**CURITIBA**

**2013**

W869

Woitowicz da Silveira, Carmen Francisca.

A relativização da coisa julgada inconstitucional como forma de realização da Constituição Federal. / Carmen Francisca Woitowicz da Silveira. – Curitiba: UniBrasil, 2013.

137p.; 29 cm.

Orientadora: Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Segurança jurídica. 3. Coisa julgada inconstitucional  
4. Conflitos de direitos fundamentais. 5. Relativação. 6. Controle de constitucionalidade.  
7. Estado democrático de direito. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CARMEN FRANCISCA WOITOWICZ DA SILVEIRA**

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL  
COMO FORMA DE REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.**

### **COMISSÃO EXAMINADORA**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
Presidente Orientadora/PPGD UniBrasil**

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Danielle Anne Pamplona  
Membro/PPGD PUCPR**

**Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska  
Membro/PPGD UniBrasil**

**Curitiba, 27 de fevereiro de 2013**

## AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus e a todos os seus emissores que me ajudaram na caminhada, permitindo saúde e disposição para mais essa conquista.

É bom poder retribuir por meio de agradecimentos a quem aqui, no âmbito terrestre, me ajudou na árdua caminhada:

Ao meu companheiro de 38 anos (computados os sete anos de namoro e uma intermitência) por ajudar a segurar o nosso barco e exemplo de retidão.

Aos meus amores, Moreno, Mariana, Nalu e Punk. A esta, especialmente, agradeço pela companhia desde a primeira até a última linha desta dissertação.

Aos meus pais Francisco Woitowicz (*in memoriam*) e Edwiges Woitowicz, pela minha vida.

Ao Antonio Batista Filho incansável incentivador de minha educação.

Meu agradecimento a alguns professores:

À professora Dr<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza, pela disponibilidade em aceitar-me como orientanda, apesar de ser uma das pessoas mais ocupadas que conheço e pelo seu comprometimento, paciência e dedicação.

Ao professor Dr. Marcos Augusto Maliska, pessoa de admirável virtude: a consideração a seus semelhantes desprovidos de tanta inteligência. Obrigada pelas sugestões feitas, pela bibliografia recomendada.

À professora Dr<sup>a</sup> Danielle Anne Pamplona, por participar de minha banca de defesa.

À professora Dr<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado, pelos apaixonados debates acerca de relevantes questões jurídicas.

À professora Dr<sup>a</sup> Carol Proner, por despertar o interesse de participar do Programa de Formación Especializada en Teoría Crítica de los Derechos Humanos, na Universidad Pablo de Olavide – UPO, Sevilha-ES. Quando eu já não tiver mais nada que dizer ou quando as palavras começarem a ir por um lado e os pensamentos por outro, este foi um dos acontecimentos que vale a pena recordar. Talvez para alegria de quem, num futuro já nem tão distante assim, haverá de se valer de suas lembranças, como meio raro de sorrir e sentir meio feliz!

À Jacira e Rafaela, pela disponibilidade e diligência ao me atenderam.

A todos, obrigada por ser parte da minha vida, independente se é por uma razão, uma estação ou a vida toda.

**Tanto mais seja desenvolvida a consciência jurídica de um povo – dizia Mortara – tanto mais se difunde a convicção de que seja legítimo corrigir erros que, por estarem acobertados pelo prestígio da coisa julgada, não devem permanecer irreparáveis, constituindo um dano social maior que a exceção trazida ao místico princípio da inviolabilidade do julgado.” (Lopes da Costa, Dic. Proc. Civil. Bras., Forense 2ª Ed., vol.III, p. 466).**

## **Lista de abreviaturas**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ampl. – ampliado  
art. - artigo  
atual. – atualizado  
c/c – Combinado com  
cap. - capítulo  
CC – Código Civil  
CF – Constituição Federal  
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas  
cód. - código  
CPC – Código de Processo Civil  
CF – Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988  
DJU – Diário de Justiça da União  
EC – Emenda Constitucional  
ed. - edição  
etc. – e outras coisas (do lat. et coetera)  
ibid. – indica referência ao que já foi mencionado (do lat. ibidem)  
id. – o mesmo, a mesma (do lat. idem)  
inc. - inciso  
j. – julgado em  
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil  
liv. - livro  
min. – ministro  
n., nº e n.º - número  
p. - página  
p. e. – por exemplo  
proc. – processo  
RE – Recurso Extraordinário  
rel. - relator  
REsp – Recurso Especial  
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência  
sic – assim, deste modo ou ‘reproduzido exatamente como no original’  
ss. – seguintes  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
t. – tomo  
tir. – tiragem  
tít. - título  
v. - volume

## RESUMO

O presente estudo visa analisar o instituto da coisa julgada, expondo seu conceito, limites, efeitos e sua importância ao representar segurança e estabilidade nas relações jurídicas. Constata-se que a coisa julgada não pode ser erigida ao patamar de indiscutibilidade, de algo supremo, podendo ser relativizada em algumas situações, a mais comum delas a da chamada coisa julgada inconstitucional. O debate doutrinário acerca da relativização da coisa julgada é bastante acirrado apesar de já existir no nosso direito, seja no âmbito cível, por meio da ação rescisória, seja na esfera penal, pela revisão criminal. Assim, em face da existência de conflito entre dois primordiais princípios do Estado Democrático de Direito, quais sejam: o da Supremacia da Constituição e o da Segurança Jurídica, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade como método, combinado com a técnica da ponderação, possibilita-se a relativização como forma de proteção dos direitos fundamentais e preservação do Estado Democrático de Direito. A dissertação buscou verificar se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de lei ou ato normativo pode retroagir para alcançar sentenças transitadas em julgado e relativizá-las, necessário se fez um estudo do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Enfrentou a questão a respeito da vinculação dos juízes e tribunais inferiores à decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte. A análise leva em conta as situações onde é impossível de se desconstituir os efeitos da sentença transitada em julgado, sob pena de ferir importantes princípios como o da boa-fé e o da dignidade da pessoa humana.

**Palavras- Chave:** Segurança jurídica; coisa julgada inconstitucional; conflito de direitos fundamentais; relativização; princípio da proporcionalidade; controle de constitucionalidade; Estado Democrático de Direito.

## Abstract

This essay aims to analyze the institution of *res iudicata*, exposing its appraisal, limits, effects and their importance to represent safety and security in legal relations. It appears that *res iudicata* can not be built to the level of undiscussability, something supreme, may be relativized in some situations, especially the unconstitutional *res iudicata*. The debate about the *res iudicata* relativization is quite fierce despite already exists in our law, whether in civil, through the *rescission action*, whether in criminal, through the *criminal revision*. Thus, given the existence of conflict between two primary principles of the Democratic State of Law, namely: Supremacy of the Constitution and the Legal Security, using the principle of proportionality as a method combined with the technique of weighting allows to see relativization as a form of protection of fundamental rights and preservation of the democratic rule of law. The dissertation sought to verify if the unconstitutional declared by the Supreme Court, the law or normative act can backdate to reach final judgments and relativize them, to achieve it, was necessary to study the control of constitutionality under Brazilian law. Faced the question about the connection between the judges and the lower courts to the unconstitutionality decided by the Supreme Court. The analysis takes into account situations where it is impossible to deconstitute the effects of final judgment, under penalty of injuring important principles as good faith and the dignity of the human person.

**Keywords:** Legal security; unconstitutional *res iudicata*; conflict of fundamental rights; relativization; principle of proportionality; constitutionality control; Democratic State of Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>CAPÍTULO 1 - SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES SOCIAIS</b>	15
1.1 Segurança jurídica na sociedade contemporânea, democracia e direitos fundamentais	15
1.2 Enquadramento normativo e institutos previstos para garantia da segurança jurídica: ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.	17
1.3 Coisa julgada, histórico, conceito e enquadramento normativo	20
1.3.1 Espécies e efeitos	24
1.3.2 Limites	29
1.3.3 Coisa julgada <i>erga omnes</i>	32
<b>CAPÍTULO 2 - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E MEIOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO</b>	37
2.1 Coisa julgada inconstitucional	37
2.2 Relativização da coisa julgada	42
2.3 Meios processuais de impugnação aos julgados tidos como inconstitucionais	53
2.3.1 Ação rescisória	55
2.3.2 Embargos à execução	60
2.3.3 Ação de declaratória de inexistência da coisa julgada	64
2.3.4 Ação declaratória de nulidade de coisa julgada ( <i>querella nullitatis</i> )	65
2.3.5 Mandado de Segurança	67
2.4 O princípio da proporcionalidade como método necessário para a harmonização e adequação de direitos fundamentais em situação de conflito	69
2.5. Posicionamento da jurisprudência sobre a relativização da coisa julgada no ordenamento pátrio.	81
<b>CAPÍTULO 3 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EFEITOS SOBRE A COISA JULGADA</b>	90

3.1 Transcendência dos motivos determinantes da sentença, abstrativização ou objetivação do controle difuso	97
3.2 Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada e a questão da vinculação	105
3.3 Relativização da coisa julgada e proteção aos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.	111
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	124
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	128
<b>ANEXO - ANEXO 1 – SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO Nº 416/89, DA 1ª VARA DO TRABALHO DE PONTA GROSSA (PR)</b>	136

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo discorrer sobre um tema que desperta ascendente interesse dos doutrinadores e ocupa espaço em meio aos debates jurídicos, que é a possibilidade de relativização da coisa julgada quando esta afronta as garantias constitucionais da Carta Magna.

O princípio da segurança jurídica está situado entre as garantias fundamentais do Estado de Direito, sendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada manifestações do direito à segurança jurídica. Decorre disso a busca de resposta para o problema central, expresso nas seguintes indagações: A descon sideração da coisa julgada inconstitucional é compatível com o Estado Democrático de Direito e é absolutamente essencial para a preservação do princípio da Supremacia da Constituição?

A fim de bem compreender essa questão, faz-se necessário entender mais a fundo o instituto da coisa julgada.

No primeiro capítulo, serão desenvolvidos conceitos sobre o princípio da segurança jurídica que consta entre as garantias fundamentais do Estado de Direito e consiste no sentimento de previsibilidade dos efeitos jurídicos de uma conduta, que tranquiliza os cidadãos para o planejamento de ações futuras.

Imprescindível o estudo da coisa julgada que é a garantia da realização da segurança jurídica, podendo-se afirmar que esta é a razão de ser do instituto. O princípio da coisa julgada se justifica por meio do pressuposto de que deve haver uma resposta final definitiva para cada matéria apreciada pelo Judiciário, conferindo a definitividade, principal característica da jurisdição. Será estudado o instituto da coisa julgada, discorrendo desde o seu conceito, passando por seus efeitos, seus limites objetivo e subjetivo sendo que aquele atinge somente o dispositivo, não alcançando a motivação ou fundamentação, embora atualmente exista a tendência denominada de transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso, ou abstrativização do controle difuso, ou de objetivação do controle difuso.

Quanto aos limites subjetivos será analisado o disposto no art. 472 do Código de Processo Civil, cujos limites demandam algumas discussões principalmente a respeito da coisa julgada *erga omnes*. Serão analisadas as espécies de coisa julgada, ou seja, a coisa julgada material e formal, conforme o

disposto no art. 467 da CPC, que dispõe: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

No capítulo segundo, será estudada a possibilidade de decisões judiciais, ainda que transitadas em julgado, virem a ser inconstitucionais, acarretando a denominada coisa julgada inconstitucional e o tratamento doutrinário conferido ao tema. E, uma vez constatada uma situação e considerando que a submissão ao princípio da constitucionalidade é o traço revelador do Estado de Direito Democrático, defende-se a relativização da coisa julgada inconstitucional em prol de certos valores como a justiça, moralidade, legalidade, supremacia constitucional, justa indenização, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Oportuno explorar os meandros do tratamento doutrinário conferido a esta tese, assim como os meios de impugnações aos julgados tidos como inconstitucionais, como os embargos à execução, exceção de pré-executividade, ação rescisória, ação declaratória de inexistência da coisa julgada, ação declaratória de nulidade da coisa julgada (*querela nullitatis*), mandado de segurança.

Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular ocorre a colisão de direitos fundamentais. Neste item será aprofundado o estudo do princípio da proporcionalidade, que é o condutor na questão da relativização da coisa julgada, seara na qual ocorrem os choques entre a segurança jurídica, consubstanciada por meio da coisa julgada material e a supremacia constitucional. O princípio da proporcionalidade e o critério da ponderação de bens são parâmetros necessários a oferecer solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais ocasionados no caso concreto, pelo controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais.

No mesmo capítulo será feita uma abordagem da jurisprudência pátria sobre o tema, em que a doutrina e a jurisprudência reconhecem a necessidade de mitigação da autoridade da coisa julgada.

No último capítulo, será analisada a relativização da coisa julgada, no caso de declaração superveniente de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal. Para tanto, analisar-se-ão as formas concentrada e difusa de controle de constitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal e seus

efeitos sobre a coisa julgada.

Uma vez oposta impugnação da inconstitucionalidade da decisão, por qualquer um dos meios citados, analisar-se-á se haverá vinculação do juiz ou tribunal que julgará o caso à decisão de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Imperiosa a análise dos efeitos da coisa julgada nas relações continuativas e as consequências da superveniência de uma orientação firmada nos Tribunais Superiores em sentido contrário ao da decisão transitada em julgado. São temas que suscitam discussões acadêmicas e pertinência prática concretizada nas numerosas situações concretas em que o tema foi enfrentado. Eventual lesão que o cidadão tenha que suportar por ter confiado que o guardião da Constituição (STF) a guardava e definia qual seria a melhor interpretação do direito deverá ser ressarcida pelo Estado.

Porém, a solução não é nada simples, lembrando sempre que no cotejamento constante entre os princípios da intangibilidade da coisa julgada e o princípio da Supremacia da Constituição é necessário um criterioso juízo de ponderação, sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

O método utilizado neste estudo é o hipotético dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica a livros, revistas especializadas, legislação, jurisprudência e fontes virtuais especializadas.

## **CAPÍTULO 1- SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

### **1.1 A segurança jurídica na sociedade contemporânea, democracia e Direitos Fundamentais**

Na problemática da questão da relativização da coisa julgada material é importante estudar o princípio da segurança jurídica, um dos valores buscados pela ordem jurídica processual, o que constitui um poderoso fator de paz na sociedade, garantindo o bom funcionamento da sociedade organizada.

O ser humano busca o estável, o perene, algo em que possa confiar e que lhe permita ter o mínimo de previsibilidade para traçar planos, direcionar o modo de agir e conformar a vida segundo os interesses individuais e os do grupo. Essa necessidade de segurança é de origem instintiva e é o elemento de precedência na constituição e organização sociais.

Todos os cientistas políticos afirmam que o homem necessita de um grau de segurança para poder conduzir, planificar e desenvolver os seus atos da vida civil, familiar e profissional, cabendo ao Estado a responsabilidade de assegurar esse estado de sentimento por meio da conformação dos seus atos administrativos, legislativos e judiciais com os ditames da segurança jurídica.<sup>1</sup>

José Afonso da SILVA entende que “uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.<sup>2</sup>

O conceito de segurança jurídica é muito abrangente, multifacetado assumindo aspectos e contornos diferentes conforme o ramo do Direito. Esse princípio se subdivide em um aspecto objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, a segurança jurídica exige regularidade no sistema jurídico por intermédio de normas e instituições que, no aspecto estrutural revela a garantia de observância ao

---

<sup>1</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O\\_Princ%c3%adpio\\_da\\_Seguran%c3%a7a\\_Jur%c3%addica.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O_Princ%c3%adpio_da_Seguran%c3%a7a_Jur%c3%addica.pdf?sequence=4). Acesso em 11 mai. 2012.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 16ª Ed. 1999, p.433.

processo de elaboração das normas e a perenidade das instituições integrantes de um sistema jurídico. Indica funcionalmente o cumprimento do direito por todos os jurisdicionados e a correta atuação dos órgãos incumbidos de aplicá-lo. Este aspecto é também chamado de segurança jurídica *stricto sensu*, e está ligado aos elementos objetivos da ordem jurídica, representando garantia de estabilidade jurídica, segurança da orientação e realização do direito.<sup>3</sup>

No aspecto subjetivo, o princípio da segurança jurídica é denominado “princípio da proteção da confiança” e se apresenta como a certeza do direito. Induz que todos os destinatários conheçam o direito sabendo de forma clara e antecipada o que lhe é demandado, permitido ou proibido, podendo organizar suas condutas e atuações jurídicas futuras de forma plausível.<sup>4</sup>

Para Kildare Gonçalves CARVALHO, o princípio da segurança jurídica consiste “naquela tranqüilidade de espírito, própria de quem não teme o outro (Montesquieu).” Ensina que “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são manifestações do direito à segurança jurídica. Do ponto de vista comunitário, a segurança é condição do bem comum; consiste na paz, a tranqüilidade da ordem (Santo Tomás de Aquino).”<sup>5</sup>

O princípio da segurança jurídica está situado entre as garantias fundamentais do Estado de Direito, e pode ser definido como “a garantia assegurada pela Constituição Federal ao jurisdicionado para que uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento jurisdicional”<sup>6</sup> Dois fundamentos sustentam o Estado de Direito: “a segurança e a certeza jurídica” que são absolutamente necessários para que “a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.”<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> IURK, Cassiano Luiz. *Coisa julgada e Súmula Vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008, p.22.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 709.

<sup>6</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Op. cit.*

<sup>7</sup> *Idem*.

## 1.2 Enquadramento normativo e institutos previstos para garantia da segurança jurídica: ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada

Na Constituição Federal de 1988, a segurança jurídica é considerada sob três aspectos diferentes: como princípio, como valor e como direito fundamental.

Como princípio consta no seu Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.<sup>8</sup>

Garantida como direito fundamental do cidadão no artigo 5º, *caput* da Carta Magna: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”

Segundo Evandro da Silva BARROS, é necessário lembrar que o texto constitucional ao introduzir a segurança jurídica como um de seus princípios, empreendeu-lhe conotação de direito fundamental, uma vez que detém a função de garantir, tutelar e proteger os direitos conferidos aos sujeitos de direitos.<sup>9</sup>

O vocábulo segurança está presente de forma expressiva nos textos do preâmbulo e *caput* do art. 5º, da Constituição Federal. Para DELGADO, esta segurança é a genérica, pois envolve a segurança pública, a segurança jurídica, segurança na assistência à saúde, à educação, ao lazer, ao desenvolvimento econômico, à liberdade, à vida, à valorização da cidadania, à dignidade humana, ao emprego pleno, à igualdade social, enfim, aos direitos e garantias individuais e

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 03 mai. 2012.

<sup>9</sup> BARROS, Evandro da Silva. Coisa julgada Inconstitucional e limitação temporal para propositura da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12, n. 47, Abril a junho de 2004, p. 55 e seguintes.

sociais.<sup>10</sup>

Como valor, consoante BARROS, a inserção constitucional da segurança ocorreu segundo Konrad Hesse, porque a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensa eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.<sup>11</sup>

A segurança jurídica é concebida como valor na Carta Magna em razão dela, juntamente com a Justiça, por serem “valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu aquilo que, por ser justo, lhe compete”.<sup>12</sup>

Extrai-se da Constituição da República Federativa do Brasil que a certeza da segurança jurídica está intimamente relacionada ao inciso XXXVI do seu artigo 5º ao impor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”

A Lei de Introdução ao Código Civil afirma no artigo 6º que respeita o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada e conceitua como ato jurídico perfeito aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (§ 1º do artigo 6º da LICC); como direito adquirido “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (§ 2º do art. 6º da LICC); e coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (§ 3º do artigo 6º da LICC).

Corroborando a tese de que os conceitos de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada estão relacionados com a segurança jurídica, ensina José Joaquim Gomes CANOTILHO:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados

---

<sup>10</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional. Op. cit.*

<sup>11</sup> BARROS, Evandro da Silva. *Op. cit.* p. 55 e seguintes.

<sup>12</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17-18.

com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.<sup>13</sup>

Humberto THEODORO JÚNIOR e Juliana Cordeiro de FARIA ensinam que no Estado Democrático de Direito tem sido sempre uma preocupação constante a de garantir a supremacia da Constituição Federal, “como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade.”<sup>14</sup>

O princípio da segurança jurídica propaga na comunidade social o sentimento de previsibilidade dos efeitos jurídicos da regulação da conduta e, nas palavras de Paulo de Barros CARVALHO, “tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.”<sup>15</sup>

Assim, têm-se agregados ao conceito de segurança jurídica a exigibilidade e a certeza de que o direito seja estável e previsível. Contudo, a estes elementos deve-se agregar a justiça.

Para Luís Roberto BARROSO:

O sistema ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto.<sup>16</sup>

Atribui-se ao Poder Judiciário a qualidade fundamental de definitividade, o que faz com que suas decisões, a partir de determinado momento, se tornem imutáveis e indiscutíveis. A esta qualidade, que imuniza as decisões judiciais de

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1995, p. 373.

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.124/125.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 352.

controvérsias futuras, dá-se o nome "coisa julgada".<sup>17</sup>

Segundo a doutrina tradicional, a coisa julgada é a garantia da realização do princípio da segurança jurídica, tendo por objetivo a implementação de segurança jurídica no sistema. Embora o foco central do presente estudo seja a análise da relativização da coisa julgada, necessário se faz tecer considerações iniciais, porém elucidativas sobre o instituto da coisa julgada, em especial, sobre seu conceito, efeitos e limites. Por isso, passa-se a analisar a coisa julgada prevista no direito brasileiro, conforme a doutrina tradicional e, posteriormente, a coisa julgada inconstitucional e verificar as posições doutrinárias que defendem sua relativização e os instrumentos de revisão.

### **1.3 Coisa julgada, contornos conceituais e enquadramento normativo.**

Falar sobre a coisa julgada é falar sobre um instituto que durante milênios para o direito nunca foi atacado, nem debatido, nem colocado em cheque como algo que pode ser desmistificado.

Consagra-se a intangibilidade da coisa julgada e no entender de THEODORO JÚNIOR e FARIA "institucionalizou-se o mito da impermeabilidade das decisões judiciais, isto é, de sua imunidade a ataques, ainda que agasalhassem inconstitucionalidade, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado, nos variados ordenamentos, o prazo para a sua impugnação."<sup>18</sup> A coisa julgada transformou-se na expressão máxima a consagrar os valores de certeza e segurança perseguidos no ideal do Estado de Direito.

A expressão "coisa julgada" deriva da expressão latina *res iudicata*, que significa "bem julgado", sendo definida como qualidade dos efeitos da sentença, no sentido de que o julgamento de um litígio adquire imutabilidade, não podendo ser rediscutido pelo Poder Judiciário. Encerrada a prestação jurisdicional do Estado, a *res judicanda* transforma-se em *res iudicata*, pondo fim à relação processual e tornando inatacável e irrevogável o julgamento, o qual terá força de lei entre as partes.

---

<sup>17</sup> IURK, Cassiano Luiz. *Op. cit.*, p.26.

<sup>18</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIAS, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 126.

O princípio da autoridade da coisa julgada se relaciona com a necessidade imprescindível da manutenção da ordem e da paz social e se justifica por meio do pressuposto de que deve haver uma resposta final e definitiva para cada matéria apreciada pelo Judiciário.

A coisa julgada é “a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo ‘a lei do caso concreto’”<sup>19</sup>

Para Leonardo GRECO, “é garantia fundamental do processo porque se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufruí-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos do cidadão.” A coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança, pois aqueles que têm reconhecido judicialmente um direito devem poder confiar na certeza desse direito que resulta “da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais”.<sup>20</sup>

O exercício da atividade jurisdicional tem como finalidade restabelecer a ordem jurídica quebrada diante do conflito surgido entre os litigantes. Se o deslinde da demanda não se revestisse da autoridade de definitividade, não se alcançaria a pacificação social, podendo os descontentes retornar a litigar, o que tornaria instável a relação jurídica.

A coisa julgada desempenha duas funções: a primeira, que consiste no encerramento da atividade jurisdicional sobre o assunto, impedindo o reexame da matéria; e a segunda, a obrigação que se impõe às partes de obedecer ao que ficou determinado no julgado. Em outras palavras, a imutabilidade e imperatividade.

Salienta Cândido Rangel DINAMARCO que a coisa julgada “Resolve-se em uma situação de estabilidade, definida pela lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a propiciar segurança e paz de espírito às pessoas.”<sup>21</sup>, e Gustavo Sampaio VALVERDE, por sua vez, entende que a coisa

---

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.456.

<sup>20</sup> GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225/286.

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: *Coisa Julgada*

julgada representa a expressão positiva da segurança jurídica, e é o reflexo da necessidade humana da paz e segurança, que não existiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornasse imutável.<sup>22</sup>

Para DE PLÁCIDO E SILVA:

A coisa julgada pressupõe o julgamento irretratável de uma relação jurídica anteriormente controvertida. Nesta razão, a autoridade *da res judicata* não admite, desde que já foi reconhecida a verdade, a justiça e a certeza a respeito da controvérsia, em virtude da sentença dada, que venha a mesma questão a ser ventilada, tentando destruir a soberania da sentença, proferida anteriormente, e considerada irretratável, por ter passado em julgado.<sup>23</sup>

Desse modo, quando não cabe mais nenhum recurso, a sentença adquire a autoridade de coisa julgada, tornando a sentença imutável e é esta imutabilidade e imodificabilidade da sentença que caracteriza a coisa julgada.

A coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, possui proteção constitucional e infraconstitucional. A Constituição Federal assegura no artigo 5º XXXVI *que* “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Não se pode afirmar, entretanto, que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O que a Constituição protege é a coisa julgada da seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.

Paulo Roberto de Oliveira LIMA, interpretando o art. 5º, inciso XXXVI, destaca que ao legislador é interdito prejudicar a coisa julgada. É esta a única regra sobre a coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária. Significa que o legislador infraconstitucional não pode emprestar à coisa julgada estrutura e limites de menor amplitude, de forma a diminuir a importância do instituto. Ou interpretando restritivamente, a lei não pode alterar o conteúdo da sentença ou acórdão acobertado pela coisa julgada, por imperativo de segurança e paz, no sentido de que, uma vez formada a coisa julgada de determinada decisão, esta não pode sofrer qualquer violação da lei

---

*Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.) Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 55.

<sup>22</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 123.

<sup>23</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997,

editada posteriormente à sua formação.<sup>24</sup>

Pode-se citar um caso hipotético em que A move ação de cobrança de aluguéis contra B, requerendo a aplicação da taxa de 1% ao mês, sendo o pedido julgado procedente e, após o trânsito em julgado desta decisão, uma lei ordinária estabelece a obrigatoriedade de aplicação de juros à taxa máxima de 0,5% às prestações vencidas e vincendas de aluguéis. Não pode B invocar em seu favor a nova lei a fim de desconstituir a coisa julgada porque este efeito da sentença cria situação de imutabilidade.

Mas pode surgir a seguinte indagação: É justo que B seja obrigado a pagar juros à taxa de 1% ao mês a A, enquanto todos os demais inquilinos, em situações idênticas pagarão juros de 0,5% ao mês? Em um Estado Democrático de Direito em que pela vontade da maioria foi promulgada uma Constituição e esta prevê que a nova lei não prejudicará a coisa julgada, B terá mesmo que pagar juros de 1% ao mês para A, pois a lei nova não pode alterar uma situação definitiva dada pelo Poder Judiciário a fim de pacificar o litígio.

Maria Helena DINIZ entende que:

A lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão judicante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, a fim de que se resguarde a segurança das relações jurídicas. A *auctoritas rei judicatae* justifica-se no atendimento do interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis.<sup>25</sup>

É certo que a coisa julgada está assegurada na Lei Fundamental (art. 5º, inciso XXXVI), mas seu conceito e seus contornos são atribuídos à lei ordinária, que define o seu âmbito de atuação e estabelece os seus limites subjetivos e objetivos. E a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º, § 3º,) conceitua a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”.<sup>26</sup>

Há posicionamento majoritário de que os contornos da coisa julgada são fixados pela Lei de Introdução ao Código Civil, razão pela qual é incabível a

---

p.178.

<sup>24</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1997, p.84-86.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187. BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Art. 6, § 3º.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil. Art. 6, § 3º.

interposição de recurso extraordinário por violação à coisa julgada como decidido no RE-AgR 461.286/MS.<sup>27</sup>

Portanto, quem conceituou e conferiu, entre nós, a imutabilidade e indiscutibilidade à coisa julgada foi a lei ordinária. As hipóteses de ocorrência da coisa julgada são definidas no âmbito infraconstitucional, e se assim não fosse, a ação rescisória seria inconstitucional, pois refletiria exceção à garantia constitucional instituída pelo legislador infraconstitucional, o que não é admitido.<sup>28</sup>

A coisa julgada existe para assegurar a segurança jurídica e uma vez apresentado o conceito de coisa julgada, seu enquadramento normativo e sua importância para a função jurisdicional a partir do princípio da segurança jurídica, importante analisar seus efeitos, limites e espécies.

### 1.3.1 Espécies de coisa julgada e efeitos

Apesar de o Código de Processo Civil no art. 467 definir apenas a coisa julgada material,<sup>29</sup> os doutrinadores distinguem a coisa julgada material da coisa julgada formal. Esta consiste na estabilização interna do julgamento, tornando imutável a decisão dentro do próprio processo em que proferida, por não caber mais reexame recursal, ou seja, é consequência do não aproveitamento dos prazos para interposição do recurso cabível, ou porque todos os permitidos foram interpostos; aquela, impedindo questionar, noutro processo, o que já foi anteriormente decidido.

A coisa julgada formal só vale para os litigantes – Autor e Réu – enquanto na coisa julgada material seus efeitos se projetam além do processo, fora do

---

<sup>27</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 461286/MS. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. (...) I – A Corte tem se orientado no sentido de que o conceito dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição, mas na legislação ordinária (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Assim, está sob a proteção constitucional a garantia desses direitos, e não seu conteúdo material. (RE 437.384-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; AI 135.632-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello). (...) II – A apreciação do recurso extraordinário, no que concerne à alegada ofensa ao art. 37, XIV, da Constituição, encontra óbice na Súmula 279 do STF. III – A ofensa à Constituição, acaso existente, seria reflexa, o que inviabiliza o recurso extraordinário. IV – Agravo regimental improvido. (STF. RE-AgR 461286/MS. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. DJ 15.09.2006, p. 388). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 16 ago. 2012.

<sup>28</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 89.

<sup>29</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

processo, atingindo outras pessoas que não o autor e réu, devendo ser respeitada não apenas pelas partes, como também por todos os juízes.

Para Vicente GRECO FILHO, “a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo e que impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide” e quando o constituinte de 1988 dispôs que a lei não prejudicará a coisa julgada significa que um conflito de interesse que tenha sido solucionado por decisão com trânsito em julgado não pode ser reavivado pelo simples fato de uma nova lei prever solução diversa para o mesmo caso.<sup>30</sup>

Já Egas MONIZ DE ARAGÃO, sustenta a existência de dois estágios da imutabilidade da coisa julgada. O primeiro corresponde aos dois anos imediatamente após o trânsito em julgado da decisão judicial, sendo a imutabilidade relativa, podendo ocorrer sua desconstituição por meio da ação rescisória. O segundo estágio, quando esgotado o prazo da rescisória, torna a imutabilidade absoluta e designada como ‘coisa soberanamente julgada’.<sup>31</sup>

A imperatividade da coisa julgada depende de sua imutabilidade, ocorre quando não mais se pode discutir, nos mesmos autos, a *res in iudicio deducta*. E, quando ocorre este fenômeno, surge a coisa julgada formal ou preclusão máxima do processo, segundo Cândido Rangel DINAMARCO<sup>32</sup>.

Distingue o autor a coisa julgada material da formal: a primeira é a imunidade dos *efeitos* da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; e a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.<sup>33</sup> A coisa julgada formal é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. E a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º volume, 7ª edição. Saraiva, 1994, p. 240.

<sup>31</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas.D. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista dos Tribunais* 682/09, 1992, p. 21.

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, Malheiros, 2001, p. 185.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de*

THEODORO JUNIOR assevera que a diferença entre elas é apenas de grau de um mesmo fenômeno, visto que ambas resultam na impossibilidade de se interpor recurso contra a sentença.<sup>35</sup>

Pela leitura do art. 467, do CPC<sup>36</sup> depreende-se que a coisa julgada material é subsequente à formação da primeira. O legislador indicou que a imutabilidade da sentença que a protege de ser revista em processos futuros, somente estará presente depois que sobre ela se formar a coisa julgada formal. “Não há *coisa julgada material* sem a prévia formação da *coisa julgada formal*, de modo que somente as sentenças contra as quais não caibam mais recurso poderão produzir *coisa julgada material*”.<sup>37</sup> Então, para que a sentença seja indiscutível no futuro, antes é preciso alcançar sua indiscutibilidade na própria relação jurídica da qual ela provém.

É de ordem política o principal fundamento para justificar a coisa julgada material, como ensina Moacyr Amaral SANTOS “há, pois, motivos de ordem prática, de exigência social, a impor que a partir de dado momento – que se verifica com a preclusão dos prazos para recursos – a sentença se torne imutável, adquirindo autoridade de coisa julgada.”<sup>38</sup>

Para Luis Rodrigues WAMBIER e Eduardo TALAMINE, a coisa julgada formal confunde-se com a ideia de fim do processo, sendo que utilizam a expressão preclusão máxima para designar coisa julgada formal, tendo lugar quando da decisão já não caiba mais recurso algum (ou porque a parte terá deixado escoar *in albis* os prazos recursais ou porque foram interpostos todos os recursos). A decisão se torna indiscutível apenas no processo em que foi prolatada, simplesmente porque o processo acabou. Por isso, a indiscutibilidade da coisa julgada formal tem como limite o processo em que a decisão foi proferida. Diferentemente do que ocorre com a coisa julgada material, faz coisa julgada formal tanto a sentença que deixa de

---

*conhecimento*. 5ªed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.627/628.

<sup>35</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.595.

<sup>36</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 467 – “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

<sup>37</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, p.457.

<sup>38</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.462.

julgar o mérito, quanto a sentença de mérito.<sup>39</sup>

Joyce Araújo dos SANTOS observa “que a coisa julgada material sempre vem acompanhada da formal, mas o inverso não ocorre, haja vista que os efeitos da coisa julgada formal podem ou não abranger um julgamento de mérito, de que não cabe mais nova discussão no processo ou em qualquer outro.”<sup>40</sup>

O instituto da coisa julgada foi, por muito tempo, entendido como sendo um efeito da sentença. Para TALAMINI, foi Enrico Tullio Liebman o responsável pela completa superação dessa noção ao alegar que a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da decisão, e não um de seus efeitos. Aponta como prova disso que os efeitos da decisão podem se produzir mesmo antes da formação da coisa julgada, portanto, esta última vai além do que os efeitos por si só já proporcionam.

TALAMINI ensina ainda que Barbosa Moreira fez um reparo na teoria de Liebman no sentido de que a coisa julgada não consistiria na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade de seu conteúdo. Isso porque, mesmo que os efeitos se modifiquem ou se extingam, o mesmo objeto não poderá ser apreciado novamente.<sup>41</sup>

Apesar de a lei processual civil definir a coisa julgada como uma “eficácia”, a grande maioria dos doutrinadores pátrios filia-se à doutrina de Liebman sobre a natureza da coisa julgada, segundo a qual a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas a qualidade de imutabilidade que se agrega ao comando da sentença e a seus efeitos. Então, a coisa julgada não é efeito do julgamento final, e sim qualidade desses efeitos.<sup>42</sup>

THEODORO JUNIOR recorda o que afirma Chiovenda sobre o tema, ensinando que “as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos

---

<sup>39</sup> WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. V.1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2008, p.565-566.

<sup>40</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>41</sup> TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coordenadores) São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 193.

<sup>42</sup> MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Mlllenium, 2001, vol.3, p.324

reclamam da ordem jurídica”<sup>43</sup>

Para compreender a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença há necessidade de distinguir os conceitos de eficácia, efeito e conteúdo da sentença.

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART esclarecem que

*A eficácia da sentença é a potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída, para produzir efeitos. Toda sentença, porque deve (ou ao menos pode) corresponder à pretensão de direito material exposta pelo autor, deve conter, em si, eficácias capazes de corresponder àquela pretensão, e assim, exercer a ação de direito material buscada. O conjunto de eficácias, somado a alguns efeitos (que ocorrem concomitantemente com a sentença), conforma aquilo que se denomina de conteúdo da sentença. E, ao se realizarem concretamente, essas eficácias convertem-se em efeitos concretos (sendo que esse momento pode ou não ocorrer instantaneamente com a prolação da sentença).<sup>44</sup>*

E, a coisa julgada recairá sobre a eficácia ou sobre os efeitos da sentença? Para MARINONI E ARENHART, a eficácia é mera virtualidade não podendo ser atingida pela imutabilidade da coisa julgada, já quanto aos efeitos nem todos se tornam indiscutíveis em razão da coisa julgada, somente o efeito declaratório é que, efetivamente, torna-se imutável. E ressaltam que todas as sentenças possuem mais de uma eficácia, podendo gerar mais de um efeito, sendo sua classificação realizada com base na sua eficácia preponderante. Todas as sentenças possuem algo declaratório e quando se afirma que a coisa julgada material incide sobre o efeito declaratório, quer-se afirmar que ela toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais, significando que “a coisa julgada é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença”.<sup>45</sup>

Se em um processo futuro se pretender rediscutir a declaração transitada em julgado, isso não será permitido, e se denomina efeito negativo da coisa julgada. Também se operará o efeito positivo da coisa julgada, vinculando os juízes dos processos subsequentes àquela decisão que já transitou em julgado, ou seja, estende e projeta os efeitos da sentença para o futuro. Portanto, a coisa julgada exerce função *positiva e negativa*, no Direito, que se explicam a partir do princípio

---

<sup>43</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Op. cit., p. 598.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p.632.

<sup>45</sup> *Idem*.

da segurança jurídica.<sup>46</sup>

Já os efeitos da sentença podem ser *internos* ou *externos* a ela, pois podem participar ou não da essência do ato decisório. Existem efeitos que somente operam no plano jurídico, como os efeitos condenatório, constitutivo e declaratório, independentemente de qualquer outro fator externo, a partir daquele momento apontado na lei. Outros efeitos dependem de um fator externo para se materializarem, como os efeitos executivo e mandamental, podendo, assim, operar ou não concretamente.<sup>47</sup>

Para a maioria dos processualistas, o conteúdo da sentença equivaleria à declaração pronunciada pelo juiz e seus efeitos seriam externos a ela e surgiriam em momento posterior ao julgado. “Os efeitos não de ser, por definição, exteriores ao ato que os produz, à medida que, até mesmo, o pressupõem existente e capaz de produzi-los, vale dizer, eficaz”.<sup>48</sup>

Observa SILVA que a coisa julgada é um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional. Se nem todo ato, ou processo jurisdicional, produz coisa julgada, é certo que não a produzem os atos dos demais poderes do Estado (Executivo e legislativo).<sup>49</sup>

A afirmação de que nem todas as sentenças produzem coisa julgada se dá pelo fato de que para se verificar a coisa julgada material, é imprescindível que a sentença declare a existência ou não do direito pleiteado.<sup>50</sup>

A seguir, ver-se-ão os limites objetivos da coisa julgada, ou seja, sobre qual das partes da sentença (relatório, fundamentação ou dispositivo) incidirá a coisa julgada e os limites subjetivos da coisa julgada.

### 1.3.2 Limites da coisa julgada

Destaca DINAMARCO que o CPC consagra que:

(...) dos elementos estruturais da sentença o único que fica imunizado pela *auctoritas rei judicatae* é o dispositivo; como está nos incisos do art. 469, a

---

<sup>46</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.22.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.*, p.632-633.

<sup>48</sup> *Idem*, p.461.

<sup>49</sup> SILVA. Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, p. 455.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.*, p.630.

coisa julgada não cobre a verdade dos fatos aceitas como causa de decidir, nem qualquer dos fundamentos da sentença. Uma vez que a solução prática do caso é aquela contida no decisório e não nos fundamentos, é ela que deve tornar-se imutável e não as eventuais tomadas de posição sobre temas teóricos ou conceituais.<sup>51</sup>

Denota-se então que o fenômeno da coisa julgada abrange a declaração contida na sentença e esta vem da resposta jurisdicional, certamente a autoridade de coisa julgada recai sobre a parte decisória da sentença de mérito, não fazendo coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, de acordo como art. 469, inc. I e II, do Código de Processo Civil.

Entretanto, analisando o art. 469 do CPC, inciso III tem-se que não faz coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”<sup>52</sup>

Importante salientar que “a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial apenas enquanto as circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa permanecerem as mesmas, *inseridas que estão na causa de pedir da ação.*”<sup>53</sup> Logo, se “as circunstâncias (fáticas ou jurídicas) da causa forem alteradas de maneira tal a compor nova *causa de pedir*, surgirá o ensejo a nova ação, totalmente *diferente da ação anterior, e, por essa razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão.* Se uma ação de cobrança é julgada improcedente porque não há prova da dívida, e mais tarde o autor dessa ação empresta dinheiro ao réu, que deixa de cumprir, é evidente que a coisa julgada da primeira ação não impedirá o autor de cobrar o valor por último emprestado, tratando-se de outra dívida, não havendo que se falar em coisa julgada, como impeditivo à propositura da segunda ação.”<sup>54</sup>

Desse modo, apesar de a doutrina tradicional entender que a autoridade de coisa julgada recai sobre a parte decisória da sentença de mérito, surge uma nova

---

<sup>51</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n.16, mar./abr.2002, p.18

<sup>52</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 469 do CPC: “não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

<sup>53</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.*, p. 642.

<sup>54</sup> *Idem.*

tendência, ainda incerta no Supremo Tribunal Federal, chamada de **transcendência dos motivos determinantes da sentença** em controle difuso, o que será estudado no item 3.1 e, portanto, outros problemas decorrem disso como a própria valorização dos motivos e fatos, podendo os motivos determinantes de uma decisão tomada em controle difuso no STF gerar efeitos *erga omnes* e, portanto, vir a relativizar a coisa julgada inconstitucional. E, neste caso alteram-se os limites subjetivos, na medida em que transcende para além das partes. Podem estes então vir a intervir na Ação?

Há também os limites subjetivos da coisa julgada, em virtude dos quais o decidido só se torna imutável para as partes perante a quem ela se deu. Limitar subjetivamente a coisa julgada implica demarcar os sujeitos que serão atingidos por ela. De acordo com a regra geral, prevista no art. 472, 1ª parte, do CPC,<sup>55</sup> somente as partes e seus sucessores ficam acobertados pela coisa julgada. Porém, as relações jurídicas ocorrem muito frequentemente e de modo interligado, sendo comum que terceiros sofram os efeitos advindos de processos dos quais não participaram. O art. 472, 2ª parte, do CPC, estabelece que a sentença operará efeitos perante terceiros quando, em ações relativas ao estado de pessoa, forem citados todos os interessados.

Para IURK, “a sujeição do terceiro aos efeitos da sentença dependerá de qualquer modo, do grau de suscetibilidade deste às eficácias da sentença, ou seja, conforme sua posição em relação à questão decidida seja de **indiferença** ou de **interesse**”.<sup>56</sup>

Há que se distinguir os terceiros interessados dos terceiros indiferentes. Terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa, advindo de alguma relação jurídica que mantém, de forma conexa ou dependente, com a relação jurídica posta em juízo. Esse grupo pode ser subdividido por aqueles atingidos diretamente pela coisa julgada, e por aqueles que mesmo não atingidos por ela, são atingidos pela eficácia natural da sentença. O primeiro subgrupo é composto por sujeitos cujos direitos não são propriamente derivados da relação jurídica litigiosa, mas constituem um prolongamento da questão controvertida, como

---

<sup>55</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

<sup>56</sup> IURK, Cassiano Luiz. Op. cit., p. 34.

os sucessores da parte e os substituídos, na ação promovida pelo substituto. O subgrupo dos terceiros interessados atingidos pela eficácia natural da sentença ainda que não sujeitos à coisa julgada material, não a podem ignorar, eis que serão atingidos pela eficácia reflexa da sentença, na medida em que se constituem em titulares de direitos que possuem grau de conexidade com a relação jurídica litigiosa. Estes são legitimados a integrar a lide como assistentes simples (art. 50, do CPC), porque detêm interesse jurídico na resolução da questão, não se podendo lhes opor a coisa julgada se não forem regularmente intimados da existência do litígio<sup>57</sup>

Os terceiros indiferentes não mantêm nenhuma relação jurídica com aquela relação sujeita à apreciação judicial, e não são admitidos a intervir no processo na condição de interessados.<sup>58</sup>

A sentença judicial produz efeitos a esses sujeitos de modo distinto, ou seja, diferença na qualidade dos efeitos que sofrem. Os que possuem interesse jurídico no litígio podem opor-se à afetação de sua esfera jurídica. Se o interesse do terceiro não for jurídico, ele não tem legitimidade para ingressar no processo, sofrendo os efeitos naturais da sentença, que são inafastáveis e imutáveis.<sup>59</sup>

A doutrina clássica que determina que apenas as partes fiquem vinculadas à coisa julgada foi rompida de forma parcial em consequência da intensificação das relações sociais e da complexidade que elas vêm assumindo ao longo do tempo. Essa inovação no instituto da coisa julgada possibilitou sua extensão subjetiva nas ações coletivas, trazendo a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*.

### 1.3.3 Coisa julgada *erga omnes*

Em determinadas demandas, em razão do seu objeto e direito discutido, a eficácia da sentença pode atingir não só as partes litigantes, mas todas as pessoas, indistintamente, que se encontrem na mesma situação de fato e de direito discutida, daí chamar-se coisa julgada *erga omnes*. É o que ocorre, por exemplo, na Ação Civil Pública que envolve direitos difusos, uma vez que tais direitos são indivisíveis e possuem titulares indeterminados (art. 1º, da Lei 7.347/85 -Ação Civil Pública - e art.

---

<sup>57</sup> *Idem*, p. 36/37.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.*, p.638.

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.*, p.638.

103, do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.079/90).

O art. 103, I, do Código de Defesa do Consumidor prevê que a coisa julgada, em relação às ações que tratam de direitos difusos, é *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas. Define o Código o direito difuso como transindividual, indivisível, de sujeito indeterminado, pertencente a toda a coletividade.

Faz-se necessário analisar e distinguir as diversas hipóteses elencadas no art. 103, do CDC. O art. 103, I e §1º, regula a coisa julgada nas ações coletivas em defesa de *interesses difusos*. Estes definidos no art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, como, por exemplo, a colocação no mercado de um produto perigoso, com potencialidade de atingir número incalculável de consumidores, em qualquer vínculo entre si.<sup>60</sup> No caso de o pedido ser acolhido ou rejeitado numa ação coletiva fundada em interesses difusos, forma-se a coisa julgada *erga omnes*.

O mesmo ocorre quando se tratar de ação coletiva fundada em *interesses coletivos*, definidos no art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC. O legislador atribuiu diferentes *nomen iuris* para a coisa julgada, consoante ela possua origem em ações fundadas em direitos difusos ou em direitos coletivos. Considera *erga omnes* a coisa julgada formada na ação em defesa de direitos difusos, e *ultra partes* nas ações em defesa de direitos coletivos, como se nota da redação do art. 103, I e II, do CDC. A distinção tem o nítido interesse em destacar que a coisa julgada *ultra partes* alcança o grupo, categoria ou classe de pessoas (sujeito determinado), enquanto que a *erga omnes* atinge pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. As duas transmitem a ideia de que a imutabilidade da sentença ultrapassa as partes do processo. Em ambos os casos (coisa julgada em ação para a tutela de direitos difusos e em ação para a tutela de direitos coletivos), a coisa julgada é dita *secundum eventum litis*, porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa.

Para Hugo Nigro MAZILLI, ao estipular as regras informantes de uma e outra das hipóteses (art. 103, incisos I a III do CDC), o legislador mostrou que quis efetivamente diferenciá-las: com coisa julgada *erga omnes*, quis alcançar a imutabilidade da decisão em relação a todo o grupo social, e com a coisa julgada

---

<sup>60</sup> WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores*

*ultra partes* quis alcançar mais do que as meras partes da ação coletiva, mas menos do que todo o grupo social, porque limitou a imutabilidade ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas.<sup>61</sup>

Diferente é a situação no concernente à coisa julgada em relação às ações que tutelam direitos individuais homogêneos, que não são transindividuais. São direitos individuais idênticos inerentes a vários sujeitos e podem ser tutelados de maneira uniforme e única, por meio de uma única ação. A sentença que julga a ação coletiva examina as pretensões individuais de cada um dos substituídos de maneira unívoca. Conforme o art. 103, III, do CDC, a coisa julgada é *erga omnes* somente no caso de precedência da ação, beneficiando todos os sujeitos titulares dos direitos individuais postulados, bem como seus sucessores.

De acordo com o que prescreve o art. 104, do CDC, com o intuito de facilitar a situação das vítimas individuais da lesão, traz o transporte da coisa julgada, *in utilibus*, para as ações individuais que versarem sobre o tema.<sup>62</sup> O objetivo deste artigo é tornar possível o ajuizamento da ação individual mesmo que pendente ação coletiva para a tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Deve-se atentar para uma particularidade imposta à redação do art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pela Lei 9.494/97 que prescreve: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.” Para MARINONI E ARENHART, seria absurdo pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território; seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país. Da mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território da federação, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, e *nunca em face de parcela dessa jurisdição*.<sup>63</sup>

Concluem os autores que a restrição pretendida pela lei não diz respeito à coisa julgada, pois limitar a abrangência da coisa julgada é impossível, sob pena de

---

do anteprojeto, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 502.

<sup>61</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423.

<sup>62</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 104, do CDC “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

deixar de ser coisa julgada. O objetivo do dispositivo é limitar a abrangência dos *efeitos da sentença* (dentre os quais, certamente, não se encaixa a coisa julgada).

Resta analisar o art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99, que determina “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a 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.” No mesmo sentido, o art. 102, § 2º, da Constituição Federal<sup>64</sup> que determina que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade produzirão efeitos contra todos e efeito vinculante.

Por outro lado, não se pode deixar de registrar que sendo a repercussão geral condição necessária para o conhecimento do Recurso Extraordinário e esta ocorre quando a matéria ultrapassa os interesses das partes, forçoso reconhecer, que os efeitos da coisa julgada ultrapassam os limites subjetivos da demanda, não se restringindo às partes litigantes, pois a decisão que reconhece a existência ou a inexistência da repercussão geral produz efeito vinculante sobre as questões idênticas, tanto no plano horizontal, ou seja, com relação à própria Corte, quanto no plano vertical, obstando a remessa de recursos que versem sobre a mesma questão.

A repercussão geral para o recurso extraordinário demonstra a busca da objetividade no controle difuso, eis que, ao demonstrar a repercussão política, econômica e social, o que se verifica é que a proteção do STF acaba sendo em relação à proteção do ordenamento jurídico para proteger a sociedade e não apenas o direito subjetivo discutido num caso concreto.

O legislador, ao permitir o efeito *erga omnes* da decisão da Corte Suprema em sede de controle difuso de constitucionalidade, valorizou a finalidade principal do recurso extraordinário, que é a garantia da superioridade da Constituição Federal, cujo interesse transcende a esfera individual das partes.

---

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op.cit., p.748.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública

Importante o estudo do controle de constitucionalidade brasileiro com vistas a uma melhor compreensão do alcance dos efeitos dele decorrentes sobre as decisões judiciais transitadas em julgado, e as consequências daí advindas, o que será feito no capítulo 3.

Neste capítulo, foram vistas as noções de segurança jurídica e coisa julgada e as espécies desta e, apesar do embasamento da coisa julgada na segurança jurídica têm crescido questionamentos acerca da coisa julgada que é contrária à Constituição, denominada de coisa julgada inconstitucional.

## **CAPÍTULO 2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E MEIOS PROCESSUAIS DE IMPUGNAÇÃO**

### **2.1 Coisa julgada inconstitucional**

Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais, pois o pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição, inclusive nas decisões jurisdicionais.

Para Alexandre Freitas CÂMARA, a inconstitucionalidade de uma sentença pode ser orgânica, formal e material. Será orgânica quando instaurada perante órgão da Justiça diverso daquele a que a Constituição da República tenha atribuído a função naquele caso. Cita como exemplo, o processo em que seja parte um servidor público federal que pretende receber uma verba que lhe é devida pela Fazenda Pública como remuneração por seu trabalho e que tenha sido instaurado perante a Justiça do Trabalho e não perante a Justiça Federal.

Haverá inconstitucionalidade formal da sentença sempre que as exigências formais estabelecidas pela Constituição da República para a validade dos provimentos jurisdicionais sejam desrespeitadas, como o caso de uma decisão judicial tomada em sessão secreta de um tribunal (fora dos casos previstos na Constituição Federal ou em lei).

Será material todo ato contrário à Constituição Federal que não o seja nem orgânica nem formal. Cita como exemplo, uma sentença que considere válido um ato administrativo que impõe pena de demissão a um servidor público sem que tenha sido garantida a observância, no processo administrativo disciplinar, do princípio do contraditório. “A inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado, seja ela orgânica, formal ou material, legitima a desconsideração da autoridade de coisa julgada, a qual não pode ser absoluta.”<sup>65</sup> E conclui estar

---

<sup>65</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual: *IN: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 301-302.

convencido “ de que

(...) a desconsideração da coisa julgada material é perfeitamente compatível com o Estado Democrático de Direito e é absolutamente essencial para a preservação da supremacia constitucional, tão importante para essa mesma democracia que tanto custou para ser conquistada, e que agora deve ser preservada a todo custo.<sup>66</sup>

Ressalta Cláudio Sinoé Ardenghy dos SANTOS que a sentença transitada em julgado que é injusta ou em dissonância aos princípios constitucionais, “ganha o nome de coisa julgada inconstitucional – denominação dada pelo Dr. José Augusto Delgado. E a sentença inconstitucional não forma a sua esperada imutabilidade e perenidade, é uma aparência, nada mais”.<sup>67</sup>

A coisa julgada inconstitucional está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura, principalmente quando se produziu sem que o processo tivesse chegado ao Supremo Tribunal Federal e já ultrapassado o prazo para uma possível rescisória.

Nesse estudo, pretende-se dar ênfase à coisa julgada inconstitucional, questionando-se a possibilidade de sua relativização e os meios processuais pelos quais ela pode ser impugnada. Necessário então uma análise sobre o entendimento de diversos doutrinadores sobre a coisa julgada inconstitucional.

DELGADO tem desenvolvido estudos doutrinários e, enquanto Ministro do STJ, declarou filiar-se “a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado.”<sup>68</sup>

Ressalta que o Estado não pode proteger a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade. A moralidade é comando com força maior e de cunho imperativo que reina de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade está ínsita, pois, em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*. p. 306.

<sup>67</sup> SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da revitalização da coisa julgada no Brasil. *IN*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.40.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. nº 240.712/SP, DJ. 15.2.2000, p.38, Rel. Ministro José Augusto Delgado. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em 16 ago. 2012.

DELGADO registra que: A) A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania; (...) G) 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; H) 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 esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual (...) <sup>69</sup>

Já Paulo Manoel Cunha da Costa OTERO, tipifica as principais modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado, dando destaque à “decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional”.<sup>70</sup> Mesmo dando relevância ao princípio da segurança jurídica no plano do ordenamento jurídico-constitucional, OTERO não descarta a possibilidade da impugnação do caso julgado, através de ação autônoma intentada com esse objetivo.<sup>71</sup>

Carlos Valder do NASCIMENTO entende que é nula a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, impondo sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o princípio da legalidade. Diz ser perfeitamente razoável o entendimento de que a coisa julgada pode ser inquinada de inconstitucionalidade pelo fato de que a validade dos atos do Estado tanto o executivo, legislativo ou judiciário emanam da Constituição Federal.<sup>72</sup>

DINAMARCO aponta a prevalência de certos valores garantidos constitucionalmente, mesmo que traga prejuízo para a segurança das relações jurídicas e acata a ideia da coisa julgada inconstitucional. Seu ponto de vista tem apoio no equilíbrio entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da

---

<sup>69</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 95-96.

<sup>70</sup> OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 65.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>72</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada Inconstitucional. *In: Coisa Julgada Inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 14-27.

coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade e enfatiza que a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.<sup>73</sup>

Diz ainda que: “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual”.<sup>74</sup> Por isso, não se pode reconhecer “caráter absoluto à coisa julgada”, nem se pode deixar de subordinar sua autoridade aos condicionamentos dos “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”. Apoiar-se na premissa, já aventada por Pontes de Miranda, de que se levou longe demais a noção de coisa julgada, tendo como objetivo demonstrar que o valor da segurança jurídica não é absoluto, nem o é a garantia da coisa julgada, pois ambos devem conviver com um valor de primeira grandeza, que é “o da *justiça das decisões judiciais*, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).”<sup>75</sup>

Para THEODORO JÚNIOR e FARIA, há necessidade de repensar o controle dos atos jurisdicionais evidenciando que “a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.”<sup>76</sup>

Afirmam que a coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do Poder Legislativo<sup>77</sup>, e que não existe nenhum mecanismo expresso, no direito brasileiro, para ver reconhecida a inconstitucionalidade da coisa julgada, somente havendo preocupação com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, deixando de contemplar os atos decisórios do Poder Judiciário.

Enfatizam o caráter relativo da coisa julgada, sob a afirmação de que se institucionalizou o mito da impermeabilidade ou imutabilidade das decisões revestidas pela coisa julgada, mesmo que agasalhassem inconstitucionalidade. Enumeram hipóteses de violação à Constituição por sentença ou acórdão acobertados pela coisa julgada e ressaltam:

---

<sup>73</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. *Op. Cit.* p. 72.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>76</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, p.148.

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?<sup>78</sup>

Teresa Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA afirmam que as hipóteses em que a sentença acolhe pedido inconstitucional são o caso de inexistência do ato judicial, sequer transitando em julgado visto que são proferidas sem possibilidade jurídica do pedido, a evidenciar o exercício do direito de petição e não da ação.<sup>79</sup>

Defende Alexandre de Freitas CÂMARA que o vício da inconstitucionalidade atinge os atos judiciais, sendo, no seu entender, o vício mais grave que pode acometer uma sentença ou acórdão. Ressalta que, enquanto o sistema de controle de constitucionalidade tenha sido estruturado em torno dos atos legislativos e normativos, é inegável que uma decisão judicial pode contrariar comando constitucional. Vale-se dos exemplos de decisão ofensiva à Constituição, apresentados por José Augusto Delgado.<sup>80</sup>

Já Wildo de Lacerda DANTAS ensina que na coisa julgada inconstitucional, a contrariedade à Constituição envolve a violação às normas-regras e às normas-princípios, sendo na primeira hipótese rescindível, por violar literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC).<sup>81</sup> Na hipótese de o julgado violar princípio constitucional, a resolução do imbróglio depende da utilização do princípio da proporcionalidade, porque envolve colisão entre o princípio da segurança jurídica e da justiça constitucional, sendo que na impugnação a coisa julgada não se limitaria às hipóteses e ao prazo da ação rescisória.<sup>82</sup>

Destarte, após o cerne das argumentações dos segmentos da doutrina mais expressivos a respeito do tema, constata-se que o princípio da segurança jurídica consubstanciado por meio da coisa julgada não é absoluto, podendo ser

---

<sup>78</sup> *Ibidem*. p. 133.

<sup>79</sup> WAMBIER, Teresa Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.342-343.

<sup>80</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In *Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico*. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.15.

<sup>81</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada*. In *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Nº 56. Abril-junho/2004.p. 175-180.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 182-184.

relativizado. Na verdade, o que traz a segurança jurídica é respeitar a Constituição Federal.

No próximo item, será abordada a relativização da coisa julgada inconstitucional e os meios processuais de impugnação aos julgados tidos como inconstitucionais.

## **2.2 Relativização da coisa julgada inconstitucional**

O tema da relativização da coisa julgada inconstitucional tem gerado controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em meio a tantas controvérsias, não há como negar que a relativização é invocada de forma constante na doutrina nacional, como forma de controle de constitucionalidade das decisões judiciais.

É cediço que os atos emanados pelo Estado no exercício das suas funções típicas, quer seja administrativa, legislativa e jurisdicional, devem guardar absoluta fidelidade ao texto Constitucional sob pena de invalidade. As decisões judiciais são atos jurídicos estatais por excelência e representam a manifestação de vontade do Estado.

Também o Poder Judiciário deverá moldar-se ao modelo de Estado de Direito não se justificando o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal. Isso porque a função jurisdicional é uma decorrência do poder político que, na percepção de Clèmerson Merlin Clève, é indivisível, tendo o povo na sua titularidade, que não se divide senão em face do Poder Constituinte que torna efetiva a distribuição de diferentes funções a se compor na estrutura que dá corpo à organização político-administrativa do Estado.<sup>83</sup>

As atenções e preocupações sempre estiveram voltadas para o exame da desconformidade constitucional dos atos legislativos, não havendo maior preocupação com as decisões do Poder Judiciário, que também são passíveis de estarem desconformes com a Constituição.

Ensina NASCIMENTO que o Poder Judiciário “não detém a soberania e,

---

<sup>83</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal.”<sup>84</sup>

O Estado é soberano como um todo, e não o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário, competindo a cada poder o exercício da soberania estatal nos limites traçados pela Constituição. Não existe hierarquia entre os atos emanados dos Poderes da República, pois são todos decorrentes do exercício das funções desenvolvidas pelos agentes políticos em nome do Estado. Tanto os atos jurisdicionais quanto os legislativos e administrativos têm o mesmo peso em face do princípio constitucional de que os Poderes da República (Judiciário, Legislativo e Executivo) “são independentes e harmônicos entre si”. Portanto, todos devem sofrer o crivo da Constituição, que é o objetivo deste estudo, ou seja, em torno da problemática do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, ainda que transitados em julgado.

O Poder Judiciário, a dizer o direito no caso concreto, deve buscar a pacificação das partes envolvidas e, embora tenha esta atividade precípua, como toda atividade humana, a jurisdicional também está sujeita a falhas e para que ela se torne eficaz, válida e efetiva, é indispensável que não contemple ofensas aos princípios constitucionais.

Inobstante o embasamento da coisa julgada na segurança jurídica, “as decisões que apresentam incompatibilidade com as normas constitucionais, e aí se incluindo os princípios, devem ser passíveis de controle de constitucionalidade, ou seja, devem ser desconstituídas.”<sup>85</sup> Neste caso, o ordenamento jurídico brasileiro não contempla hipóteses de relativização da coisa julgada, surgindo a indagação se pode ser conferida imutabilidade à coisa julgada, em nome do princípio da segurança jurídica, mesmo perpetuando inconstitucionalidades? Deve a segurança servir de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada, imutável, imodificável e absoluta? Configura segurança jurídica uma decisão imutável eivada de inconstitucionalidade?

A relativização da coisa julgada já era conhecida por Chiovenda, em 1906, ao dizer que a coisa julgada nada tem em si de absoluta e de necessária; do conceito de atividade judicial deriva necessariamente somente que a sentença deva

---

<sup>84</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada Inconstitucional. *Op. Cit.*, p. 4.

poder mandar à execução, mas não que deve ser tida, no futuro como norma imutável do caso decidido.<sup>86</sup>

No direito norte-americano, a autoridade da coisa julgada não é tão rígida quanto no nosso ordenamento jurídico de origem Romano-germânica. Segundo DINAMARCO, os tribunais e autores americanos possuem uma postura racional da ideia da relativização da coisa julgada e, sem a pressão dos dogmas que tradicionalmente nos influenciaram, aceitam que o instituto também deve ser compatibilizado com valores tão elevados quanto o da definitividade das decisões igualmente importantes, permitindo excepcionar a *res judicata* em situações específicas em que se repute presente uma razão especial.<sup>87</sup>

Não é novidade a crescente aceitação da teoria da relativização da coisa julgada, todavia essa relativização não é defendida em sua totalidade e sim em casos excepcionais, haja vista que não se pode incorrer no afrouxamento exacerbado arriscando acarretar a insegurança jurídica; ao que se visa é apenas frear o caráter absoluto do instituto. Para isso, permitir-se-ia a desconstituição da *res judicata* em decisões que fossem contrárias ou contraditórias às normas e aos princípios constitucionais, como, por exemplo, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

Como se verá, não faltam argumentos favoráveis e contrários no tocante à possibilidade de se desconstituírem ou não as sentenças ou acórdãos contrários a princípio ou a regra constitucional, ou mesmo sob a alegação de injustiça da decisão. Trago a lume síntese das diversas concepções doutrinárias mais expressivas acerca do tema, tendo em vista justificar a possibilidade de relativização. Por outro lado, não se pode deixar de registrar o tema que envolve uma das maiores tensões no campo da filosofia do Direito: a tensão entre segurança jurídica e os ideias de justiça material.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>86</sup> SILVA, Adailson Lima e. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. In. LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

<sup>87</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. *Op. Cit.* p.48-51

<sup>88</sup> O deputado Carlos Bezerra (PMDB\_MT) apresentou em 03 de abril de 2010 o projeto de Lei 7111/10, que permite que a coisa julgada seja revogada no caso de comprovada caso de injustiça, grave fraude processual ou erro grosseiro. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472984>. Acesso em 15 dez.2012.

BARBOSA MOREIRA foi o primeiro a denominar o movimento de mitigação da coisa julgada como “relativização atípica,”<sup>89</sup> constatando que já existiam instrumentos de revisão da coisa julgada previstos no ordenamento, como os mencionados anteriormente (ação rescisória, *querela nullitatis*, impugnação com base na existência de erro material, impugnação de sentença inconstitucional- art. 475-L, §1º e art. 741, parágrafo único do CPC- e denúncia à Corte Americana de Direitos Humanos por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos), não sendo, portanto, a coisa julgada uma garantia absoluta.

Da mesma forma, Fredie DIDIER JÚNIOR, Nelson NERI JUNIOR, Ovídio Baptista da SILVA, MARINONI, entre outros autores, criticam esse movimento de relativização da coisa julgada de maneira atípica, sem previsão legal e com possibilidade de revisão a qualquer tempo, pelo risco que essa vulnerabilidade pode acarretar à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas, que formam o escopo sociológico do instituto da coisa julgada.

Para esses autores, a tese da relativização atípica prega a abolição da coisa julgada, como constata DIDIER JUNIOR ao questionar o que seria uma “grave” ou “séria” injustiça que autorize a quebra da coisa julgada, como disposto por HUMBERTO THEODORO JUNIOR e por JOSÉ DELGADO? E o que seria uma sentença “absurdamente lesiva” ao Estado, que justifique o desrespeito à coisa julgada, tal como dito por Dinamarco?<sup>90</sup>

Para BARBOSA MOREIRA, haverá o risco de os litígios se procrastinarem *ad infinitum*, sobretudo quando se coloca como fundamento para revisão do julgado a alegação de injustiça ou de inconstitucionalidade, tendo em vista que naturalmente a parte vencida não estará satisfeita e dificilmente não defenderá seu caráter injusto, ou mesmo a violação a algum princípio constitucional. Faz alerta para o problema da eternização dos litígios, que vai de encontro à tendência moderna do direito processual civil de celeridade processual.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In. *Relativização da coisa julgada-enfoque crítico*. DIDIER JR, Fredie (Org). 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 199.

<sup>90</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2011, p. 452.

<sup>91</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. In Revista Dialética de Direito Processual. Nº 22, SP: Dialética, p. 218.

O ideal de justiça é algo subjetivo variando segundo critérios pessoais e conforme as ideologias que predominam em cada momento histórico. E por ser um ideal, é perseguido eternamente, não podendo, porém, esta busca ser tão incessante a ponto de desestabilizar a segurança jurídica e desmoronar a ordem social, acabando por afetar o ideal de justiça. Tudo muda na sociedade e “Mudam-se os valores, e alteram-se o conceito de justiça.” Não é possível desconsiderar a coisa julgada a pretexto de que determinada decisão transitada em julgado não mais reflete a noção de justiça.<sup>92</sup>

Quem garantiria que a nova decisão seria justa? Ressalta MARINONI que “admitir que o Estado-juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de `relativizar` a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.”<sup>93</sup>

Muito difícil legitimar a desconstituição das decisões transitadas em julgado sob o argumento de que a sentença injusta é inconstitucional ou é inconstitucional porque é injusta. Ao se tentar fazer preponderar a justiça material da parte lesada pela “sentença inconstitucional”, a outra parte também se sentirá lesada pela desconstituição do julgado, em face da segurança jurídica até então presente, podendo invocar também a falta de justiça.

Impende registrar que a coisa julgada não é instrumento de justiça: ela não assegura a justiça das decisões, e sim a segurança jurídica. Então, não há como deixar de aceitar “o risco da existência de sentenças materialmente injustas, desde que adimplidos todos os requisitos formais para a prestação da tutela jurisdicional reclamada e atendida.”<sup>94</sup>

Oportuno o posicionamento de CHIOVENDA:

Que a lei admita a impugnação da coisa julgada, nada tem, em si, de infenso à razão, pois que, efetivamente, a própria autoridade da coisa julgada não é absoluta e necessária, senão estabelecida por propósito de utilidade e oportunidade, e de tal forma que tais propósitos podem, uma que outra vez, aconselhar-se o sacrifício, para evitar o inconveniente e o mal

---

<sup>92</sup> HARADA, Kiyoshi. *Relativização da coisa julgada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2848, 19 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18940>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). Didier Jr, Fredie (Org.). *Relativização da coisa julgada- enfoque crítico*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 163.

<sup>94</sup> ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 219-220.

maior, que resultariam da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta.<sup>95</sup>

Quando a polêmica gira em torno da segurança jurídica *versus* Justiça é bastante complexa, uma vez que não se pode definir com precisão o que é Justiça pelo que no presente trabalho não se analisará a possibilidade de relativização da coisa julgada baseada na justiça ou injustiça da decisão.

Considera DELGADO exemplos de sentenças que nunca terão força de coisa julgada, podendo ser desconstituídas a qualquer tempo porque “praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e entrega da justiça”, dentre outras: a) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistente por terem sido falsas as provas em tal sentido; b) a ofensiva à soberania nacional; c) a contrária aos princípios guardadores da dignidade humana; d) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém; e) a que viole o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade das relações de direito administrativo.<sup>96</sup>

Afirma que a coisa julgada é uma garantia constitucional constituindo óbice tão somente à retroatividade da lei, de maneira que a segurança jurídica que informa está subordinada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que pode ser afastada para fazer imperar a moralidade, a legalidade e a certeza do justo nas decisões judiciais.

Quando o Poder Judiciário emite decisões que violem qualquer um dos postulados da Constituição Federal, “quer descumprindo seus princípios, quer diretamente obscurecendo as suas regras, está, também, submetido, ao controle de constitucionalidade”, não havendo qualquer dispositivo na Lei Maior que o isente desse controle.<sup>97</sup>

É possível apontar as seguintes hipóteses de sentença e da coisa julgada

---

<sup>95</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 3ª Ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. N. 403, p. 274.

<sup>96</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais. *In Coisa Julgada Inconstitucional*. *Op. cit.*, p. 101-103.

<sup>97</sup> DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte Fórum, 2008. p. 106.

inconstitucional que conduzem à nulidade da sentença e a sua possibilidade de rescisão, segundo Eduardo Talamini: a) sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional; b) sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição; c) sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; e d) sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais.<sup>98</sup>

Na primeira hipótese, a aplicação de norma inconstitucional, a tornar também a sentença inconstitucional, pode resultar da aplicação de norma já reconhecida pelo sistema como inconstitucional, seja pelo controle concentrado, seja pela resolução do Senado, em que se impõem efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, ou ainda, na hipótese de uma norma vir a ser declarada inconstitucional após proferida a sentença revestida pela coisa julgada.

Na segunda hipótese, privilegiam-se os contornos e consequências decorrentes da interpretação, no sentido de que a sentença pode guardar dissonância com as normas constitucionais em razão da interpretação que foi conferida ao texto normativo aplicado no caso resolvido em tal sentença.

Na terceira hipótese, deixa-se de aplicar a norma constitucional por se entender equivocadamente que seria inconstitucional, como o caso de violação ao princípio da legalidade, ainda que de forma reflexa. A não aplicação da norma constitucional conduz à inconstitucionalidade da sentença, pois que esta teve uma norma aplicada, cujo sentido achava-se em desacordo com a Constituição, ou ainda, porque pode levar à aplicação de outra norma, esta sim, inconstitucional.

A quarta hipótese consiste na violação direta de normas constitucionais, como das sentenças em que se deixa de amparar direito assegurado em norma cuja incidência ou mesmo aplicação independe da integração legislativa pelo legislador infraconstitucional (autoaplicável). Menciona ainda a hipótese de a sentença ou acórdão discrepar de algum valor constitucional.

DINAMARCO ressalta que alguns sinais já foram dados como fundamentos para a relativização da autoridade da coisa julgada em certos casos: quando ocorre a coisa julgada inconstitucional (José Augusto Delgado); invocação de outras

---

<sup>98</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p.

garantias constitucionais que com a coisa julgada devem conviver, como a da moralidade administrativa, a do justo preço nas desapropriações e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (Mazzilli); a fraude; o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>99</sup>

Referindo-se à convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais, afirma que é imperioso equilibrar com harmonia, “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” e conclui:

(...) é *inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.<sup>100</sup>

Não deixa de ressaltar o caráter excepcional da relativização da coisa julgada em face da segurança jurídica, não querendo insensatamente minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias sem 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.”<sup>101</sup>

Crê-se que negar a relativização da coisa julgada inconstitucional seria admitir um poder sem limitação, conferindo aos juízes o poder ilimitado de decidir, ainda que contrariamente à Constituição “visto que o vício da inconstitucionalidade seria sanável com a *res iudicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso do prazo da ação rescisória.”<sup>102</sup>

Há uma nova concepção “que busca demonstrar a relatividade da coisa julgada sem, contudo, desbordar para o campo da sua simples eliminação.” Busca o aprimoramento do instituto, em razão de sua indiscutível relevância como elemento

---

422.

<sup>99</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Op. cit., p. 57.

<sup>100</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, Op. cit., p. 62.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 72-73.

<sup>102</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio

de estabilização social.<sup>103</sup>

Há posicionamentos contrários ou intermediários como Paulo Roberto de Oliveira LIMA que não partilha da tese da relativização da coisa julgada a qualquer tempo, não pretendendo eliminar a coisa julgada, mas sim retirar os excessos de sua utilização. Adverte que “a imutabilidade que a caracteriza não é tão absoluta quanto se imagina”, assinalando que o “princípio da legalidade não pode ser sacrificado em homenagem à coisa julgada, tampouco o princípio da isonomia. No choque entre uns e o outro, a imutabilidade tem de ceder passagem àqueles princípios basilares do constitucionalismo nacional.”

Após elencar diversas situações passíveis de revisão, aduz que cabe “ao sistema garantir a revisão desses julgados, instituindo remédio jurídico-processual próprio, sob pena de prevalecer a dualidade do Direito”,<sup>104</sup> apregoando que não é necessária qualquer reforma na Constituição.<sup>105</sup>

Já Araken de ASSIS faz sua análise sob a ótica do princípio da segurança jurídica, ponderando que, com a tese da relativização da coisa julgada material, contrária à Constituição, “mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou àquele princípio constitucional.”<sup>106</sup>

Ora, na esfera do processo penal é conhecida a possibilidade de ser questionada, em favor do réu mediante revisão criminal, decisão transitada em julgado, que julgou procedente a ação penal, o que demonstra a relativização desse fenômeno nessa área do processo.

A doutrina embora reconheça a posição de prevalência da coisa julgada na seara constitucional (*preferred position*), tem lhe negado caráter absoluto, havendo possibilidade de ser desconstituída em determinadas hipóteses, que se convertem em verdadeiros limites infraconstitucionais ao instituto.

No processo civil, a coisa julgada material só pode ser desconstituída por

---

da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *Op. cit.*, p.164.

<sup>103</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada Inconstitucional. *Op. Cit.*, p. 2.

<sup>104</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Op. cit.* p.112-114.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>106</sup> ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. Salvador. JusPODIVM, 2006, p. 36.

meio da ação rescisória, regulada nos arts. 485<sup>107</sup> a 495 do CPC.<sup>108</sup> Este veículo processual, de natureza constitutiva negativa, só pode ser utilizado nos casos taxativamente previstos e dentro do prazo de dois anos, a contar da preclusão máxima da decisão definitiva.

Esses são os casos em que o legislador considerou que os vícios contidos na 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.

Apesar da importância do princípio da segurança jurídica, percebe-se uma crise resultante do confronto entre o valor segurança e outros valores igualmente importantes que são colocados em posições opostas, ocasionado colisão de princípios. Em razão desta possível colisão surge a possibilidade de relativização da coisa julgada, objeto deste estudo.

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, segundo SILVA, que a lei estabeleça regras possibilitando sua rescisão mediante a atividade jurisdicional. Ao estabelecer que a lei não prejudicará a coisa julgada tutela esta contra atuação direta do legislador. “A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.”<sup>109</sup> Então, a decisão judicial não é assim tão intocável porque seu alcance sofre limitações no seu aspecto subjetivo diante da possibilidade de manuseio da ação rescisória, havendo, pois, de impor-se mudança, objetivando reverter essa situação de intocabilidade.

---

<sup>107</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. 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.

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

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

<sup>108</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 495: O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 439.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no RE 600.658/PE<sup>110</sup> referente à sentença transitada em julgado anteriormente à Constituição. A questão versa sobre o pagamento aos servidores do extinto INAMPS da gratificação de produtividade em fase de execução e a controvérsia restringe-se a divergências quanto aos cálculos de diferenças relativas à gratificação de produtividade por unidade de serviço. A sentença transitou em julgado antes da Constituição Federal de 1988 e a União sustenta que a coisa julgada material anterior ao advento da CF/88, não tem o condão de impedir a incidência do art. 17, *caput*, do ADCT c/c art. 37, XIII, da CF/88.

Ressalta-se que o STF no julgamento do RE 146.331-EDv/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 20.4.2007, firmou o entendimento de não ser absoluta a garantia da coisa julgada e afastou a incidência no caso de aplicação do art. 17 do ADCT.<sup>111</sup>

Existem posicionamentos favoráveis e contrários no tocante à possibilidade de se desconstituir ou não as sentenças ou acórdãos contrários a princípio ou regra constitucional, ou injustiça da decisão. Algumas decisões dos Tribunais vêm entendendo que existem valores, que quando em confronto com o valor da segurança jurídica, são merecedores de proteção mais acentuada, sendo que as sentenças evidentemente imorais ou inconstitucionais, não poderiam transitar em julgado.<sup>112</sup>

São muitas as teorias a favor e contra a tese da “relativização da coisa julgada”, considerando as várias razões que levam a coisa julgada a ser afastada. Para aqueles que admitem a relativização da coisa julgada resta saber qual o meio de impugnação para afastar a coisa julgada inconstitucional.

O direito brasileiro não contempla um instrumento específico para controlar a coisa julgada inconstitucional não mais sujeita à impugnação recursal. No entanto, apesar da ausência de previsão legal, não se pode ignorar que o problema existe e que fazem-se necessários meios para solucioná-los.

---

<sup>110</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 600.658/PE. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

<sup>111</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 146.331-EDv/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 20.4.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 dez. 2012.

<sup>112</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.* p. 571.

### 2.3. Meios de impugnação aos julgados tidos como inconstitucionais

Em face do mito da intangibilidade da coisa julgada, uma vez caracterizada a nulidade da decisão judicial em desacordo com os comandos constitucionais, qual o instrumento eficaz para enfrentá-la? Existe ação autônoma de impugnação da *res judicata* construída em desacordo com os comandos constitucionais?

Como não existe previsão expressa de um instrumento de controle poder-se-ia chegar à conclusão de que estaria imune a qualquer meio de impugnação. Esta afirmação é equivocada, pois até mesmo a coisa julgada que contém vício de ilegalidade (menor que a inconstitucionalidade) sujeita-se à impugnação por meio de ação rescisória, contemplada nos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil.<sup>113</sup>

Já Helenilson Cunha PONTES, entende que a coisa julgada inconstitucional poderá ser revista por diferentes meios processuais, independentemente de prazo, mesmo que já não seja cabível ação rescisória.<sup>114</sup>

Uma das maiores preocupações dos defensores da relativização da coisa julgada é exatamente quanto à via processual adequada apta à impugnação das causas já acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Há que verificar que diversos doutrinadores admitem utilizar mais de um meio de impugnação dos julgados tidos como inconstitucionais, a saber:

CÂMARA aceita como mecanismo processual de rediscussão da coisa julgada inconstitucional o manejo da ação rescisória<sup>115</sup> e o previsto no art. 741, parágrafo único, do CPC<sup>116</sup>, nos casos em que houver o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, e ainda, a oposição de

---

<sup>113</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Op. cit.* p.149.

<sup>114</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 156, p. 150.

<sup>115</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *In Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico. Op. cit.*, p.25.

<sup>116</sup> Mesmo na chamada terceira onda da reforma do Código de Processo Civil, encabeçada pela Lei nº 11.232/2005, permaneceu a mesma redação de tal dispositivo. Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...) 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

exceção de pré-executividade, por se tratar de matéria de ordem pública.

Ressalta que, pelo fato de a ação rescisória estar adstrita ao prazo de dois anos e os embargos do devedor e a exceção de pré-executividade só terem lugar no caso de sentenças condenatórias, defende a possibilidade de a parte se valer da *querela nullitatis* visando à declaração de ineficácia do julgado, tal como ocorre nas hipóteses de ausência de citação da parte vencida.<sup>117</sup> E nas ações de investigação de paternidade em que não houve a prova pericial de DNA, admite a discussão sobre a constitucionalidade do julgado anterior de forma incidental em nova ação.

Enfatiza que “a ineficácia da sentença inconstitucional transitada em julgado poderá ser reconhecida por qualquer meio idôneo, ou seja, por qualquer meio capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou como questão previa.”<sup>118</sup>

DINAMARCO, pela análise de casos, entende que “os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada.”<sup>119</sup> Assevera que:

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 tornar 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.<sup>120</sup>

Para Ivo DANTAS, três são os caminhos oferecidos pelo ordenamento jurídico para a correção da coisa julgada inconstitucional: a Ação Rescisória, o Mandado de Segurança e a Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença.<sup>121</sup>

E “se, por qualquer motivo, a ação rescisória for apontada como ilegítima em

---

incompatíveis com a Constituição Federal.

<sup>117</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *In Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico. Op. cit.*, p.27.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>119</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material. Op. cit.*, p 70.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>121</sup> DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional.*

razão do tempo, a saída seria o uso do Mandado de Segurança ou Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, em razão da inconstitucionalidade em que se encontra fundamentada.<sup>122</sup> A última hipótese já foi aceita pelo STF, no RE n.97.589. Relator: Min. Moreira Alves.<sup>123</sup>

Constata Francisco Barros DIAS que deve ser entendida como de perplexidade a situação de um jurisdicionado que vai ao judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido. A forma de corrigir seria aceitar a ação rescisória com fundamento na inconstitucionalidade do julgado e sem prazo de decadência, ou a “forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência da coisa julgada inconstitucional, a qual não encontraria qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, com o mesmo se compatibiliza e harmoniza.”<sup>124</sup>

A seguir, uma análise sobre os meios de impugnação elencados para desconstituir a coisa julgada inconstitucional:

### 2.3.1 Ação rescisória

A ação rescisória tem natureza jurídica de ação constitutiva negativa, visto que sua procedência gera a desconstituição de sentença transitada em julgado eivada de vícios concebidos nas hipóteses previstas pelo art. 485, do Código de Processo Civil. A rescisão do julgado se impõe justamente porque ele é inválido.

Das hipóteses que autorizam a rescisão do julgado previstas no art. 485, do CPC, interessa especificamente a hipótese do inciso V que prevê a rescisão da “sentença que violar literal disposição de lei”, uma vez que os autores que defendem

---

Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 263.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p.285.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 97.589/SC. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília. DJ 03.06.1983. “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 DECLARATORIA DE NULIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO PRAZO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA, QUE, EM RIGOR, NÃO É A CABIVEL PARA ESSA HIPÓTESE.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 22 jul. 2012.

<sup>124</sup> DIAS, Francisco Barros. *Breve Análise Sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina129.doc>. Acesso em 22 jul. 2012.

o cabimento de ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional fulcram-se neste dispositivo.

O termo lei deve ser entendido como a norma jurídica, geral e abstrata e, segundo DANTAS, abarcar também a Constituição, pois não seria admissível se entender que a rescisória alcança a hipótese de violação à lei infraconstitucional, e não à norma constitucional. A Constituição não deixa de ser lei pelo fato de ser superior.<sup>125</sup> No mesmo sentido Teori Albino ZAVASCKI.<sup>126</sup>

CÂMARA aceita como mecanismo processual de rediscussão da coisa julgada inconstitucional o manejo da ação rescisória com fundamento no art. 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei), ao argumento de que este dispositivo deve ser interpretado de forma teleológica, e não literal, de forma que a rescindibilidade se imporá sempre quando se verificar a violação, pela sentença ou acórdão, de direito em tese.<sup>127</sup>

Autores como WAMBIER e MEDINA defendem a interposição de ação rescisória para rescindir o julgado que aplicou princípio que não deveria ter sido aplicado, ou que afastou princípio que deveria ter incidido, à semelhança da hipótese prevista no art. 485, V, do CPC (violar literal disposição de lei).<sup>128</sup> Entendem que o desrespeito a princípios “é muito mais nocivo para o sistema que a ofensa a

---

<sup>125</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Op. cit.* p. 186.

<sup>126</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em matéria constitucional. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.046.

ZAVASCKI distingue três hipóteses cabíveis de ação rescisória, com o fito de desconstituir a coisa julgada, a saber: rescisão de sentença contrária à decisão do STF em controle concentrado, rescisão de sentença contrária à decisão do STF em controle difuso; e rescisão de sentença em matéria constitucional não apreciada pelo STF, à semelhança das hipóteses previstas no art. 471 parágrafo único e art. 475, §1º, ambos do CPC. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, 134 e ss.)

No que tange à primeira situação, sustenta que a rescisão da sentença se mostra possível, com base no art. 485, V, do CPC, por violação à norma constitucional, uma vez que a decisão do STF, em sede de controle concentrado, tem efeito *erga omnes* e efeito vinculante. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* 135).

Com relação à segunda hipótese entende que pode haver rescisão da sentença contrária à decisão do STF de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, uma vez que se fulcra na autoridade do precedente jurisprudencial do STF, argumento utilizado para afastar a aplicação da Súmula 343 do STF, que se reporta à interpretação controvertida da lei.

No que tange à terceira e última hipótese aceita o cabimento de ação rescisória em matéria constitucional, ainda que não haja pronunciamento do STF, ressalvando que o acórdão que julgar o mérito da ação rescisória se subordinará ao controle pelo Supremo, por meio de recurso extraordinário.

<sup>127</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p.25.

<sup>128</sup> WAMBIER, Teresa Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. *Op. Cit.*, p. 348.

dispositivos legais.”<sup>129</sup>

Parte da doutrina entende cabível ação rescisória com fundamento no art. 485, VII, do CPC, como WAMBIER e MEDINA, e exemplificam com o que ocorre com o exame de DNA, demonstrativo do vínculo genético, podendo ser tratado analogicamente como documento novo, vale dizer, “exame pericial novo”.

Para MARINONI e ARENHART, apesar de o exame do DNA não se enquadrar perfeitamente na moldura de documento novo, entendem que o objetivo do legislador foi de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento diverso. “Se é assim, nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um ‘documento novo’.”<sup>130</sup> Ressalta a necessidade de se aplicar o referido dispositivo de forma finalística e sistemática, devendo as partes demonstrar que não tiveram oportunidade de demonstrar o seu direito.

Quanto à limitação de prazo para a proposição da ação rescisória, já se aventou a possibilidade de ampliação e segundo Gilmar Mendes, essa tentativa “revelou-se, porém, ineficaz, diante das censuras colhidas no Supremo Tribunal Federal.”<sup>131</sup>

Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY defendem o caráter absoluto da imutabilidade da coisa julgada alegando que a lei prevê a possibilidade de rescisão da *res iudicata* por intermédio da rescisória, todavia, essa hipótese restringe-se ao lapso temporal de 2 (dois anos). Transcorrido esse interregno ter-se-ia a chamada coisa soberanamente julgada.<sup>132</sup>

Fundamento que não pode prosperar, primeiro porque a

---

<sup>129</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, in *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. Op. Cit. p. 179

MARINONI mostra-se favorável à utilização da ação rescisória para rescindir o julgado contrário à Constituição, por entender que o manejo da rescisória não decorreria de um efeito automático da declaração de inconstitucionalidade da lei, mas da interpretação finalística do art. 485, V, do CPC.

<sup>130</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op.cit., p.674.

<sup>131</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa Julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 87. Cita a decisão proferida na ADIn (MC) nº 1.753/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 abr.1998. DJ, 12 jun.1998; ADIn. nº1.910/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 abr. 2004. DJ 26 fev. 2004.

<sup>132</sup> NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª

inconstitucionalidade é questão de ordem pública, a qual o juiz deve conhecer de ofício, não se sujeitando aos prazos prescricionais e decadenciais previstos no ordenamento jurídico. Segundo, se os atos do Legislativo e Executivo podem, a qualquer tempo, ser declarados inconstitucionais, o mesmo se tem em relação aos atos do Judiciário, em virtude de situarem-se todos no mesmo grau hierárquico e estarem, assim, submetidos ao princípio da supremacia da Constituição. E, seria inaceitável que a coisa julgada inconstitucional possa se convalidar pelo decurso temporal, pois seria erigi-la na ordem jurídica a patamar superior a Constituição.

Também DANTAS não aceita, nos casos de inconstitucionalidade, o prazo decadencial de dois anos porque “em se tratando de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente, por ser calcada em lei inconstitucional.”<sup>133</sup>

Octávio Campos Fischer advoga a tese de que "a coisa julgada deve ser relativizada nos casos ditos teratológicos, de flagrante injustiça ou afronta exorbitante a certos valores constitucionais". Nessas situações, conforme o autor, a coisa julgada poderia ser desconstituída mesmo após ultrapassado o prazo da ação rescisória.<sup>134</sup>

THEODORO JÚNIOR e FARIA exprimem a ideia de que a ação rescisória, visando a impugnar a coisa julgada inconstitucional, não estará sujeita ao prazo decadencial, em virtude da gravidade do vício albergado pela decisão, assim, “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.”<sup>135</sup>

Nesse sentido a decisão proferida no REsp. 7.556/RO, 3ª Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro:

---

Ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2006.p.600-601.

<sup>133</sup> DANTAS, Ivo. *Op. cit.*, p.267.

<sup>134</sup> FISCHER, Octávio de Campos. Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5. P. 267.

<sup>135</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Op. cit.*, p. 152

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a *nulidade*. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é *nula* e, como tal, **não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais**. Ora, no sistema de nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”.<sup>136</sup> (grifo nosso).

WAMBIER e MEDINA afirmam que o prazo decadencial para a propositura da rescisória, no caso de investigação de paternidade, por meio da realização de exame de DNA, começará a correr a partir da obtenção do exame pericial e não do trânsito em julgado da decisão rescindenda.<sup>137</sup>

Somente quando estiver em xeque valores superiores e ponderados caso a caso pelo julgador, “admitir-se-ia a relativização, para além das hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do CPC para a ação rescisória, como se operou com o DNA e a investigação de paternidade; com a superveniente declaração de inconstitucionalidade em matéria tributária”.<sup>138</sup>

Agora, quanto à questão de que estes dispositivos afetariam as garantias de estabilidade de relações jurídicas, BARBOZA relembra:

Para aqueles que não aceitam a desconstituição da coisa julgada inconstitucional após o prazo decadencial de 02 anos da ação rescisória, argumente-se que, na verdade, a coisa julgada inconstitucional tem apenas aparência de coisa julgada, uma vez que as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destituídas judicialmente”, até porque a coisa julgada inconstitucional não possui condição para valer, pois falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado.

O problema surge quando já ultrapasso o prazo de dois anos<sup>139</sup> para a

<sup>136</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 7.556/RO, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJ 02.09.1991. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 31 jul. 2012.

<sup>137</sup> Encontram-se diversas decisões que acolhem esta alternativa: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. 300.084 – (2001/0005257-6) – GO – 2ª Turma – Rel. Min. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 06.09.2004. “O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, é considerado “documento novo” para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 jul. 2012.

<sup>138</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexos sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. Op. cit., p. 174.

<sup>139</sup> O deputado Sandes Júnior (PP-GO) apresentou o projeto de lei 203/07, com o intuito de acabar com o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, quando o objetivo for ajustar uma decisão judicial aos direitos fundamentais. Disponível em:

propositura da ação rescisória, motivo pelo qual se analisarão os demais instrumentos apontados como adequado à desconstituição da coisa julgada.

### **2.3.2 Embargos à Execução (art. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil)**

A tese da coisa julgada inconstitucional foi erigida ao plano normativo, em face de sua inserção no contexto de Medida Provisória 2.180/2001 que acrescentou ao art. 741 do Código de Processo Civil dispendo que: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também *inexigível* o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”<sup>140</sup>

Posteriormente, a Lei n. 11.232, de 23.12.2005,<sup>141</sup> instituiu grandes inovações no sistema de execução das sentenças cíveis, sendo que o art. 741 ficou restrito à disciplina dos embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública. Para os títulos judiciais contra particulares aboliu-se a ação executória autônoma, substituindo-a pelo cumprimento da sentença, simples incidente do processo em que a sentença tenha sido proferida. A resistência do executado não mais seria manejável pela ação de embargos, mas por meio de mera impugnação (CPC, art. 475-L, §1º).<sup>142</sup> Criou um atalho espetacular para imprimir velocidade ao desfecho da execução, alterando noções clássicas sobre a autoridade da coisa julgada e sua proteção.

Estes dois artigos disciplinam a possibilidade de se arguir, contra a sentença

---

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340998>. Acesso em 06 jan. 2013.

<sup>140</sup> Mesmo na chamada terceira onda da reforma do Código de Processo Civil, encabeçada pela Lei nº 11.232/2005, permaneceu a mesma redação de tal dispositivo. Introduziu também idêntica regra na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 884, por meio do de seu § 5º. Acolheu a posição avançada de determinado segmento da doutrina e veio a demolir a teoria da majestade da coisa julgada e introduziu outro modo de desconstituí-la.

<sup>141</sup> Antes de surgir na ordem jurídica brasileira o art. 741, parágrafo único, do CPC, “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 ação rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado.” ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.368.

<sup>142</sup> BRASIL. Código de processo Civil. Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: [...] § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também *inexigível* o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

transitada em julgado, a exceção de inexigibilidade da prestação exequenda, com fundamento na inconstitucionalidade da condenação. É a consagração legislativa reiterada no campo do processo civil e trabalhista de que a coisa julgada não escapa ao controle judicial de constitucionalidade, prevalecendo a tese da nulidade da coisa julgada constituída em descompasso com a vontade constitucional.”<sup>143</sup>

THEODORO JÚNIOR e FARIA ensinam que por meio dos dois dispositivos que se curvam à imperiosa Supremacia da Constituição, diante de sua violação pela sentença, o prejudicado pode, “por via de embargos ou de impugnação, a qualquer tempo que a pretensão de executar o título inválido fosse exercitada pelo credor, sem a necessidade de prévia ação rescisória e sem se sujeitar ao curto prazo decadencial desta ação.”<sup>144</sup>

A análise primeira deste dispositivo parece conduzir ao comprometimento da segurança jurídica que representa o objetivo maior de todo ordenamento jurídico. Certamente, imaginar que após o percurso sempre exaustivo da etapa cognitiva, o título executivo judicial possa ser declarado inexigível em sede de embargos, sugere a subversão da lógica sistêmica que informa o procedimento, com o esvaziamento do instituto da coisa julgada.

Inclui-se entre as causas de inexecutibilidade, circunstância ligada, não ao título judicial em si, mas ao seu processo de formação. Pretende-se fazer com que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal ou o emprego, no julgamento da causa, de interpretação em desconformidade com a Constituição sejam, por si só e não importa o momento em que tenham se manifestado, causa de ineficácia executiva do título.

O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema processual um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Desse dispositivo se extraem, ao menos, três hipóteses de ineficácia do título executivo, a saber: a) quando o título executivo se fundar em lei ou ato normativo reconhecidos como inconstitucionais em julgamento procedente de Ação Direta de inconstitucionalidade ou improcedente de Ação Declaratória de

---

<sup>143</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa Julgada Inconstitucional. Op. cit.*, p. 26-27.

<sup>144</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *Op. cit.* p. 165.

Constitucionalidade; b) quando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundamenta o título executivo tiver sido declarada pelo STF em sede de controle difuso; c) quando o título executivo advier de interpretação de lei tida por incompatível com a Constituição Federal.<sup>145</sup>

A primeira hipótese impõe o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo concentrado de constitucionalidade, se tiver imprimido, de acordo com a regra geral, feitos *ex tunc*, “não tendo havido decisão com base nas circunstâncias do art. 27 da nova lei, “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”, que autorizam se dê a decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade efeito *ex nunc*.<sup>146</sup>

A segunda hipótese de ineficácia ocorre quando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se fundamenta o título executivo em execução tiver sido declarada pelo STF em sede de controle difuso, desde que tenha efeito *erga omnes* e eficácia retroativa.<sup>147</sup>

A terceira hipótese de ineficácia do título ocorre quando o título executivo advier de interpretação de lei tida por incompatível com a Constituição Federal. Nesse caso, não se declara uma lei inconstitucional, mas sim a interpretação que a ela foi dada, sendo denominada de “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, podendo também ocorrer que o Supremo Tribunal Federal indique qual das interpretações dadas à lei é “conforme a Constituição Federal, isto é, dentre todas as interpretações possíveis, o STF indica qual delas é a que está de acordo com o texto constitucional, excluindo todas as outras.”<sup>148</sup>

Para Teori Albino ZAVASCKI, a inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença é o elemento comum às três hipóteses; o que as diferencia é a

---

<sup>145</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>146</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *in O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização Op. cit.*, p. 74.

<sup>147</sup> Para Joyce Araújo dos Santos a hipótese mostra-se descabida “uma vez que não há, no controle difuso, como atribuir eficácia temporal *ex tunc* para a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual esta não alcança situações anteriores.” Entende a autora que o legislador deveria ao menos, submeter a regra do art. 741 parágrafo único e 475-L, ambos do CPC, à existência de entendimento pacífico acerca da inconstitucionalidade de determinada norma, inclusive com a edição de súmula vinculante, para não ofender, com mais intensidade, o princípio da segurança jurídica.<sup>147</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p.153-154.

<sup>148</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *op. cit.*, p. 75.

técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade.<sup>149</sup> Portanto, a existência de precedente do STF representa o diferencial indispensável a essa forma peculiar de rescisão do julgado.<sup>150</sup> Pouco importando a época em que o precedente do STF foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, podendo o precedente ter sido tomado em controle concentrado ou difuso.<sup>151</sup> Não pode, porém, ser aplicada retroativamente, ou seja, “não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência”<sup>152</sup>

Parte da doutrina perfilha o entendimento de que a declaração do STF deve ser anterior à prolação da decisão judicial, pois a razão de ser desse mecanismo é afastar a imutabilidade de decisões que contenham um defeito congênito. Entender de modo contrário torna a coisa julgada instável e afeta à segurança jurídica, como ensina MARINONI:

Admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem o dever de controlar a constitucionalidade, para posteriormente dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui gritante aberração a violar, de um vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falara a ilogicidade de menor relevância (...).<sup>153</sup>

Para Gilmar Ferreira MENDES, ressalvado a hipótese da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27 da Lei 9.868/99), esta poderá ser invocada em ação rescisória ou em sede de embargos à execução nas execuções contra a Fazenda Pública, mediante impugnação proposta por particulares. Entende que se abriu “uma nova perspectiva dogmática para o debate em torno da superação da ‘coisa julgada inconstitucional’ no âmbito do próprio

---

<sup>149</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.341.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.347. Sendo o parágrafo único do art. 741 do CPC introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 não pode ser invocada relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à sua vigência.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *In*: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.p. 299.

processo de execução judicial.”<sup>154</sup>

As hipóteses de relativização previstas no art. 741, parágrafo único e no art. 475-L, §1º nada mais são do que consequências do efeito *erga omnes* das declarações de inconstitucionalidades pelo Supremo Tribunal Federal via controle concentrado. Se não for aceita a desconsideração da coisa julgada nesses casos é o mesmo que restringir o alcance das decisões do STF.

O motivo idealizador da MP n.2.180/01 foi criar obstáculo imediato ao cumprimento da sentença, passando por cima de sua autoridade. Considerando que, para ser executada, a sentença tem que ser irrecorrível, isso vem a significar a possibilidade de desconstituir a coisa julgada sem o uso da via rescisória, a única dotada de força desconstitutiva e, por isso, a única aceita, até então, por nossas leis processuais com esse escopo.

Vale ressaltar que não há necessidade de que a declaração tenha ocorrido no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, haja vista que a lei não fez essa exigência, não cabendo ao intérprete distinguir, onde a lei não o fez.

Essa medida provisória trouxe decorrências: uma, a simplificação e rapidez no desfecho da ação, em favor exclusivo do devedor e, outra, a mitigação na soberania da coisa julgada.

### **2.3.3 Ação declaratória de inexistência da coisa julgada**

A possibilidade de propositura desta ação, com o fito de desconstituir a coisa julgada inconstitucional tem como principais defensores WAMBIER e MEDINA que sustentam a possibilidade de manejo de uma ação declaratória de inexistência dirigida aos julgados fundamentados em lei inconstitucional, entendendo que estes, ao se fundamentarem em lei inexistente, também são inexistentes, de modo a lhes faltar possibilidade jurídica do pedido. E por serem inexistentes não fariam coisa julgada, via de consequência, não teriam o que desconstituir, podendo ser declarada sua inexistência a qualquer tempo, mediante interposição de ação declaratória de

---

<sup>154</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa Julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *Op. cit.*, p.102/103.

inexistência,<sup>155</sup> sob o fundamento de “ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido, sem ficar adstrito ao prazo do art. 495 do CPC”.<sup>156</sup>

DIAS também entende pela inexistência no mundo jurídico da coisa julgada inconstitucional e admite o uso da ação declaratória de inexistência, sendo que esta ação não estaria sujeita a prazo prescricional ou decadencial. Essa opção restringiria a discussão ao campo de uma razoável interpretação jurisprudencial e não encontraria nenhum óbice no ordenamento jurídico brasileiro, além da sua praticidade e eficácia.<sup>157</sup>

#### 2.3.4 Ação declaratória de nulidade da coisa julgada (*querela nullitatis*)

Adeptos da possibilidade de propositura de uma ação independente de desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, em homenagem ao princípio da supremacia da Constituição, são os autores THEODORO JÚNIOR e NASCIMENTO que afirmam que não se pode deixar de reconhecer, no direito processual moderno a antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contempladas pelo Código de Processo Civil.”<sup>158</sup>

NASCIMENTO acrescenta que “se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual.” Pode-se valer, “sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença,” vez que ela não perfaz a relação processual, não transitando em julgado devido ao vício que a contaminou, buscando “suporte na *actio querela nullitatis*.”<sup>159</sup>

Há muitas controvérsias sobre a origem da *querella nullitatis*, sendo que, para TALAMINI, ao discorrer sobre os aspectos históricos da coisa julgada, os

---

<sup>155</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, p 41-43

<sup>156</sup> Joyce Araújo dos SANTOS entende que para a coisa julgada inconstitucional não se aplica a teoria dos atos inexistentes, exceto se na sentença não forem observados os pressupostos processuais mínimos para sua constituição (como sentenças proferidas por um não-juiz, ou não subscritas pelo juiz); sentenças desprovidas de conclusão; impossíveis (aplicam direito não contido expressamente ou implicitamente); sentença proferidas contra quem não foi parte. SANTOS, Joyce Araújo dois. *Op. cit.*, p. 158/1459.

<sup>157</sup> DIAS, Francisco Barros. DIAS, Francisco Barros. *Op. cit.*

<sup>158</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.* p. 158.

<sup>159</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa Julgada Inconstitucional. Op. cit.*, p. 22.

primeiros passos da *querella nullitatis* se deram no direito comum canônico.<sup>160</sup>

Ainda sobrevive no nosso ordenamento jurídico, apesar de não haver previsão legal expressa, não havendo dúvida quanto à possibilidade de ingresso em juízo da *querela nullitatis*, visando à declaração de nulidade do processo no qual não houve citação do réu ou sendo esta nula. Há muitos pronunciamentos do STJ neste sentido, pacificando a matéria:

A tese da *querela nullitatis* persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual, não constitui, nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.”<sup>161</sup>

Para os defensores do cabimento da ação declaratória de nulidade, ela teria lugar principalmente para os casos não contemplados no art. 741, parágrafo único do CPC, como violação direta a alguma regra, princípio ou garantia consagrada na Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça admitiu a relativização por meio de ação declaratória de nulidade entendendo ser adequada a ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito (*querela nullitatis*)<sup>162</sup>

Alexander dos Santos MACEDO defende a subsistência da *querella nullitatis* no direito brasileiro, na hipótese do art. 741, I, do CPC, quando o revel não citado poderá interpor, a qualquer tempo, a ação declaratória de nulidade do processo –

---

<sup>160</sup> Maior interesse sobre os aspectos históricos da coisa julgada ver TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 79 e ss.

<sup>161</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 12586-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter. DJ 04.11.1991. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

<sup>162</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ, REsp. 710.599, 1ª T, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.06.2007. [...]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*. [...] 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. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 nov. 2012.

querela de nulidade – no juízo que tiver processado e julgado a ação anterior.<sup>163</sup>

### 2.3.5 Mandado de Segurança

Alguns doutrinadores defendem o mandado de segurança como instrumento capaz de conferir efeito rescisório à decisão transitada em julgado, proferida com violação das normas ou princípios constitucionais apesar de que em 1.963, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento, por meio da Súmula 268,<sup>164</sup> que serve de escudo por todos aqueles que refutam a admissibilidade do remédio constitucional nessa seara.

Para Márcia Rabelo SANDES, o STF baseou-se, para emitir a Súmula 268, em dois fundamentos centrais: “(1) a inalterabilidade da coisa julgada e (2) a previsão de ação rescisória para impugnar a coisa julgada.”<sup>165</sup> Preenchidos os requisitos constitucionais, o mandado de segurança pode se revelar, diante de um caso concreto, como o remédio mais eficiente para o indivíduo livrar-se do constrangimento imposto pela decisão inconstitucional.<sup>166</sup>

Entende que negar admissibilidade ao mandado de segurança somente pelo argumento de que a pretensão poderia ser veiculada por ação ordinária, caracteriza a negação do próprio direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal. Ora, se a parte prejudicada pela coisa julgada decorrente de processo de conhecimento, com citação nula ou inexistente, dispõe da ação declaratória de nulidade/inexistência, podendo também resistir à execução de título judicial com fundamento no art. 741, inc. I do CPC, o mandado de segurança se apresenta como alternativa à disposição da parte que poderá valer-se da via ordinária (ação rescisória, ação de anulação, *querela nullitatis*) para ver reconhecido o vício fatal da inconstitucionalidade.

SANDES admite ser a ação rescisória o instrumento por excelência de

---

<sup>163</sup> MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querella Nullitatis Sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

<sup>164</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 out.2012.

<sup>165</sup> SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 382-383.

ataque à coisa julgada, e o seu *status* de ‘medida-regra’ não será abalado com a admissibilidade do mandado de segurança, que será utilizado contra a coisa julgada em situações de extrema gravidade, tal como a coisa julgada inconstitucional. A via mandamental poderá se revelar a medida mais eficiente considerando que a ação rescisória exige o depósito prévio da importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e a regra proibitiva da suspensão da execução da sentença rescindenda (art. 489, do CPC), salvo as concessões da tutela antecipada e medida cautelar, autorizadas pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Traz ainda o argumento de que o mandado de segurança se submete a rito célere, goza de prioridade de julgamento sobre os demais processos, salvo o *habeas corpus*, nos termos do art. 17, da Lei nº 1.533/51. A utilização desse remédio se evidencia ainda mais útil em sede de juizados especiais, uma vez que é vedada a utilização de ação rescisória (art. 59, da Lei nº 9.099/95).<sup>167</sup>

Tanto o mandado de segurança como a ação rescisória são duas vias para o exercício da pretensão desconstitutiva da coisa julgada em processo autônomo.

Assevera MONIZ DE ARAGÃO que:

(...) é forçoso reconhecer que se se apresentar hipótese grave, para a qual a ação rescisória não ofereça proteção efetiva ao interesse substancial lesado ou ameaçado, mas o mandado de segurança proporcione a desejada e necessária eficiência, seu cabimento contra a coisa julgada não deve ser excluído, a despeito do rígido enunciado da Súmula 268.<sup>168</sup>

DANTAS também admite para atacar a coisa julgada inconstitucional o Mandado de Segurança, regulamentado pela Lei n. 1.533/51, ressaltando que:

No tocante à Súmula de nº 268, pode-se afirmar que o próprio STF, apesar de a mesma permanecer em vigência. “às vezes a desconsidera, não só à vista de certas situações de dano irreparável de monta, mas também de manifesta ilegalidade, notadamente de natureza extrínseca, do ato judicial”, conforme lembra Sérgio Ferraz, enquanto que, com referência a de nº 267, pode-se afirmar que sua compreensão, pela Doutrina e pela própria Jurisprudência, ao longo dos anos, foi abrandada, até a entrada em vigor da Lei nº 8.950 de 13.12.94.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 389

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 390-397.

<sup>168</sup> MONIZ DE ARAGÃO, Egas. D. *Mandado de segurança contra ato judicial*. Revista dos Tribunais 682/09, 1992, p.21.

<sup>169</sup> DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. *Op. cit.*

Entende que pelo conteúdo dos incisos XXXV e LXIX, do art. 5º da Constituição Federal, “as limitação constantes do inciso II (art. 5º, da Lei nº 1.533/51) não foram recepcionados pela CF/88, razão pela qual são incabíveis e, em consequência, inconstitucionais.” Os referidos artigos não impõem nenhuma restrição à busca de pronunciamento judicial e onde a Constituição não limitou, inconstitucional é qualquer limitação oriunda da legislação ordinária.<sup>170</sup>

Reconhece ele no Mandado de Segurança o remédio heroico para quem se achar diante de uma coisa julgada inconstitucional que “tem o direito líquido e certo de contra ela se insurgir, exatamente pelo fato de que a inconstitucionalidade é a pior das ilegalidades”<sup>171</sup>

Considerando qualquer dos meios de impugnação analisados, quando ocorrer o conflito de direitos fundamentais, o método utilizado para possibilitar a harmonização é a utilização do princípio da proporcionalidade junto com a técnica da ponderação que se passa a analisar.

#### **2.4 O princípio da proporcionalidade como método necessário para a harmonização e adequação dos direitos fundamentais em situação de conflito.**

Os direitos fundamentais são polimórficos, dotados de considerável grau de abertura e dinamicidade apenas reveladas no caso concreto e nas interações entre si, resultando que, em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou chocam-se com outros bens protegidos constitucionalmente.<sup>172</sup> Ou seja, quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular ocorre a colisão de direitos fundamentais. E a única forma de resolvê-los é por meio da ponderação de valores em conflito.

Para ALEXY, a colisão entre princípios ocorre:

(...) quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o

---

p.269.

<sup>170</sup> *Ibidem.* p. 269-270.

<sup>171</sup> *Ibidem.* p. 273

<sup>172</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre colisão de direitos fundamentais. *IN: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil.* nº 01 Mar/Ago; 2002. p. 30.

outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.<sup>173</sup>

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais, devem-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos determinando qual destes interesses abstratamente possui maior peso no caso concreto.

Ressalta-se que a colisão entre princípios somente ocorre diante de um caso concreto, não sendo correto apontá-la em tese e diante de cada caso concreto, o mesmo princípio pode assumir diferentes valorações.

Dessa colisão decorre a necessidade de critérios a serem utilizados para resolver situações de colisões de direitos fundamentais.

Para Orlando Luiz ZANON JÚNIOR, é impossível ponderar princípios constitucionais de forma correta sem a aplicação do princípio da proporcionalidade (mais corretamente chamado de máxima da proporcionalidade).<sup>174</sup>

DELGADO afirma que o intérprete do direito, ao se deparar com um conflito entre os princípios da coisa julgada e outros princípios constitucionais, “deve averiguar se a solução pela aplicação do subprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade.”<sup>175</sup>

Em seguida, será analisado o princípio da proporcionalidade devido à essencialidade deste princípio, uma vez que este é o método usado pelo aplicador do direito para viabilizar a técnica da ponderação, conformação ou modulação de princípios.

O método a ser usado na conciliação de princípios em tensão, portanto, é o chamado princípio da proporcionalidade, assim como os critérios cronológico e da

---

<sup>173</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>174</sup> ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra de sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

<sup>175</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *In*:

especialidade servem para dirimir conflito entre regras.

Por essa razão, inclusive, alguns autores preferem denominar a proporcionalidade de “postulado”, e não de princípio.<sup>176</sup> Seriam ferramentas com que se ponderam princípios e se aquilatam a invalidade de uma regra. Seriam meios de aplicar o Direito. No entanto, a jurisprudência e a doutrina denominam de princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade merece destaque por ser o conduto na questão da relativização da coisa julgada, seara na qual se dão os choques entre a segurança jurídica, consubstanciada por meio da coisa julgada material e a realização da justiça social pela defesa da supremacia constitucional e dos valores sociais nela insculpidos.

O surgimento do princípio da proporcionalidade (de origem alemã) decorreu da passagem do Estado Absolutista (onde a Administração se encontrava sem limites na sua atuação, tendo o rei como fonte de todo o direito), para o Estado liberal (que garante inúmeros direitos individuais, conduzindo para a forma de Estado mínimo), quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O princípio da proporcionalidade despontou como um freio aos desmandos do monarca, desmarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir<sup>177</sup>

---

NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Op. cit.* p. 114.

<sup>176</sup> HUMBERTO ÁVILA, o maior expoente deste pensamento entende que regras e princípios são normas de primeiro grau, que visam a promover um estado de coisas, através de um comportamento. Há determinados entes que não se situam em qualquer das duas categorias, pois não conferem direitos nem impõem obrigações. São como ferramenta para aplicação das regras e dos princípios. Ávila chama de *metanormas* ou *postulados*, e não descrevem indiretamente comportamentos, “mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, não se podem confundir princípios com postulados.” Os postulados seriam normas de segundo grau.

Enquanto os princípios e regras são os objetos de aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras, servindo de parâmetros às normas de primeiro grau, com critérios e medidas. Sempre há uma outra norma à frente da metanorma. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122/123.

Também assim entendeu o Ministro Eros Graus na ADI 2591/DF, Rel. Min. Carlos Veloso, julgado em 07/06/2006, publicado no DJ 29.09.2006, p. 31: “Quanto à ofensa - na expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, do § 2º do art. 3º do CDC - ao “princípio da razoabilidade”, anoto desde logo que ela, tal qual a proporcionalidade, não constitui um princípio, Como observei em outra oportunidade, uma e outra, razoabilidade e proporcionalidade, são postulados normativos da interpretação/aplicação do direito – um novo nome dado aos velhos cânones da interpretação, que a nova hermenêutica despreza – e não princípios.”

<sup>177</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Editora Brasília Jurídica.

Convém destacar que razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos, sendo a razoabilidade mais ampla que a proporcionalidade. Ensina Celso Antonio BANDEIRA de MELLO, que em rigor, “o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”.<sup>178</sup> Entretanto, apesar desta distinção, grande parte da doutrina, como BARROSO, utiliza essas expressões como sinônimas, o que será feito também nesse trabalho.<sup>179</sup>

Eduardo SLERCA entende que: “Difícil imaginar um princípio que permita maior campo de aplicação que a ideia de razoabilidade ou de proporcionalidade. Afinal, tudo, tudo mesmo deve ser razoável e proporcional. O desarrazoado é, por definição, injusto, contrário ao direito.”<sup>180</sup>

Apesar da ausência de expressa disposição legal acerca deste princípio, hodiernamente referido instituto é apontado como o “princípio dos princípios” pela maioria dos doutrinadores. WAMBIER explica essa afirmação aduzindo que o “princípio da proporcionalidade constitui-se num método que permite ao operador do direito trabalhar com os princípios jurídicos, de modo a dar-lhes efetivo rendimento, mesmo na hipótese em que eles estejam em conflito”.<sup>181</sup>

Para FARIAS, na Constituição Federal de 1988, este princípio “está configurado implicitamente e pode-se vislumbrá-lo em diversos dispositivos, por exemplo: os inc. V, X, XXV do art. 5º; Inc. IV, V, XXI do art. 7º; § 3º do art. 36 e inc. IX do art. 37.”<sup>182</sup>

### Segundo Humberto ÁVILA

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios

---

1996, p. 33.

<sup>178</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 68.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1998. p. 204. O referido autor engloba num mesmo capítulo os dois princípios, dando, porém, incomum e cuidadoso desenvolvimento ao princípio da razoabilidade, embora a tônica final seja sempre do princípio da proporcionalidade.

<sup>180</sup> SLERCA, Eduardo. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002, p. 19.

<sup>181</sup> WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>182</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda. 2000, p. 47.

disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>183</sup>

Estas três exigências (adequabilidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) coadunam-se nas três dimensões do princípio da proporcionalidade, denominados também como subprincípios.

O subprincípio da adequação, conformidade ou *geeignetheit* significa que a medida tem que ser suscetível de atingir o fim escolhido; ou seja, deve ser apropriada à consecução do fim almejado. Trata-se de uma relação de adequação entre medida e fim. A questão básica é: o meio escolhido é adequado à obtenção do resultado almejado? A adequação será positiva, por exemplo, se a ação rescisória serve efetivamente para a correção da situação acobertada pelo manto das *res judicata*.

O subprincípio da exigibilidade, necessidade ou *erforderlichkeit* quer dizer que deve ser escolhido o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda os limites indispensáveis para tanto. A ideia norteadora é da menor desvantagem e mínima ingerência. Assim, exige-se a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não é possível adotar outro meio menos oneroso para o caso concreto. Caso a resposta à indagação anterior seja positiva, deverá o intérprete analisar a existência de necessidade fática de se alterar a sentença transitada em julgado.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ponderação ou *verhältnismässigkeit* significa que o ônus imposto ao valor sacrificado deve ser menor do que os benefícios propiciados ao valor prevalecente. Trata-se de uma “justa medida”, nas palavras de CANOTILHO.<sup>184</sup> A ideia é sopesar as desvantagens dos meios e as vantagens do fim. Nesta etapa, o princípio da segurança jurídica deve, conforme entendimento já exposto, gozar de *preferred position* perante os outros princípios constitucionais ou direitos fundamentais.

Assim, o meio deve ser adequado a produzir o fim a que se destina e, entre

---

<sup>183</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005, p.112.

<sup>184</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Portugal: Almedina, 2002.p.270.

os meios adequados, deve-se escolher o menos gravoso, não se podendo exigir um meio mais gravoso quando outro, menos gravoso, for igualmente eficaz.

O princípio da proporcionalidade tem tido aplicação no campo do Direito Administrativo e no Direito Constitucional, servindo como instrumento de controle dos atos do Poder Público, que se revelassem injustos, arbitrários, representando uma forma de impor limitações ao poder de polícia do Estado, ao exercício das funções estatais, em especial quando implicava na disciplina da liberdade e propriedade do indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal vem, aos poucos, abrindo caminho para a percepção do princípio da proporcionalidade. Conforme ensina Roberto Rosas, o estudo deste princípio iniciou-se com o julgado datado de 21 de setembro de 1951, no RE nº 18.331<sup>185</sup>, sobre majoração do imposto de licenças sobre cabines de banho, procedida pela Prefeitura de Santos com a Lei 995. O eminente Relator, Ministro Orozimbo Nonato, proclamou que o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, devendo ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho e com o direito de propriedade.<sup>186</sup>

Segundo Suzana de Toledo BARROS, com o julgamento da Rp nº 930-DF, de 05 de maio de 1976, publicado no DJU de 02.09.77, na qual se discutiu a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis, em face da reserva legal prevista no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69, configura o *leading case* na aplicação do princípio da proporcionalidade, sob o rótulo da razoabilidade, em sede de controle de constitucionalidade.<sup>187</sup>

Porém, o reconhecimento explícito da existência, no nosso sistema de direito positivo, do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, em sede de controle abstrato de normas deu-se pela decisão cautelar proferida na ADI nº 855-2,

---

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 18.331-SP. Rel. Ministro Orozimbo Nonato.1951 *Revista Forense* vol. 145, ano 1953, p. 164.

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado.

<sup>186</sup> ROSAS, Roberto. *Devido Processo Legal: Proporcionalidade e Razoabilidade* In RT 783, Janeiro 2001, p.12.

em 1º de junho de 1993, que suspendeu provisoriamente os efeitos da Lei nº 10.248, de 14.01.93, do Estado do Paraná.<sup>187</sup> A ADI foi proposta por Confederação Nacional do Comércio – CNC, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Referida Lei previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor que, além de inútil, a medida acarretaria danos ao fornecedor, não proporcionais ao interesse do consumidor. Deu-se pela inconstitucionalidade da Lei em nome do princípio da proporcionalidade.

Tem-se como destaque na doutrina atual e dando franca preferência ao princípio da proporcionalidade o ministro Gilmar Ferreira MENDES que, analisando o bloqueio de dinheiro imposto no Governo Collor, concluiu que essa medida era, de fato, adequada ao fim colimado de reduzir a inflação reinante à época (mais de 70% ao mês) que só seria possível com o enxugamento da liquidez e pela ausência de outro mecanismo igualmente eficaz. Diz-se que a medida foi proporcional porque o mal que com ela se evitou foi certamente maior que a restrição provocada, considerando que as pessoas que tiveram os bens bloqueados foram as que se salvaram do mal iminente.<sup>189</sup>

Apesar da ausência de expressa disposição legal acerca do princípio da proporcionalidade, é sabido que, hodiernamente, referido instituto é apontado como o “princípio dos princípios” pela maioria dos doutrinadores. Este princípio é o método usado pelo aplicador do direito para viabilizar a técnica da ponderação, conformação ou modulação de princípios.

E, na questão da relativização da coisa julgada inconstitucional presente a colisão dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica constata-se que ambos os valores são igualmente importantes para uma sociedade

---

<sup>187</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p.109

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855/PR Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 01.10.93. Ementa: Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além da violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 ago. 2012.

<sup>189</sup> MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 196-199. A inércia do Poder Público haveria de levar a um desastre de proporções imprevisíveis no qual dificilmente restariam incólumes os próprios recursos privados confiados às instituições financeiras.

e, quando concorrem entre si, criam para o juiz o dever de decidir qual deles deverá prevalecer naquelas circunstâncias.

O procedimento a ser adotado pelo juiz é a ponderação dos valores conflitantes, mas tão somente naquele caso que lhe for submetido. Com efeito, a ponderação de princípios/valores consiste em uma análise comparativa destinada a saber qual deles têm o maior peso naquele caso.

A ponderação ou *balancing*, segundo Ana Paula de BARCELLOS, é “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”<sup>190</sup> Já para BARROSO, “consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”.<sup>191</sup>

BARROSO traz como exemplo de ponderação de valores:

a) a relativização da coisa julgada (colisão entre o princípio da segurança jurídica e valores tais como justiça); b) eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicação das normas constitucionais às relações privadas); c) contraste entre a liberdade de expressão e o direito à informação com o direito à honra, à imagem e à privacidade.<sup>192</sup>

Para determinar a precedência de um princípio sobre outro, é necessário o estabelecimento de uma teoria da argumentação jurídica, capaz de fundamentar a decisão judicial como forma de evitar que as decisões judiciais pela precedência de um ou outro princípio fiquem sujeitas ao arbitrário sopesamento do juiz.

E como ensina Eros GRAU, para o intérprete e o aplicador não há no sistema nenhuma norma “a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada.”<sup>193</sup>

<sup>190</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, abr./mai. 2003, p.158-159.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – conflito entre princípio e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. *Revista Trimestral de Direito Público*. nº 02. São Paulo: Malheiros. p.

Para BARCELLOS é possível, de forma simplificada, descrever a ponderação como um processo de três etapas sucessivas, a saber:

Na primeira etapa, é necessário identificar claramente os elementos fundamentais dos quais são compostas as colisões, que “consiste exatamente em identificar os enunciados normativos aparentemente em conflito: afinal, esta é a circunstância que justifica o recurso à técnica da ponderação.”<sup>194</sup> O que estará sendo examinado é o enunciado normativo no qual o interesse encontrou respaldo lógico, e não o interesse propriamente dito. Se o conflito não puder ser solucionado por técnicas tradicionais de soluções de antinomias é que o processo de ponderação terá continuidade.<sup>195</sup>

Na segunda etapa, devem-se apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior, dependendo a ponderação “substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos”.<sup>196</sup>

E conclui que a “identificação desses fatos permitirá ao intérprete apurar se existe alguma possibilidade fática de atender a todas as soluções em um nível ótimo e, em qualquer caso, servirão de importante subsídio para a última etapa da

---

142.

<sup>194</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>195</sup> Cita-se o exemplo concedido por Ana Paula de BARCELLOS. Imagine-se que os vizinhos de um edifício em construção - regularmente licenciado - preferissem que nada fosse edificado no lote ao lado, para preservar a tranquilidade atual da área. O simples interesse ou desejo, porém, não é um elemento normativo. Há algum fundamento jurídico capaz de respaldar esse interesse? O advogado do grupo talvez pudesse cogitar, na esfera constitucional, dos princípios que consagram os direitos difusos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, previstos no art. 225 da Constituição.

Assim um hipotético conflito entre, de um lado, as disposições normativas que regulam o direito de construir e a autorização para edificar na cidade e, de outro, o desejo dos vizinhos de não verem coisa alguma construída no local deve ser descrito, nessa primeira fase do processo ponderativo, como um conflito entre as disposições normativas que tutelam o direito de construir e concedem a autorização para edificar na cidade e os princípios constitucionais que tratam do meio ambiente e da qualidade de vidas, inscritos no caput do art. 225 da Carta. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>196</sup> Exemplo citado pela autora: Com fundamento apenas no senso comum, e considerando a realidade brasileira, a cor dos cabelos do indivíduo será irrelevante para a decisão acerca da maior ou menor proteção de sua vida privada, quando este bem esteja em confronto com a liberdade de imprensa. Já mesclando o senso comum com fundamento jurídico, à solução desse mesmo conflito normativo será certamente influenciado pelo fato de a pessoa envolvida ser, titular de um mandato eletivo, de modo que este será agora um aspecto de fato relevante. As disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes políticos e do princípio da publicidade qualificarão a circunstância como relevante nessa espécie de conflito. <sup>196</sup> *Ibidem*, p.116-117.

ponderação”<sup>197</sup>

Na terceira etapa, ocorre a decisão na qual se examinarão conjuntamente “os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos sobre eles e as diferentes normas que podem ser construídas, tudo a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa”.<sup>198</sup> Sem declarar a invalidade de nenhum deles, será resolvida a colisão de princípios indicando qual deles deverá prevalecer.

Esta é a fase mais complexa e explicada por BARROSO:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.<sup>199</sup>

O hermeneuta ao aplicar a máxima da proporcionalidade pauta-se pela técnica da precedência condicionada que atribui um caráter controlável e racional ao uso da máxima da proporcionalidade, que consiste em indicar as condições sob as quais um princípio prepondera sobre outro (mas não o exclui do ordenamento jurídico). Em outras condições, a relação de precedência pode ser solucionada de modo inverso ou diverso. Assim: quando se verificar a colisão entre o princípio da

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p.123.

<sup>198</sup> *Idem*.

<sup>199</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. *Op. cit.*, p.360.

Nada melhor para a compreensão do que citar o exemplo apresentado por Ana Paula de BARCELLOS: A cantora Glória Trevi, ao descobrir-se grávida, acusou de estupro os policiais que trabalhavam na carceragem. Quando do nascimento da criança, os acusados apresentaram seus padrões de DNA e solicitaram que fosse realizado o exame na criança, de modo que a veracidade das acusações formuladas pela mãe pudesse ser submetida à prova. A questão acabou sendo decidida pelo STF, que, a despeito da oposição da mãe, deferiu o pedido. A decisão do Supremo Tribunal Federal levou em conta especialmente a possibilidade de realizar o exame com material da placenta, o que não importaria qualquer restrição importante à integridade física da mãe ou da criança.

Note-se que o dado fático em questão - a circunstância de ser possível realizar o exame de DNA a partir de material da placenta - não confere maior importância à honra dos policiais. Ele simplesmente revela que o atendimento dessa pretensão no caso não causa qualquer restrição relevante ao outro elemento em disputa, a saber: a integridade física da mãe e, sobretudo, da criança. Por outro lado, a adoção de uma norma que vedasse a realização do teste impediria a comprovação da falsidade da acusação meio pelo qual se poderia restaurar a honra e o bom nome dos acusados. Para definição do conflito deve ser analisado o bem a ser protegido e também o bem que vai sofrer menos restrição, no caso, a restrição mínima que a integridade física da autora iria sofrer em relação

segurança jurídica (PSJ) e outro que lhe seja incompatível no caso concreto (PInc), o intérprete deverá sopesar a importância de ambos diante das circunstâncias envolvidas (CE) para, então, decidir qual deverá prevalecer (decisão D). Desse modo, sempre que estes dois princípios (PSJ e PInc) colidirem e as circunstâncias forem idênticas (CE), a decisão deverá ser automaticamente a mesma (D), sem margem para discricionariedade ou subjetivismo. Em consequência, o princípio que não prevaleceu diante das circunstâncias de um caso (CE), poderá prevalecer perante outras circunstâncias (CE2), pois não foi excluído do ordenamento jurídico.<sup>200</sup>

Com essa técnica pode se construir uma jurisprudência segura sobre os casos que se apresentarem.

Oportuna afirmativa de Konrad HESSE:

Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado.<sup>201</sup>

A jurisprudência nacional registra decisões do Supremo Tribunal Federal, resolvendo tensões entre princípios constitucionais, em que o conflito foi solucionado pela aplicação da máxima da ponderação de valores, restando um princípio constitucional afastado pela aplicação do outro. E toda vez que esse processo for utilizado, a motivação é imprescindível. A argumentação jurídica apresentada pelo intérprete deverá trazer os fundamentos normativos, e não apenas os fundamentos pessoais ou morais do intérprete.<sup>202</sup>

A ponderação de princípios constitucionais é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção da ordem constitucional coesa. Daí a gigantesca responsabilidade do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Supremas dos Estados, da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição,

---

à honra dos acusados de estupro: BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.* p. 121.

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 92-94.

<sup>201</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed., 1991. p. 23.

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Começo da história. A nova*

colidentes no caso concreto.

Muitas vezes pode ocorrer colisão de princípios, nos quais se permite a ponderação (balanceamento) de interesses mediante aferição do peso de cada um deles e, na possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional a aferição a respeito da colisão é necessária porque envolve a aplicação dos princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica.

O princípio da supremacia da Constituição revela que a Constituição se encontra no topo da escala normativa, constituindo fundamento de validade para as demais normas jurídicas surgidas após a sua promulgação ou por ela recepcionadas e o princípio da segurança jurídica constitui o fundamento do Estado de Direito.

Indaga-se então se a proporcionalidade pode ser admitida como método para relativização da coisa julgada e, segundo MARINONI seria o caso de aplicar um método de ponderação dos bens, e não de simples harmonização, lembrando que ponderar “é o mesmo do que sopesar para definir o bem que deve *prevalecer*, enquanto que “harmonizar” indica a necessidade de contemporizar para assegurar “a aplicação *coexistente* dos princípios em conflito”. Quando não existir outra alternativa admite a ponderação para situações excepcionais, como método complementar.<sup>203</sup>

Para BARROSO, a coisa julgada “é uma regra de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete” e somente em situações de quase - ruptura do sistema, será “legítima a superação da garantia da coisa julgada”. Admite a relativização da coisa julgada, quando ocorre a superveniente pronúncia de inconstitucionalidade da lei porque “o princípio da segurança jurídica, como os princípios em geral, não tem caráter absoluto.” Há necessidade de “fazer sua *ponderação* com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade.”<sup>204</sup>

Proclama THEODORO JÚNIOR a possibilidade de recorrer-se aos

---

Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Op. Cit.*

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(14\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(14)%20-formatado.pdf) Acesso em: 31 jul. 2012.

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 172-173.

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para equacionar a problemática dos prazos prescricionais e decadenciais, expondo que “o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público seja legislativo, executivo ou judiciário”, acrescentando que a coisa julgada não pode ser invocada como empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença dada em contrariedade à Constituição Federal.<sup>205</sup>

Determinados os meios de impugnação da coisa julgada inconstitucional, passa-se à análise das situações levantadas pela doutrina nacional a respeito da relativização da coisa julgada e os conflitos ante a segurança jurídica, não sendo preciso recorrer a exemplos anedóticos como o da sentença que condena um homem a carregar sua esposa nas costas,<sup>206</sup> para posteriormente analisarem-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos sobre a coisa julgada.

## **2.5 Posicionamento da jurisprudência sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional no ordenamento pátrio.**

É certo que a coisa julgada pode ser elidida em razão de ulterior declaração de inconstitucionalidade, mas nenhum dos precedentes citados a seguir tem qualquer relacionamento com aplicação de lei anteriormente declarada inconstitucional, ao contrário, lastreiam-se em ofensas cometidas pelas sentenças a regras e princípios constitucionais. A questão da coisa julgada após a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade será analisada no item 3.3.

---

<sup>205</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *In Revista da AGU*, do Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília, 2001.

<sup>206</sup> Evita-se, assim, a crítica de José Carlos BARBOSA, que afirmou que os defensores da teoria da relativização da coisa julgada têm-se valido de exemplos “pitorescos” como os encontrados no trabalho de Cândido Rangel DINAMARCO: sentença que declara o recesso de algum Estado federado brasileiro; sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua carne, em consequência de uma dívida não honrada (exemplo extraído de célebre obra shakespeariana); sentença que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre. 2005.v. 33, p. 17.

### **a) Conflito entre o Princípio da Segurança Jurídica e o da Dignidade da Pessoa Humana.**

O primeiro grande problema que surgiu na processualística brasileira envolvendo conflitos de princípios constitucionais foi em ações de investigação de paternidade, em que o objetivo é apurar a verdade real de quem seja o sedizente filho e o indigitado pai. A ação desta natureza julgada improcedente reconhecia e declarava que o réu não é pai do autor. Com a evolução da ciência, criou-se o exame de DNA, o qual permite com precisão afirmar se alguém é ou não pai de outrem. Realizados exames de DNA, comprovou-se o resultado positivo da paternidade de muitos casos em que ações de investigação haviam decidido de modo diverso, e já haviam transitado em julgado e cobriram com um manto intocável os verdadeiros pais.

É cediço que os recentes progressos das ciências médicas têm permitido a determinação da verdadeira origem biológica do ser humano. O teste em DNA (ácido desoxirribonucleico) tornou-se o meio mais preciso disponível atualmente para a determinação de paternidades ou maternidades duvidosas, cujo índice de verossimilhança atual é de 99,99%.

Na casuística do direito de família, se têm notícias de casos em que exames sanguíneos da era pré-DNA (inclusive o HLA) não conseguiram excluir a paternidade, ocasião em que o suposto pai a assumiu e, anos mais tarde, o teste de DNA evidenciou que não se tratava do pai biológico. E ainda, encontram-se casos em que o HLA exclui determinada paternidade que, posteriormente, o exame de DNA, contrariando o resultado, demonstrou se tratar do verdadeiro pai biológico.

Assim, o exame de DNA ocasionou verdadeira revolução nas ações de investigação de paternidade, pois revela-se como a prova cabal da determinação da verdade biológica.

Nesta situação, ponderando os princípios envolvidos, o princípio da dignidade da pessoa humana consubstanciado no direito indisponível e imprescritível de saber sobre a paternidade é infinitamente superior ao princípio da segurança jurídica consubstanciado na coisa julgada. Surgem teses no sentido de que merece ser relativizada a coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, tendo em vista que não permitir que o autor, mesmo com os progressos da ciência, possa descobrir quem é seu pai, é ferir por completo o

princípio da dignidade da pessoa humana.

Belmiro Pedro WELTER acredita inexistir coisa julgada material na investigação de paternidade enquanto não forem produzidas todas as provas em direito admitidas, em especial a prova científica de DNA. De modo que, enquanto não demonstrada a verdadeira paternidade biológica, a sentença não restará acobertada pelo manto da coisa julgada material. Conclui que todas as demandas julgadas anteriormente ao surgimento do exame de DNA poderão ser rediscutidas sem encontrar óbice na coisa julgada, uma vez que inexistindo adequada e exauriente produção probatória, as decisões proferidas apenas produzem coisa julgada formal. Só admite que se operará a coisa julgada material naqueles casos em que é impossível a realização do exame genético de DNA, sem culpa processual do investigado ou de seus herdeiros (ausência do investigado, ou recusa deste na realização do exame<sup>207</sup>), desde que produzidas as demais provas.<sup>208</sup>

Os tribunais têm admitido o ajuizamento de nova demanda investigatória, desde que fundada em exame pericial novo (DNA) e visando à busca da verdade real, ou seja, da verdadeira paternidade biológica como se constata da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, 4ª T, REsp. n.º 226.436/PR, em que se analisou nova ação investigatória baseada em exame de DNA, em virtude de a primeira ter sido julgada improcedente pela precariedade das provas, pois o exame ainda não era disponível.<sup>209</sup>

O acórdão citado exprimiu bem a ideia de que é possível a relativização da coisa julgada material, em casos excepcionais e mediante o critério da proporcionalidade, cujo resultado poderá ser a prevalência de valores tão

---

<sup>207</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 460.302/PR. 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho. DJU 17.11.2003. “I – Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do En. 283 da Súmula do STF. II – Segundo a jurisprudência desta Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

<sup>208</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, n.º 19. 1998, p. 10.

<sup>209</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp. n.º 226.436/PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 4.2.2002. (...) “Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.” Disponível em: <<https://www..stj.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2012.

resguardados constitucionalmente quanto a coisa julgada, ainda que em prejuízo da segurança, afinal, a verdadeira segurança num Estado Democrático de Direito é a obtenção de decisões justas e legitimadas, e não a imunização de sentenças absurdas.

No Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deu provimento relativizando a coisa julgada. Trata-se de ação de investigação de paternidade proposta no ano de 1996, na qual jovem investiga sua origem paterna. O suposto genitor alegou a existência de coisa julgada, pois demanda idêntica já havia ocorrido entre as mesmas partes, com trânsito em julgado no ano de 1992, ocasião em que houve julgamento de improcedência do pedido por insuficiência de provas da paternidade. Enfrentando essa preliminar, o Juízo singular a afastou, autorizando o processamento do processo porque está em jogo direito fundamental. No entanto, em recurso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) acolheu a preliminar e extinguiu o processo, sem apreciação do mérito, afirmando a ocorrência da coisa julgada, que não poderia sofrer a pretensa mitigação. Dessa decisão manejaram recurso extraordinário o autor e o Ministério Público do Distrito Federal. A coisa julgada foi flexibilizada em prol do princípio da dignidade da pessoa humana; conhecimento da origem genética e direito de filiação.<sup>210</sup>

Apropriada a lição de José Augusto Delgado:

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesma transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse 'poder' absoluto de contraria a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, Rel. Min. Dias Tóffoli. DJ 16.12.2011 (...) 2. **Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.** 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (grifos nosso). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

<sup>211</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Op. cit.* p.97

Entende que a sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza.<sup>212</sup> A coisa julgada não pode fazer do preto branco, ou do não pai, pai.

Isso implica afirmar que nas demandas improcedentes por falta de provas, não há a incidência da coisa julgada, dada a indisponibilidade e confiabilidade do exame de DNA, na formação de um juízo de certeza. Embora esta situação esteja se alterando em face da filiação sócio-afetiva.

A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito “*convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes*” e como todos os atos oriundos do Estado, se formará se presentes pressupostos estabelecidos por lei e, 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 ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica.<sup>213</sup>

Para ARMELIN, “A evolução dos conhecimentos científicos e técnicos poria em xeque a estabilidade de decisões judiciais sedimentadas pela coisa julgada material gerada mediante a utilização de métodos já superados.”<sup>214</sup>

Do exposto, verifica-se a necessidade latente de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada no direito de família, pois em todas essas hipóteses constata-se que este instituto ofende diretamente outros princípios constitucionais de elevada grandeza.<sup>215</sup>

Os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais demonstram à saciedade que a questão relativa à absoluta eficácia da coisa julgada material vai paulatinamente mitigada, aceitando-se a sua relativização sempre que o conflito de

---

<sup>212</sup> *Idem.*

<sup>213</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização. Op. cit.*, p.25.

<sup>214</sup> ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>215</sup> A relativização da coisa julgada nesses casos é tão aceita que foi elaborado pelo Senador Valmir Amaral, o projeto de Lei n. 116, de 2001 para modificar a Lei n. 8.560/62, que disciplina a investigação de paternidade, cujo parágrafo único do art. 8º, ganharia a seguinte redação: “A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada.” Esse projeto não foi aprovado, sendo arquivado em 22 de janeiro de 2007.

A justificativa do referido projeto é a seguinte: “O Código de Processo Civil, no ad. 469, determina que não faz coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença, assim como não o fazem os motivos para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo (CPC, incisos I, II e III do art. 469).” Disponível em: [http://www.valmiramaral.com.br/pl116\\_01.htm](http://www.valmiramaral.com.br/pl116_01.htm) Acesso em 29 jul.

valores torna-se mais agudo em razão da intensidade da injustiça do caso concreto ou do grau em que colide com os princípios informativos e fundamentais do Estado Democrático de Direito.

#### **b) Conflito entre a segurança jurídica e a moralidade pública**

Como exemplo de mitigação da coisa julgada, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº. 240.712-SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Augusto Delgado. Neste processo, a Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo de desapropriação indireta e posteriormente feito acordo para parcelamento do débito e pagou algumas parcelas. Ingressou em juízo com ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, sob a alegação de que houvera erro no julgamento da ação expropriatória, visto que a área que teria se “apossado” o Estado já pertencia a ele próprio.

Apesar de já ter ocorrido o trânsito em julgado e acordo celebrado entre as partes, o ministro Delgado votou, e seu voto prevaleceu por três votos contra dois, restabelecendo a tutela antecipada que o juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e que o Tribunal paulista negara. Neste caso, restou demonstrado que na colidência entre o princípio da segurança jurídica e o da moralidade pública, este último deve prevalecer, relativizando a coisa julgada.<sup>216</sup>

Nesta decisão a coisa julgada e o acordo realizado entre as partes não se erigiram em barreiras intransponíveis para o reexame da causa.

Outro exemplo é a decisão proferida pela Juíza do Trabalho da 1ª Vara do Trabalho de Ponta Grossa (PR), nos autos da Ação de Cumprimento nº 416/89, que em início de execução definitiva, teve em 07.07.99 sentença que vedou a fraude engendrada pelas partes, da lavra da Excelentíssima Juíza do Trabalho Suely Filippetto. Neste processo, constatou a prática de atos em desacordo com os princípios da legalidade, impessoalidade moralidade e publicidade. Ainda que trilhando por outro caminho, diferente não foi o entendimento do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região concordando, mesmo que por diversa fundamentação (inexistência de citação válida), com a insustentabilidade do

---

2012.

<sup>216</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 240.712/SP. DJ. 15.2.2000, p.38, Rel. Ministro

*decisum*, sendo confirmada pelo TST.<sup>217</sup>

### **c) Conflito entre a segurança jurídica e a garantia do justo valor**

Outra decisão que mereceu destaque ocorreu na década de oitenta, em que o Supremo Tribunal Federal afastou expressamente a autoridade da coisa julgada quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 93.412 – SC, argumentando que “não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa do ente expropriante”.<sup>218</sup>

A circunstância levada em conta foi a constante procrastinação do pagamento por culpa do ente expropriante, que por diversas vezes reteve injustificadamente os autos, o que levou à desvalorização do montante devido a título de indenização. Neste caso, conferiu-se primazia à garantia constitucional da justa indenização, consagrados no artigo 5º, inc. XXIV e artigos 182, § 3º e 184, desprezando-se a autoridade da coisa julgada que se apresentava como um óbice à realização de uma nova perícia avaliatória.

Outros precedentes do Supremo Tribunal Federal seguem a mesma orientação, não considerando ofensiva da coisa julgada a decisão que determina a atualização do valor do imóvel desapropriado quando se trate de laudo antigo e a expropriante procrastinou o pagamento da indenização.<sup>219</sup>

### **d) Conflito entre a Segurança Jurídica e o Princípio da Isonomia:**

Como exemplo de uma típica situação de colisão da segurança jurídica com a garantia da isonomia, o caso citado por Francisco Barros Dias de um servidor que obteve judicialmente determinada vantagem e a decisão transitou em julgado. Este

---

José Augusto Delgado. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 jul.2012.

<sup>217</sup> Processo 416/89, da 1ª Vara do trabalho de Ponta Grossa (PR) movida pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Ponta Grossa, em nome da categoria, pleiteando equiparação dos empregados do Banco Reclamado com os do Banco Central do Brasil, que em início de execução definitiva, teve em 07.07.99 sentença que vedou a fraude engendrada pelas partes, da lavra da Excelentíssima Juíza do Trabalho Suely Filippetto. Sentença em anexo.

<sup>218</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 93.412/SC, Rel. Min. Rafael Mayer. j. 04.05.1982). RTJ 102/276.

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Ag. N. 75.773, DJU, de 3.5.79, p. 3.496, Rel. Min. Leitão de Abreu; RE n.68.608, RTJ 54/376, 1ª T.; Ag. n. 47.564 Pleno, DJU, de 26.09.69, p. 44.063;

servidor exerce cargo idêntico ao de outro colega da mesma repartição, ingressaram no serviço público na mesma data, com salários rigorosamente idênticos. O outro servidor também foi ao Judiciário buscar a mesma vantagem, não obtendo êxito, quer porque outro Juiz entendeu que não fazia jus a tal pleito, quer porque houve mudança da jurisprudência sobre o assunto. A sentença proferida no processo desse outro servidor também transitou em julgado. A perplexidade reside no fato de que um está percebendo salário maior, concedido pelo Judiciário, e o outro uma menor remuneração, embora ambos estejam invocando a irreversibilidade de suas situações com base na coisa julgada. Poderia haver algum remédio legal para corrigir essa distorção?<sup>220</sup>

De fato, não se compreende e dificilmente se tolerará que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, só porque a ação daquele transitou em julgado apesar de inconstitucional a lei que a concedeu. Admissível e conveniente que seja relativizada a eficácia de coisa julgada neste tipo de litígio.<sup>221</sup>

Esta é uma situação encontrada em grande número, deixando o Judiciário em posição desconfortável. A comunidade jurídica assistiu à formação de coisas julgadas em processos idênticos, com soluções antagônicas. Ocorreu com as demandas propostas pelos aposentados os quais reclamavam um reajuste de 147,07%, em setembro de 1991; no reajuste de 84,32% reclamado por empregados particulares e servidores públicos, em março de 1990; no que pertine ao saque do FGTS decorrente da alteração do regime de empregado celetista para estatutário. Nestes casos citados, as decisões judiciais foram antagônicas, garantindo direitos a uns e negando a outros, inobstante todos estarem na mesma situação, configurando a colisão entre a segurança jurídica e o princípio constitucional da isonomia.

Pela importância da matéria, necessário analisar o conflito entre a segurança jurídica e o direito tributário e, para tanto indispensável estudo sobre o controle de constitucionalidade, que repercute na questão da conservação ou não dos efeitos da coisa julgada que teve por base a lei reputada inconstitucional.

Não é objetivo deste estudo esmiuçar todos os contornos e problemáticas

---

RESP 602.636/MA. Relator Min. José Augusto Delgado, DJU, de 14.06.2004.

<sup>220</sup> DIAS, Francisco Barros. *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*. Op. cit.

<sup>221</sup> ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. Op. cit., p.371.

que envolvem o controle de constitucionalidade brasileiro, mas apenas sobre os efeitos das decisões em sede do controle difuso e abstrato de constitucionalidade, cujo órgão julgador é o Supremo Tribunal Federal.

### **CAPÍTULO 3 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E EFEITOS SOBRE A COISA JULGADA**

Em que pese a segurança jurídica constituir um princípio constitucional, um dos pressupostos inafastáveis do Estado de Direito, o constitucionalismo impõe a viabilidade do controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais. Essa assertiva põe em cotejo “o respeito às normas constitucionais pelas decisões já acobertadas pela coisa julgada, apesar de não se afastar a previsão constitucional acerca da coisa julgada, bem como e, sobretudo, o princípio da segurança jurídica que a fundamenta.”<sup>222</sup>

A fim de verificar se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de lei ou ato normativo pode retroagir para alcançar sentenças transitadas em julgado e relativizá-las, necessário se faz um estudo do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, bem como as consequências daí advindas, especialmente em determinadas situações e em face de lesão gravíssima à estabilidade das instituições ou à irreversibilidade das relações antes asseguradas, possa adotar-se a eficácia *ex nunc* e não *ex-tunc* das decisões pretorianas.

Segundo Giuseppe CHIOVENDA, a jurisdição consiste em função do Estado pela qual a vontade da lei se concretiza por meio da substituição, tornando a lei efetiva.<sup>223</sup> A jurisdição assume um caráter de substitutividade na medida em que uma vez provocado o poder jurisdicional, apenas a ele cabe resolver o conflito de interesse sem necessidade de anuência das partes, não podendo, outrossim, ser prorrogada pelas partes envolvidas no conflito.<sup>224</sup>

Na jurisdição constitucional não há um conflito intersubjetivo, mas um processo constitucional objetivo, no qual a contenda posta a julgamento é o conflito entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, ou seja, o contencioso constitucional. Este, segundo Louis FAVOREU, se distingue do contencioso ordinário na medida em que não se pode falar de litígios, mas de um processo

---

<sup>222</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p.107/108.

<sup>223</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 2 p. 8.

<sup>224</sup> SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p. 104.

objetivo voltado para a manutenção ou restauração da ordem constitucional.<sup>225</sup>

De fato, a jurisdição constitucional funda-se em dois pressupostos teóricos: a força normativa da Constituição, localizada no ápice da pirâmide normativa, sendo o fundamento da ordem estatal<sup>226</sup> e no princípio da supremacia da Constituição, pelo qual a Constituição é erigida ao parâmetro de validade dos atos infraconstitucionais, exigindo-se a garantia de sua observância através do controle de constitucionalidade.

O Estado Moderno passou por profundas mudanças com o advento do Constitucionalismo, através do qual a Constituição passou a ser alocada no centro do sistema jurídico, a constituir o fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Ensina BARROSO que a Constituição “passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito”<sup>227</sup>

Todas as normas infraconstitucionais devem moldar-se ao disposto pela Carta Magna de 1988, sendo o controle de constitucionalidade um instrumento do ordenamento jurídico voltado para garantir a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais frente à Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade para a doutrina clássica é a “*verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição”<sup>228</sup>, e no Brasil a jurisdição constitucional quanto à quantidade de órgãos de competência para o controle, é mista ou eclética, ou seja, pode ser realizada via concentrada ou difusa.

Já pela via concentrada, principal, abstrata ou pela via de “ação”, essa possibilidade se concentra em um número limitado de órgão, com competência originária, para decidir a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo frente à Constituição Federal. A análise da constitucionalidade da lei será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa, não estando a lei ou o ato normativo, objeto de impugnação, atrelado a qualquer caso concreto. Regra geral, nesta forma de controle os efeitos da decisão são *ex tunc*, vinculante e *erga omnes*.

---

<sup>225</sup> FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, p.15.

<sup>226</sup> Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

<sup>227</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O triunfo inacabado do Direito Constitucional*. In Revista de Direito do Estado. Nº 01. Jan/Mar/2006. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

<sup>228</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva 2006 p. 34.

Pela via difusa, também denominada por via de exceção ou defesa, concreta ou aberta é um pouco mais democrático, permite a qualquer juiz ou tribunal realizar o controle de constitucionalidade. A manifestação do Judiciário, neste caso, não será sobre o objeto principal da lide, mas sobre questão prévia, essencial ao julgamento do mérito.<sup>229</sup> Verifica-se num caso concreto que a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito, sendo a declaração de inconstitucionalidade a causa de pedir.<sup>230</sup>

Embora a regra geral estabeleça, para o controle concentrado os efeitos *ex tunc*, vinculante e *erga omnes*, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 reconhece a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, “fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro”,<sup>231</sup> mediante a decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

Não existe dúvida de que, no direito brasileiro, a decisão de inconstitucionalidade (via controle concentrado), produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento da edição da lei, tendo natureza declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, que era um estado já existente.

Apesar desse efeito, o vício que vem da inconstitucionalidade não impede que os efeitos da “sentença inconstitucional” sejam irradiados. O Ministro do Superior Tribunal Federal Leitão de Abreu ressalta que “podem ocorrer determinadas circunstâncias de fato, verificadas de acordo com a norma declarada inconstitucional, que não são contaminadas pela nulidade” como os atos praticados

---

<sup>229</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 645.

<sup>230</sup> O nosso modelo de controle difuso de constitucionalidade foi inspirado no modelo norte-americano que surgiu quando as treze colônias se tornaram independentes e fundaram um novo Estado estabelecendo pela primeira vez uma Constituição instrumentalizada.

A noção e ideia de controle difuso de constitucionalidade deve-se ao famoso caso *Marbury versus Madison*, julgado pelo Juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, em 1803 onde decidiu que, havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser hierarquicamente superior. É a primeira vez que surge a ideia de superioridade da Constituição e onde surge também pela primeira vez o controle da constitucionalidade de leis federais em relação à Constituição Federal norte-americana. Essa decisão do juiz Marshall vai passar para a história a ideia de controle de constitucionalidade.

<sup>231</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Coisa Julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração

por funcionário cuja nomeação tenha sido declarada nula, porque fundada em lei inconstitucional, não obstante reputados válidos, em face da presunção de legitimidade da atividade administrativa e da boa-fé dos destinatários desses atos. “Há necessidade de se temperar a tese da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade para se deixar imunes as situações jurídicas fundadas em ato praticado de boa fé”.<sup>232</sup>

WAMBIER e MEDINA advogam que norma declarada inconstitucional por ação declaratória de inconstitucionalidade não deve qualificar-se como “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional e tendo efeito *ex tunc*, deve-se considerar como se a lei nunca tivesse existido, só integrando o sistema normativo aparentemente. E por causa dessa aparência, não impede que os efeitos por ela produzidos sejam aproveitados, em nome de outros princípios igualmente relevantes, como a segurança jurídica ou a boa fé.<sup>233</sup>

Há inúmeros casos que, ao admitir-se o efeito retroativo da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei pode conduzir a situações absurdas, ficando claros os efeitos *ex tunc* das ações declaratórias de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, mas não absoluta.<sup>234</sup>

Para MENDES, “não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no incidental.”<sup>235</sup> Então, após o art. 27, da Lei n. 9.868/99, poder-se-ia dizer que a coisa julgada será atingida pelos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade se não houver expressa ressalva na decisão proferida pelo STF.<sup>236</sup>

Brilhante a conclusão de THEODORO JÚNIOR e FARIA ao analisarem os efeitos da declaração de nulidade da sentença inconstitucional:

---

de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *Op. cit.*, p.97.

<sup>232</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 93.356/MT. Rel. Min. Leitão de Abreu. *In* RTJ 97 p. 1369/1.372. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

<sup>233</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa julgada*. *Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>235</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Coisa Julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *Op. cit.* p. 92.

<sup>236</sup> Este artigo foi inspirado no art. 282, 4º, da Constituição da República Portuguesa que dispõe: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos ns. 1 e 2”.

Não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadências e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Pra contornar o inconveniente em questão nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc*, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de “arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27).<sup>237</sup>

Os defensores da relativização da coisa julgada advogam que o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei que conflite com a Constituição, tornando nulos todos os seus efeitos desde a sua existência, isto é, *ex tunc*. Assim, a sentença fundamentada na lei inconstitucional configura um dos seus efeitos e, portanto, dela deve ser afastado o instituto da coisa julgada, pois se uma lei não pode conflitar com a Lei Maior, as decisões também não podem.<sup>238</sup>

No controle incidental ou concreto a questão principal (questão de mérito) consiste na existência ou não de determinado direito subjetivo da parte, a declaração de inconstitucionalidade não valerá para outros senão os sujeitos do processo, salvo se nos moldes do art. 52, X, da Constituição Federal, o Senado Federal determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Ou seja, no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, mas esse entendimento está mudando e o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, como se *contata a seguir*.

Anteriormente à Constituição de 1988, o ministro Carlos Madeira, no julgamento do RE nº 105.789/MG<sup>239</sup>, aplicou o critério da eficácia *ex nunc*, pois pela

---

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 665-666.

<sup>237</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>238</sup> Para Joyce Araújo dos SANTOS, o alcance dos efeitos do controle de constitucionalidade das normas jurídicas não é automático possibilitando que o magistrado, de ofício, declare inexigível o título executivo, mas “é inegável que a parte terá um elemento objetivo para arguir que o julgado é inconstitucional, com arrimo na inconstitucionalidade da lei que o subsidiou.” SANTOS, Joyce Araújo dos. *Op. cit.*, p. 151

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 105.789/MG. 2ª Turma. Rel. Ministro Carlos Madeira. DJ, leia-se no voto do relator “A `irredutibilidade` dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu, e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as

eficácia *ex tunc*, implicaria a necessidade de devolução do numerário recebido e presumivelmente já gasto, tendo o Ministro considerado a impossibilidade da devolução de tais recursos.

Após a Constituição Federal de 1988, o *leading case* foi o julgamento do RE 197.917, o STF reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9, nos termos do artigo 29, IV da Constituição Federal.<sup>240</sup> O Ministério Público pleiteava a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei e a devolução dos subsídios indevidamente pagos. O Ministro Maurício Correia ponderou que a declaração de nulidade com os ordinários efeitos *ex tunc* representaria um caos quanto à validade, não só das eleições, mas com relação aos atos já praticados sob o manto da presunção de legitimidade. Portanto, deveria prevalecer o sistema até então vigente em respeito à segurança jurídica. Além de reduzir o número de vereadores determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura.<sup>241</sup>

O entendimento acima foi utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes ao julgar a Ação cautelar n. 189, ressaltando que, “se se entende inconstitucional a lei municipal em apreço, impõe-se que se limitem os efeitos dessa declaração (*pro futuro*)”. Entende que o sistema difuso ou incidental de controle de constitucionalidade admite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em determinados casos, acolheu até mesmo a declaração de inconstitucionalidade *pro futuro*. Que no caso em tela, eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* (retroativo) ocasionaria repercussões em todo o sistema atual, atingindo decisões tomadas em momento anterior à eleição,

---

prerrogativas que suportam o seu cargo. Daí porque tal garantia supera o efeito “*ex tunc*” da declaração de constitucionalidade da norma, pois a averbação não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para a adoção de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo. (...)” RTJ. n. 118, p. 300-302, out.1986). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 26 nov. 2012.

<sup>240</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art.29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada de dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nessa Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;...”

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197.917/SP Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ. 07.05.2004 (...)8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2012.

que resultou na atual composição da Câmara Municipal; fixação do número de vereadores, número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Também as decisões tomadas posteriormente ao pleito eleitoral seriam atingidas, como a validade da deliberação da Câmara municipal nos diversos projetos e leis aprovadas.<sup>242</sup>

Ives Gandra da Silva MARTINS esclarece sua posição, fazendo as seguintes considerações:

Não só no controle concentrado, como no controle difuso, é possível a determinação de 'eficácia *ex nunc*' ou 'prospectiva' em situações especiais, tendo em conta não só a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais", como também os princípios da 'não surpresa' ou 'da responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial', princípios essenciais para a estabilidade das instituições.<sup>243</sup>

E por ter a Suprema Corte o atributo de ser "guardiã da Constituição", todas as suas decisões, mesmo as não proferidas em controle concentrado "revestem-se desta magnífica 'auréola' de serem elaboradas na condição de guardiã da Constituição." E, por isso, pode, conforme a realidade do momento, ofertar "eficácia ou *ex tunc* ou *ex nunc* às suas decisões, objetivando o mínimo de efeitos negativos ao regime democrático e aos valores da lei suprema."<sup>244</sup>

Com relação ao efeito *inter partes da* declaração de inconstitucionalidade incidental, se questiona se haveria algum instrumento por meio do qual seria possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação, evitando, assim, a necessidade de cada uma provocar o Judiciário individualmente.

Surge uma nova tendência, ainda incerta no Supremo Tribunal Federal, chamada de transcendência dos motivos determinantes da sentença em controle difuso, ou abstrativização do controle difuso, ou de objetivação do controle difuso.

---

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 189/SP. Rel.Min. Gilmar Mendes. fl. 33. DJ.27.08.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 06 jun. 2012.

<sup>243</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.469.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 470-471.

### 3.1 Transcendência dos motivos determinantes da sentença, abstrativização ou objetivação do controle difuso

Qual a importância da transcendência dos motivos determinantes para a relativização da coisa julgada? Para entender a teoria da transcendência dos motivos determinantes deve-se observar a diferença entre *ratio decidendi* ou *holding* e o obter *dictum*. Este se refere a comentários adjacentes ou “considerações marginais”, que não influenciam, de forma direta, na decisão, não gerando efeitos extraprocessuais, tendo apenas eficácia de mera persuasão.<sup>245</sup> Por outro lado, o primeiro termo refere-se aos motivos que fundamentam a decisão, acarretando determinada sentença. Consoante a teoria da transcendência dos motivos determinantes observa-se que a *ratio decidendi* passa a vincular outros julgamentos, a exemplo do *stare decisis* norte-americano.

O fenômeno da transcendência consiste no reconhecimento da eficácia que transcende o caso singular, não se limitando à parte dispositiva da decisão, de modo a se aplicar aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade.<sup>246</sup> Na prática significa que os fundamentos da decisão do STF – a *ratio decidendi* - em sede de ADI vinculam o Poder Judiciário e Administração Pública à sua observância.

Exemplificando, se o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei A, do Estado X, os fundamentos de sua decisão terão efeitos vinculantes para se declarar inconstitucional uma idêntica lei B, de outro estado Y, que, no entanto, não foi objeto do controle concentrado. A lei B poderá ser afastada de incidência se houver uma reclamação diretamente no STF com base na transcendência dos motivos que determinaram aquela decisão da lei A.<sup>247</sup>

Ao tratar da teoria da transcendência dos motivos determinantes, Luís

---

<sup>245</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campo. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.118.

<sup>246</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl. 2.363, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 23-10-03, DJ de 1º- 4-05.

<sup>247</sup> GONÇALVES, Elaine Morais. *A transcendência dos motivos determinantes e a força normativa da Constituição*. Disponível em: <http://estudandoodireito.blogspot.com.br/2008/04/bdjur-no-stj-transcendencia-dos-motivos.html>. Acesso em 13 jun. 2012.

Roberto BARROSO afirma que:

(...) por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.<sup>248</sup>

Essa teoria ganhou relevância no julgamento da Reclamação nº 1987-0/DF<sup>249</sup> que é considerado o *leading case* dessa matéria. Neste caso, o Ministro Maurício Correa estendeu os efeitos da decisão proferida na ADI 1662/SP a esta Reclamação.

Na ADI 1.662/SP<sup>250</sup> foi declarada a inconstitucionalidade dos itens II e XII da Instrução Normativa 11/97, do Tribunal Superior do Trabalho (que criara novas hipóteses autorizadas de sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios trabalhistas), pela interpretação do artigo 100 da Constituição Federal, no sentido de que “somente nas situações de preterições, e em nenhuma outra, é lícito o sequestro de verbas públicas para fins de pagamento de precatório originado do débito judicial trabalhista.”

Posteriormente a Juíza Presidente do Tribunal Regional da 10ª Região determinou o sequestro de verbas do Distrito Federal para pagamento de um precatório trabalhista, em hipótese diversa daquela de preterição do direito de precedência. O Governador do Distrito Federal ajuizou a Reclamação nº 1.987 com o fundamento de que a ordem da Juíza Presidente do TRT violava a decisão proferida na ADI 1.662. Ressalta-se que a demanda versava sobre ato diverso (Instrução Normativa nº 11/97), praticado por órgão diverso (TST), contra outro ente da Federação (Estado de São Paulo).

---

<sup>248</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184.

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1.987/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Publicado DJ 21.05.2004. (...) “4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.” (...). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 19 ago. 2012.

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.662. Rel. Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJ 19.09.2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 out.2012.

O debate no Supremo Tribunal Federal era se a exegese firmada na fundamentação do acórdão proferido na ADI 1.662 também seria dotada de efeitos vinculantes e gerais. Apesar da decisão da ADI ter declarado inconstitucional um Ato Normativo do Tribunal Superior do Trabalho e não do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, o Ministro Relator Maurício Corrêa, após invocar outros precedentes paradigmáticos, defendeu a preservação da autoridade da exegese constitucional firmada, mas de seus motivos determinantes e não “o teor apenas da parte dispositiva do acórdão”, dando ensejo à chamada eficácia transcendente da fundamentação. Os argumentos de princípio que fundamentaram a decisão da ADI 1.662 foram vinculantes para o julgamento da Reclamação 1.987.

O fenômeno da transcendência dos motivos determinantes reflete uma preocupação doutrinária com a força normativa da Constituição, cuja preservação necessitaria do reconhecimento de que a eficácia vinculante se refere não apenas ao dispositivo; se estende aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em especial quando consubstancia uma declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato.<sup>251</sup>

Na reclamação Constitucional 2.363/PA, o Ministro Gilmar MENDES ressalta que nas hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, o efeito vinculante das decisões não pode ficar limitado à parte dispositiva do julgado:

(...) muito embora o ato impugnado não guarde identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, Relator o Min. Maurício Corrêa, vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados “Fundamentos Determinantes”(...)<sup>252</sup>

A fundamentação de decisão do STF que resolve a ação de controle concentrado de constitucionalidade, que tem efeito *erga omnes* e vinculante, deve ser obedecida obrigatoriamente por todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração direta e indireta, o que implica a transcendência dos motivos

---

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.986/SE, Rel. Min. Celso de Mello. Publicado DJ 18.03.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 ago. 2012.

<sup>252</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.363/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado DJ 01.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 ago. 2012.

Mencionam-se ainda os seguintes julgados que confirmam a transcendência dos motivos determinantes: reclamação nº 2.363 relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, reclamação nº 4.692 relatada pelo Ministro Cezar Peluso, Reclamação 4.416 nº relatada pelo Ministro Celso de Mello e reclamação nº 5.389 pela Ministra Cármen Lúcia, dentre outros.

determinantes do julgado, pois, caso contrário, retirar-se-ia a eficácia das ações como a ADI, ADC e ADPF, assim como dos institutos da Repercussão Geral e da Súmula Vinculante, transformando o STF, que é uma Corte Constitucional em um Tribunal Ordinário.

Portanto, “em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante das deliberações não cinge-se somente à parte dispositiva do julgado, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes da decisão.”<sup>253</sup>

Se a teoria da transcendência parece ter sido aceita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e não encontra grande oposição por parte da doutrina, no controle concentrado, o mesmo não pode ser dito no tocante ao controle difuso. Isso porque no controle difuso a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental como questão prejudicial e produz efeitos apenas *inter partes*, sendo necessária a observância da fórmula do artigo 52, X<sup>254</sup> para dar efeito *erga omnes*.

No entanto, nos últimos anos, o sistema de controle difuso de constitucionalidade está em franca revolução jurídica e está se aproximando do controle concentrado em relação aos seus efeitos. Parte da doutrina, e até mesmo julgados do Supremo Tribunal Federal, vêm defendendo a possibilidade de que também a *ratio decidendi*, em uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, passe a produzir efeitos *erga omnes*, vinculantes.

Busca-se, com essa nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso de constitucionalidade, fornecer características objetivas a esta modalidade de controle, ampliando os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade de modo a torná-los semelhantes aos efeitos obtidos no controle concentrado de constitucionalidade.

A partir de dois precedentes importantes, a tradicional característica das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade passou a ser revisada. O Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, tendo como relator

---

<sup>253</sup> ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Questões Pacíficas e Temas Controvertidos sobre o Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Jus Navegandi. n. 1.238. Disponível em: <[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>. Acesso em 09 jun. 2012. Revista da AGU. n. 11. dezembro de 2006).

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (...)

Ministro Maurício Corrêa e por objeto o caso dos vereadores do Município de Mira Estrela e o Habeas Corpus nº 82959/SP<sup>255</sup>, Relator Min. Marco Aurélio, sobre a progressão do regime na lei de crimes hediondos. Pelos dois precedentes percebe-se uma nova tendência do STF a aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) também para o controle difuso.

A partir do precedente no RE 197.917/SP – caso Mira Estrela, além de determinar que referida decisão somente produzisse efeitos *pro futuro* (para não invalidar um pleito já realizado, com vereadores eleitos e empossados), restou estabelecido, pelo STF, que os motivos determinantes daquela decisão também se prestavam a vincular o Tribunal Superior Eleitoral, que deveria respeitar os termos da decisão proferida naquele recurso extraordinário, em casos análogos. Ou seja, os fundamentos daquela decisão, proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, passaram a gerar efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Este caso concreto foi examinado no bojo de uma ação civil pública, em controle difuso, portanto, considerando as normas processuais do CPC de 1973, dita decisão somente teria efeito vinculante no que toca ao dispositivo da sentença, e limitado às partes litigantes.

Posteriormente, o TSE editou resolução determinando a todos os Municípios a observância dos critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento daquele recurso. Contra a resolução do TSE, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3345/DF,<sup>256</sup> tendo entendido o STF que ele próprio teria conferido efeito transcendente aos fundamentos da decisão no RE 197.917, razão pela qual julgou constitucional o ato normativo.

MENDES se ampara na mutação constitucional (avanço social do entendimento que se dá a um dispositivo constitucional vigente, sem atingir o texto) como instrumento a justificar a aplicabilidade da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso de constitucionalidade asseverando ser possível:

---

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP. Rel. Ministro Marco Aurélio. DJ. 01.09.2006. Declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90 – progressão de regime nos crimes hediondos. Publicado no DJU de 01/09/2006. P. 18 Disponível em: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 ago.2012.

<sup>256</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3356/DF Relator. Min. Celso Mello, DJ de 20.08.2010. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 set. 2012.

(...) sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.<sup>257</sup>

Ainda com base na nova orientação (mutação constitucional), o Supremo permitiu a irradiação dos efeitos da decisão tomada nos autos do *Habeas Corpus* nº 82.959 (controle difuso), admitindo e julgando procedente Reclamação 4.335, para assegurar a autoridade da sua decisão, prolatada nos autos daquele *writ* (Informativo nº 463 – Reclamação nº 4.335).<sup>258</sup> O Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco-AC indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Considerando a decisão tomada no *Habeas Corpus* acima citado, em que foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos), foi julgada procedente a reclamação, assentando-se que o inciso X do art. 52 da CF confere ao Senado Federal atividade meramente publicitária da suspensão da execução da norma declarada inconstitucional, sendo isto uma verdadeira mutação constitucional, pois a decisão do Supremo, por si só, tem força normativa o suficiente para alcançar este efeito, ainda que em controle difuso.

Na Rcl nº 4.335/AC, o Ministro Gilmar Mendes acabou, de vez, a regra do art. 52, X, aproximando o controle difuso do controle concentrado.<sup>259</sup> O tema ainda depende de manifestação dos outros Ministros do STF, mas representa importante perspectiva em termos de “abstrativização” do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da *ratio decidendi*. A abstrativização, abstração, objetivação ou até mesmo “dessubjetivação das formas processuais” do controle difuso de

---

<sup>257</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 162, p.149-168, abr/jun.2004.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 4335/AC. Rel. DJ. 25 ago.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 13 jun. 2012.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. Nº 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25.08.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 ago. 2012.

constitucionalidade tem em Gilmar Mendes o maior defensor. É uma forte tendência, embora não uníssona, no Supremo Tribunal Federal.<sup>260</sup>

ZAVASCKI também sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade da lei, mesmo em sede de controle difuso.<sup>261</sup>

Vale transcrever parte do voto proferido no REsp. 828.106/SP:

(...) 5. A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).<sup>262</sup> (grifo nosso).

Destarte, a decisão da Suprema Corte, no controle difuso de constitucionalidade desde o início, já teria eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado a mera atribuição de publicá-la.

MENDES aduz que a única razão plausível para que a Constituição Federal de 1988 tenha previsto a suspensão pelo Senado Federal com a literalidade do art. 52, X, tem cunho exclusivamente histórico. Explica o doutrinador que a previsão de suspensão pelo Senado Federal surgiu com a Constituição brasileira de 1934, como mecanismo destinado a conceder generalidade à declaração de inconstitucionalidade, em época na qual o controle de constitucionalidade era

<sup>260</sup> A esse respeito frisou Gilmar MENDES no informativo 454, do STF:

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. (grifo nosso). Informativo 454, do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>. Acesso em 13 jun. 2012.

<sup>261</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 135-136.

<sup>262</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 828.106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ 15.05.2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

exclusivamente o concreto ou difuso. E o ato senatorial da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade ostentava natureza de ato político por meio do qual o Senado Federal tomava uma "decisão de calibragem", no que tange à data dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em relação à suspensão da eficácia normativa da lei inconstitucional.<sup>263</sup>

Segundo Fredie DIDIER, existe respeitável corrente doutrinária adotando a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e tal posicionamento demonstra “um grande poder de sedução, eis que se apresenta como relevante e eficaz solução, pulando etapas “burocráticas” e “desnecessárias”, principalmente no tocante à demora da manifestação pelo Senado Federal na forma do art. 52, X da CF, mostrando efetiva celeridade processual, bem como, economia e efetividade processuais”<sup>264</sup>

Objetiva-se com a aplicação da tese a economia processual, celeridade e presteza na tutela jurisdicional constitucional, a isonomia entre os jurisdicionados, bem como a segurança jurídica em relação à solução de determinada questão constitucional, evitando-se diferentes decisões do Estado-juiz acerca da mesma questão.<sup>265</sup>

Desse modo, entende-se que a operacionalização da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade se dá por meio do fenômeno processual da transcendência dos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) do Supremo Tribunal Federal que, incidentalmente, resolve a questão constitucional, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo. Analisando a *ratio decidendi*, induz-se uma norma geral que será utilizada como paradigma, aplicável *erga omnes* e de forma vinculada, para a resolução daquela

---

<sup>263</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Op. cit. p. 154-156.

<sup>264</sup> DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, 7ª ed., Bahia: JusPODIVM, vol. 3, p. 343.

<sup>265</sup> A restrição da função do Senado Federal sofre críticas até mesmo dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação nº 4.335-5/AC, que segue linha diametralmente oposta:

“(…) *haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF (…)* que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. Nº 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25.08.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

mesma questão constitucional para todos os demais casos concretos cujo suporte fático coincida com as circunstâncias fáticas do caso tomado como precedente.

Portanto, não existe norma expressa que permita ao Poder Judiciário fazer com que os motivos determinantes de uma decisão transcendam, em sede de controle difuso, previsão existente somente no que toca ao controle concentrado e para a súmula vinculante. Inobstante, o STF entendeu por bem emprestar às suas decisões, mesmo que tomadas em controle difuso, eficácia que transcende as partes do processo e os limites da lide, afirmando sua prerrogativa de exercer, em última análise, a própria substância do seu poder de interpretar a Lei Fundamental, residindo aí a prerrogativa extraordinária de reformular suas disposições, em atividade interpretativa, em verdadeiro processo de mutação constitucional.

Para que tal fosse possível, seria necessária uma reforma constitucional, notadamente no que se refere ao artigo 102 § 2º, e também do artigo 52, inciso X.

Destarte, na relativização da coisa julgada a abstrativização ou objetivação do controle difuso de constitucionalidade tem especial relevância, pois a decisão proferida em referido controle já teria efeitos *erga omnes* e, no caso de uma decisão assim proferida poderá ser utilizada como precedente na relativização da coisa julgada sobre a mesma matéria, sem necessidade de manifestação pelo Senado. E vai além, podendo utilizar para esse intento os motivos determinantes da decisão, mesmo a proferida em controle difuso de constitucionalidade.

Como a relativização da coisa julgada é decorrência de controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais, importante analisar os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada e a questão da vinculação.

### **3.2 Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada e a questão da vinculação**

Questiona-se neste tópico se, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, esta declaração poderá alcançar a coisa julgada inconstitucional a fim de relativizá-la.

---

Para WAMBIER e MEDINA, em face de a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF em sede de controle concentrado ter como regra efeito retroativo, o reconhecimento da inconstitucionalidade visa a declarar que a lei nunca existiu, ou seja, que a lei não chegou a integrar o sistema jurídico, daí que “seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente).<sup>266</sup>

Já para MARINONI e ARENHART, a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal “nulifica a sentença (transitada em julgado) que nela se fundou” gerando o chamado “controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado”.<sup>267</sup>

Significa que uma sentença fundada em lei constitucional, proferida em processo que observou todas as garantias processuais das partes, pode ser declarada nula por decisão do Supremo Tribunal Federal que, posteriormente, declarou essa mesma lei inconstitucional. O que se busca saber é se a decisão de inconstitucionalidade do STF pode retroagir para alcançar a coisa julgada material.

Ensinam que “na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Mas a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei, que pode ser negada por ser nula, “*mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto.*”<sup>268</sup>

THEODORO JÚNIOR e FARIAS discordam de que seja aplicada aos atos judiciais a mesma sistemática estabelecida para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos. Afirmam que o reconhecimento da inconstitucionalidade dos atos judiciais não gera efeitos *ex tunc*, mas sim *ex nunc*, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.<sup>269</sup>

Uma vez oposta qualquer das formas de impugnação à coisa julgada

---

<sup>266</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia, *in O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>267</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 664.

<sup>268</sup> *Ibidem* p.665-666.

<sup>269</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 178-180.

inconstitucional, o magistrado de primeiro grau e tribunais estarão vinculados à declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo Tribunal Federal (via difusa ou concentrada) ou poderá decidir de forma diversa?

Para Rodolfo de Camargo MANCUSO, inobstante a busca pela uniformização jurisprudencial, o processo civil brasileiro admite que casos análogos venham a receber respostas judiciárias diferentes, principalmente em decorrência da jurisdição singular que entre nós predomina no direito brasileiro.<sup>270</sup>

Lucas Cavalcanti da Silva ressalta que não possuindo efeito vinculante e, por isso, não alcançando situações jurídicas fora do processo em que houve a declaração de inconstitucionalidade, permite-se que qualquer juiz ou tribunal decida questões constitucionais de forma diversa da qual decidiu a Suprema Corte.<sup>271</sup>

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência vem ganhando cada vez mais foros de parâmetro vinculativo, que pode ser verificada em inúmeros dispositivos legais a seguir relacionados:

i) a ação declaratória de constitucionalidade que estabeleceu no art. 102, § 2º da Constituição Federal, o efeito vinculante, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade;<sup>272</sup>

ii) o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, de 10.11.1999<sup>273</sup> que trata do efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal;

iii) o art. 38 da Lei 8.038/90<sup>274</sup> que concedeu, de forma indireta, efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de

---

<sup>270</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 23.

<sup>271</sup> SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.151.

<sup>272</sup> IURK, Cassiano Luiz. *Op. cit.*, p. 73-74.

<sup>273</sup> BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Art. 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm) Acesso em 13 ago. 2012.

<sup>274</sup> BRASIL. Lei 8.038/90. Art. 38: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm) . Acesso em 13 ago.2012.

Justiça;

iv) o artigo 896 § 5º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>275</sup>, que atribui ao Ministro relator a possibilidade de negar seguimento a recurso de revista, embargos ou agravo em dissonância com Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho;

v) parágrafo único do artigo 481 do CPC<sup>276</sup> que submete a apreciação da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial do tribunal local, somente se não houver pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal sobre a questão;

vi) artigo 557 e 557, §1º-A, do CPC<sup>277</sup> de uma forma indireta impõe a vinculação quando concede poderes para que o Juiz de segundo grau negue seguimento ao recurso que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal respectivo, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.<sup>278</sup>

Lembra MANCUSO que fora dessas hipóteses a jurisprudência mesmo pacífica e reiterada permanece como meio suplementar de integração do Direito, não tendo imperatividade em sua aplicação, não podendo ser considerada fonte formal do Direito.<sup>279</sup>

Porém, quando se verificar decisões de forma reiterada num mesmo sentido pode-se dizer “ser essa a posição do órgão, cuja principal função é a de ‘dizer o que a Constituição Federal diz e conformar o resto do ordenamento jurídico à sua dicção’: o STF”<sup>280</sup>

---

<sup>275</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 896, § 5º da CLT: Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. [...].

<sup>276</sup> BRASIL. Código de Processo Civil; Art.481: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade, quando houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

<sup>277</sup> BRASIL. Código de processo Civil. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

<sup>278</sup> IURK, Cassiano Luiz. *Coisa Julgada e Súmula Vinculante: Inter-relações entre o clássico e o novo*. *Op. cit.*, p. 73-75.

<sup>279</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>280</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 55.

Isso demonstra que a jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores, embora não seja formalmente “*vinculante ou obrigatória*”, na prática opera uma boa dose de normatividade, seja pelo fato de emanar dos órgãos de cúpula, cujas decisões não são mais contrastáveis, seja pelo virtual insucesso das decisões e postulações porventura veiculadas em sentido contrário às teses sumuladas.<sup>281</sup>

E agora surge o problema relacionado a este estudo: Se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade irão vincular os juízes que julgarão as ações em que se pretende a relativização da coisa julgada, tendo em vista a inconstitucionalidade da lei sobre a qual se fundamentou a sentença. A questão merece tratamento diferenciado de acordo com a espécie de controle realizado pela Suprema Corte.

O parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868, de 10.11.1999, determina que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. O Min. Moreira Alves faz a seguinte distinção entre os efeitos:

A eficácia *erga omnes* da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica em dizer que, havendo tal reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade.<sup>282</sup>

Destarte, pode-se concluir que se a declaração de inconstitucionalidade for emitida via controle concentrado, por expressa disposição de lei, sobre ela incidirá o efeito vinculatório e, considerando o efeito *ex tunc* dessa declaração, uma vez oposta ação com o fito de desconstituir a coisa julgada, o juiz, em tese estaria vinculado à decisão do STF relativizando a coisa julgada inconstitucional.

Já no controle via incidental, a discussão é mais complexa, um vez que a declaração de inconstitucionalidade vincula-se exclusivamente ao julgamento daquela ação, no bojo da qual houve tal declaração, salvo se atribuído pelo Senado eficácia *erga omnes* à decisão (art. 52, X, CF) e com a ressalva a quanto à nova perspectiva e ainda incerta no STF da abstrativização ou objetivação do controle difuso (mutação constitucional).

---

<sup>281</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 131.

<sup>282</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 864/RS Rel. Min. Moreira Alves. DJ 13.09.1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

MANCUSO entende que o principal argumento para se atribuir vinculação às declarações de inconstitucionalidade do STF, mesmo quando emitida via incidental, é a igualdade ou isonomia no tratamento aos jurisdicionados.<sup>283</sup> Assim como se impõe a manutenção da isonomia *erga omnes* da lei enquanto produto legislativo, o mesmo se deve dar frente à lei que vem interpretada e aplicada pelo juiz no caso concreto. A coexistência de julgamentos diversos acerca de casos análogos não é socialmente sustentável, apesar de juridicamente explicável, causando grande instabilidade, não concorrendo para o aperfeiçoamento do regime democrático.<sup>284</sup>

Ressalta MARINONI:

O Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo. Imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso – visto como elemento componente do conceito de democracia – como via de legitimação do controle de constitucionalidade.<sup>285</sup>

Referido autor apresenta proposta de alteração do Código de Processo Civil para atribuir força aos precedentes.<sup>286</sup>

Aqueles que sustentam a não vinculação dos juízes aos precedentes produzidos pelas Cortes de Justiça o fazem invocando o princípio da livre convicção do julgador, pois que, um sistema que estabeleça que o magistrado de instância inicial deve observar decisões dos tribunais atentaria contra aquela liberdade de convencimento do juiz, cuja preservação é essencial para o Estado Democrático de

<sup>283</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, 119.

<sup>284</sup> *Ibidem*. p. 125-126.

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, *In* MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.p. 247.

<sup>286</sup> Proposta de alteração do Código de processo Civil para atribuir força aos precedentes, da qual citamos alguns artigos: Art.1. Os fundamentos essenciais e determinantes da decisão vinculam o Tribunal que a proferiu, assim como os Juízos a ele adstritos, em todos os casos que lhes forem submetidos. [...]; Art. 3. **Art. 3.** Têm eficácia vinculante as decisões: I - do Supremo tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; II – do Superior Tribunal de Justiça, que firmarem entendimento acerca da interpretação da lei federal; III dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais que, em incidente de inconstitucionalidade ou em incidente de uniformização de jurisprudência, pronunciarem-se sobre a constitucionalidade de lei ou definirem questão jurídica; **Art. 4.** Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso de julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referendados pela maioria dos seus membros. MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In: A força dos Precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 181-281.

Direito.<sup>287</sup>

SILVA observa que o sistema que consagra o precedente obrigatório não afasta do juiz sua liberdade de convicção, ressaltando que a liberdade de convicção do magistrado não consiste em atribuir a este carta branca para decidir o caso ao seu livre alvedrio. Não se admite atuação desunida do entendimento dos tribunais a quem o juiz está vinculado, com o fundamento de que deve ser garantida a sua livre convicção, pois a liberdade do juiz não apaga a realidade de que é parte integrante de um todo, o Poder Judiciário.<sup>288</sup>

A liberdade de convicção do juiz se refere à exigência que é dada a ele de avaliar o conjunto probatório constante nos autos, relevando uma ou outra prova, até chegar a uma conclusão sobre a verdade dos fatos. E um sistema judicial que respeita os precedentes, não tem por finalidade retirar do juiz sua liberdade na avaliação das provas. Impõe apenas a observância do juiz quanto ao entendimento consagrado pelos tribunais sobre o direito aplicável à espécie, mas somente quando o caso reunir as condições de fato que permitam a incidência daquele entendimento.<sup>289</sup>

Pode-se concluir então que, quando a declaração de inconstitucionalidade se der via concentrada seu efeito será vinculante e com o efeito *ex tunc* dessa declaração, uma vez alegada a inconstitucionalidade a fim de desconstituir a coisa julgada, o juiz, em tese, estaria vinculado à decisão do STF. Porém, mesmo no controle abstrato, pode-se modular os efeitos da declaração e assim há que se fazer um estudo sobre os limites da relativização da coisa julgada, ou seja, em qualquer situação pode-se relativizar a coisa julgada inconstitucional ou deve-se proteger o cidadão, o contribuinte, o consumidor?

### **3.3 Relativização da coisa julgada e proteção aos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.**

O magistrado ao se deparar com uma ação objetivando a relativização da coisa julgada com fundamento numa declaração de inconstitucionalidade deve

---

<sup>287</sup> SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. *Op. cit.*, p.169.

<sup>288</sup> *Ibidem*. p.170

analisar cada caso concreto posto a sua apreciação, pois existem situações onde é impossível de se desconstituir os efeitos da sentença transitada em julgado, sob pena de ferir importantes princípios como o da boa-fé e o da dignidade da pessoa humana.

Parte da doutrina tem imposto temperamentos à interpretação da regra de efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, que foram incorporados pelo art. 27 da Lei 9.868/99. Na esfera dos direitos privados, a necessidade de preservar a boa-fé é que justifica o temperamento e, no plano do direito público, a presunção de legitimidade dos atos emanados de autoridade pública.<sup>290</sup>

WAMBIER e MEDINA demonstram que esta “atenuação” ou “temperamentos” ocorreram em diversas vezes em que o STF, adotando a teoria do “funcionário de fato”, do direito administrativo, “apesar de declarar a inconstitucionalidade de lei de investidura de pessoas em cargos públicos, decidiu que seriam válidos e eficazes os atos por essas pessoas praticados, resguardando a situação dos administrados de boa fé.” (RTJ82/791, 87/758, 95/993, 97/1369, 101/503,102/671,146/461, RTJ96/496).<sup>291</sup>

No direito tributário, essa matéria ganha relevo considerando que nesta área se encontra a maior quantidade de demandas que envolvem “a análise de decisões judiciais, muitas delas já transitadas em julgado fundadas em normas supostamente inconstitucionais. Vive-se, como bem destacado pela doutrina, um momento de constitucionalização das lides tributárias (...)”<sup>292</sup>

No entanto, não há necessidade de santificar a coisa julgada para proteger o contribuinte e assim afrontar outros princípios constitucionais, mas buscar na própria Constituição por meio dos princípios da boa-fé, da razoabilidade, da moralidade e da previsibilidade, dentre outros “uma interpretação constitucional que não permita a manutenção de coisa julgada que ofenda a Lei Fundamental, mas que também não deixe o cidadão contribuinte desamparado de proteção e

---

<sup>289</sup> *Idem.*

<sup>290</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. *Op. cit.*, p.42-43.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>292</sup> RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa Julgada Inconstitucional em Matéria Tributária*. Defesa em agosto de 2006 no Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado, da Faculdade de Direito do Recife. Disponível em: [http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/coisa-julgada-inconstitucional-em-materia-tributaria/id/38189844.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/coisa-julgada-inconstitucional-em-materia-tributaria/id/38189844.html) Acesso em 29 out. 2012.

segurança, principalmente nas questões tributárias.”<sup>293</sup>

Para Fernando Facury SCAFF,<sup>294</sup> o princípio da isonomia fiscal, previsto no art. 150, II, CF veda ao Poder Público o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.<sup>295</sup> Será isonômico manter essa distorção ou “haverá aí uma “razão suficiente” (Alexy) que determine a revisão da coisa julgada, relativizando a Segurança Jurídica?”<sup>296</sup>

Entende que os efeitos da coisa julgada não são imutáveis no tempo, “especialmente em matéria tributária, e que sua rigidez pode ser relativizada em algumas situações, a mais comum delas a chamada de coisa julgada inconstitucional.”<sup>297</sup>

A segurança jurídica equivale à confiança depositada pelos particulares sobre os atos administrativos, pois estes, tendo em vista o princípio da legalidade gozam de presunção de legitimidade. Em matéria tributária o princípio da segurança jurídica protege o cidadão no intuito de que os atos praticados pelo ente tributário não mudarão de forma repentina uma interpretação na aplicação de um tributo, nem exigir a cobrança de forma retroativa.

Entende BARBOZA que a segurança jurídica para o direito tributário “seria a capacidade de previsão e adequação do contribuinte, cidadão, às exações tributárias que deverá suportar em virtude de previsão constitucional e legal.” Não se pode falar em segurança jurídica quando existem decisões conflitantes sobre assuntos exatamente idênticos. No Estado Democrático de Direito o princípio da segurança jurídica exige que a norma deva valer para todos, sendo a igualdade um

---

<sup>293</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da coisa julgada tributária inconstitucional x princípio da segurança jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 129, p. 35-49. jun. 2006.

<sup>294</sup> SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Nº 5. Jan/dez/2005. p. 155/178. Trata do desequilíbrio nas condições normais de concorrência, fruto de uma decisão judicial transitada em julgado sobre matéria tributária que alcança a um contribuinte, ou a um pequeno número deles, sendo que os demais que concorrem no mesmo mercado econômico, em situações jurídicas idênticas, obtiveram decisões diversas daquela. Um dos grupos pode ter sido privilegiado ou onerado com a decisão transitada em julgado, o que determinará a posição na relação processual indicada: como autores, em caso de terem sido prejudicados; ou como réus, em caso de terem sido beneficiários. Traz a debate o princípio a segurança jurídica. “capitaneado pela concretude de uma decisão judicial transitada em julgado” já ultrapasso o prazo para a proposição de ação rescisória, e o da isonomia, “ínsito a um sistema de Livre Concorrência no seio do Estado Social e Democrático de Direito, fulcral para o desenvolvimento do sistema capitalista.”

<sup>295</sup> *Ibidem*, p.163

<sup>296</sup> *Ibidem*, p.165

<sup>297</sup> *Ibidem*, p.166

outro atributo da segurança.<sup>298</sup>

O voto do Ministro DELGADO, no julgamento do REsp. 96.213/MG mostra seu posicionamento sobre a matéria afirmando que é impossível que uma decisão judicial permita que uma empresa não pague tributo, mesmo por certo período, enquanto outras empresas são obrigadas a pagá-lo, apenas, porque, de modo contrário ao assentado pelo Supremo Tribunal Federal, uma decisão judicial assim se impõe.<sup>299</sup>

Nesse sentido, o REsp. 194.276/RS que, julgando ação rescisória, proposta por contribuinte vencido em demanda contra exigência tributária, posteriormente declarada inconstitucional pelo STF entendeu que a coisa julgada tributária “não deve prevalecer para determinar que o contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias.”<sup>300</sup>

Para BARBOZA, a “igualdade é base da segurança jurídica, assim como o é a justiça”, não se aceitando mais a concepção tradicional de que “a segurança jurídica traduz-se na coisa julgada, e que, portanto, seria apenas a imutabilidade e a intangibilidade das decisões judiciais que transitaram em julgado.”<sup>301</sup>

Uma questão polêmica da seara tributária é quando uma decisão do STF pela constitucionalidade ou não de uma lei tributária, em sede de controle difuso, se acha acobertada pela *res judicata* para quem propôs tal ação, mas, posteriormente, por meio de controle concentrado tem-se a mesma lei julgada de forma contrária à primeira demanda difusa. Como proceder em tal situação? A coisa julgada da primeira lide seria desconsiderada?

Resta fazer análise sobre o limite de relativização da coisa julgada em cada uma das hipóteses em que o STF pode proceder ao controle de constitucionalidade das leis:

a) No controle concentrado com declaração de inconstitucionalidade, quando o STF reconhece que os contribuintes não têm que recolher o tributo da

---

<sup>298</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*

<sup>299</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 96.213/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, unânime, DJ de 06 out. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 01 ago.2012.

<sup>300</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 1ª T. REsp. 194.276/RS. Rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 29.03.1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez. 2012.

<sup>301</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Relativização da coisa julgada tributária inconstitucional*. x princípio da segurança jurídica. *Op. cit.*

forma pretendida pelo Fisco, caso existam contribuintes que ao litigar com o Fisco tenham obtido decisão que os obrigou ao pagamento, “mesmo que transitado em julgado, este provimento não deve prevalecer, pois normas inconstitucionais não podem gerar efeitos.”<sup>302</sup>

Pode ser pleiteado junto ao STF, por meio de uma Reclamação, sem haver prazo algum, a garantia da autoridade de suas decisões, ou seja, da Supremacia da Constituição, cabendo neste caso a devolução (repetição ou compensação) do que tiver sido pago de forma indevida, se for conferido o efeito *ex tunc*. No entanto, se for conferido efeito futuro ou a partir do trânsito em julgado da ação de controle concentrado de inconstitucionalidade, conforme preceitua o art. 27 da Lei 9868/99 “deve-se excepcionar deste entendimento sobre o desfazimento da coisa julgada e a devolução do dinheiro pago”<sup>303</sup>.

Qualquer que seja o efeito atribuído pelo STF à decisão de controle concentrado, “se danos tiverem sido ocasionados em face desta imposição fiscal inconstitucional - inclusive no âmbito concorrencial -, será devida uma cabal indenização, incluindo os lucros cessantes.”<sup>304</sup>

Já Barbosa Moreira não concorda com esse entendimento e somente o aceita quando a sentença haja aplicado lei que já tenha sido declarada inconstitucional pela Corte Suprema, ou seja, tenha sido proferida “a posteriori” da declaração abstrata de inconstitucionalidade. Estabelece ainda o prazo de dois anos, e por meio de ação rescisória, para a hipótese de decisão difusa proferida após ter sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo controle concentrado.<sup>305</sup>

b) No controle concentrado com declaração de constitucionalidade, o STF declara que uma norma tributária é constitucional reconhecendo que a incidência instituída pelo Fisco está adequada e os contribuintes devem pagar tributo. Se houver decisões proferidas em controle difuso, transitadas em julgado, que decidiram pela inconstitucionalidade da norma, a doutrina e a jurisprudência praticamente silenciam acerca desta hipótese, tratando a situação dos efeitos da

---

<sup>302</sup> SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>303</sup> *Ibidem.* p.169

<sup>304</sup> *Idem.*

<sup>305</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 111.

declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade de forma idêntica.

A respeito da cobrança do que não foi pago em decorrência das decisões proferidas por intermédio de controle difuso e transitadas em julgado há que se verificar o art. 27 da 9868/99 que determina que os efeitos dessa declaração podem receber três diferentes alcances: “*ex tunc* (retroativos, regra geral), *ex nunc* (a partir da data do trânsito em julgado da ação que declara a constitucionalidade da norma), ou projetados para um data futura determinada pelo STF”.<sup>306</sup> Se for *ex tunc* deve ser cobrado sem juros de qualquer espécie e sem multas pois não se trata de atraso no pagamento, mas do “exercício de um direito amparado na Constituição que foi desconstituído em razão de uma decisão posterior do STF pela constitucionalidade da norma”, devendo retroagir onerando o que estava desonerado em face de uma decisão judicial transitada em julgado em processo difuso.<sup>307</sup>

Para Elenilson Cunha PONTES, esta decisão não pode ter efeito *ex tunc* (retroativo) que é regra geral em face de que o Princípio da Irretroatividade Tributária só pode ocorrer para beneficiar o contribuinte, jamais onerá-lo. Ressalta que a segurança jurídica é um dos fundamentos axiológicos e normativos do Estado Democrático de Direito, não podendo o Estado valer-se de sua conduta para induzir a erro o particular, em razão de atitude contraditória. Não pode o contribuinte ser obrigado ao recolhimento do tributo, retroativamente, já que observou o comando existente na decisão que era válido e eficaz.<sup>308</sup>

Já SCAFF entende que para fins concorrenciais os efeitos da decisão concentrada que declara a constitucionalidade da norma tributária deve retroagir onerando quem estava desonerado em face de uma decisão judicial transitada em julgado em processo difuso, sob pena de desrespeito ao Princípio da Livre Concorrência.<sup>309</sup> Se houver a projeção dos efeitos da decisão concentrada de constitucionalidade para data do seu trânsito em julgado ou para início da eficácia em data futura, aqueles que pagaram os tributos serão os prejudicados, restando-lhes o direito de responsabilizar civilmente o Estado na forma do art. 37 § 6º, da

---

<sup>306</sup> SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. *Op. cit.* p. 170.

<sup>307</sup> *Idem.*

<sup>308</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade. Op. cit.*, p.167/174

<sup>309</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Op. Cit.* p. 170

Constituição em face da quebra do Princípio da Isonomia.

Sintetiza que a isonomia de tratamento fiscal deve prevalecer, afirmando que:

(...) tendo o Supremo Tribunal Federal se pronunciado pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de uma norma, todas as decisões proferidas em controle difuso (concreto) devem seguir aquela determinação, mesmo que já tenham transitado em julgado, e mesmo que o prazo de dois anos para a interposição da ação rescisória já tenha se esgotado. O instrumento jurídico é a Reclamação.<sup>310</sup>

c) No controle difuso com declaração de inconstitucionalidade, se o STF declara que uma determinada norma é inconstitucional, como ficam os contribuintes que obtiveram decisões, também no controle difuso, por outros órgãos jurisdicionais, que declararam a constitucionalidade da mesma norma, e os processos já transitaram em julgado tendo passado o prazo de ação rescisória? Para SCAFF, os contribuintes alcançados pela decisão do STF serão desonerados, e os demais onerados pela imposição tributária. Estes, mesmo que já tenha passado mais de dois anos do trânsito em julgado, “têm o direito de ir ao STF pedir a recomposição jurídico-econômica da situação em face da violação ao Princípio da Isonomia”<sup>311</sup> Deverá ocorrer por meio da relativização da coisa julgada que decidiu pela constitucionalidade da norma, em contradição com o que decidiu o STF, por meio de uma Reclamação dirigida ao STF para preservação da autoridade de suas decisões e havendo dano a ser imputado ao Estado (o que inclui o Poder Judiciário) este deverá ser indenizado.<sup>312</sup>

Como exemplo, a decisão o RE 116.121<sup>313</sup> que declarou inconstitucional a lei municipal de Santos (SP) referente à cobrança de ISS sobre locação de bens móveis (Decreto-lei 406/68 – que permitia que os Municípios estabelecessem em suas leis ordinárias a hipótese de incidência do ISS sobre a locação de bens

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p.171

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 174/175.

<sup>313</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 116.121/SP. Relator Min. Octavio Gallotti, julgamento em 11/10/2000, publicado no DJ 25/05/2001. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 dez 2012.

móveis). Como essa decisão foi proferida no controle difuso de constitucionalidade, seria necessário que a legislação de cada um dos municípios brasileiros fosse atacada a fim de ser declarada sua inconstitucionalidade. Como o Senado não fez cessar a validade da norma do município de Santos (SP), os contribuintes vêm propondo ações em cada município objetivando a repetição de indébito ou a compensação do que foi pago indevidamente.<sup>314</sup>

Para SCAFF, o problema da livre concorrência sobressai com maior intensidade quando existe conflito entre duas decisões de controle difuso sendo uma delas do STF e outra de órgãos jurisdicionais inferiores, ocasionado variação do preço de bens e serviços de empresa para empresa dentro do mesmo município.

d) No controle difuso com declaração de constitucionalidade, o STF declara de forma difusa a constitucionalidade da norma, e existem decisões anteriores em controle difuso declarando-a inconstitucional por outros órgãos do Poder Judiciário. Neste caso, ocorre a existência de contribuintes onerados pelo pagamento do tributo na forma estabelecida pela lei declarada constitucional pelo STF em controle difuso e outros contribuintes desonerados do pagamento em face de outro provimento jurisdicional, transitado em julgado há mais de dois anos, exarado por outro órgão jurisdicional.

Neste caso, SCAFF entende que o Fisco interessado também estará legitimado a ingressar perante o STF com uma Reclamatória para a preservação da autoridade de suas decisões pedindo a relativização da coisa julgada que decidiu pela inconstitucionalidade da norma, formalizada por meio de outros tribunais em contradição com o que decidiu o STF. Estão legitimados processualmente também os contribuintes que estiverem sendo onerados pela concorrência desleal. E, havendo dano a ser imputado ao estado, este deverá ser indenizado.<sup>315</sup>

E conclui:

Os Princípios Jurídicos não podem ser aplicados na base do “tudo ou nada”,

---

<sup>314</sup> Em face da existência de problemas de obter o efeito *erga omnes* da decisão foi proposta pela CNC – Confederação Nacional do Comércio a ADI nº 3142 Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 02 dez 2012.

Já havia ocorrido o *leading case* no RE 166.772, relator Min. Marco Aurélio e julgado em 12.05.1994, mas a CNI, visando uniformizar o entendimento, propôs a ADI 1.102-, tendo como relator o Min. Paulo Brossard, e que obteve liminar em 04.08.1994. Se trata da contribuição previdenciária sobre o *pro labore* e, após a decisão em controle difuso pela inconstitucionalidade, foi proposta uma ação direta para que, através do controle concentrado fosse obtido efeito vinculante e *erga omnes*.

<sup>315</sup> *Ibidem*. p. 175.

devendo sofrer relativizações. Mesmo o Princípio da Segurança Jurídica, que ampara a *coisa julgada*, um dos mais importantes de nosso sistema jurídico, deve sofrer mitigação em face da violação do Princípio da Livre Concorrência, cuja base se encontra a Isonomia.<sup>316</sup>

O Poder Judiciário já examinou a situação, no âmbito tributário, em que os juízos monocráticos ou tribunais decidiram sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada lei, havendo o trânsito em julgado e, posteriormente, o STF decidiu em sentido contrário. Como exemplo, a decisão sobre a contribuição social incidente referente à remuneração paga a administradores e autônomos, regulada pelo art. 3º, I, da lei 7.787/89 que foi declarada constitucional por vários Tribunais Regionais Federais, ocorrendo o trânsito em julgado dessas decisões.

Posteriormente, o STF, em controle difuso, por meio do RE 166.772-9<sup>317</sup>, e depois em controle concentrado – ADI 1102,<sup>318</sup> declarou a inconstitucionalidade de lei, o que ocasionou a proposição de ações rescisórias junto ao STJ com a finalidade de rescindir as decisões judiciais, sob o fundamento de violação literal da disposição da lei (art. 485, V, do CPC). O STJ acatou o fundamento sustentando que a uniformização da jurisprudência implica em observância da isonomia, haja vista que os contribuintes que se encontrem na mesma situação devem ser tratados de forma isonômica, devendo a segurança jurídica, princípio sobre o qual está assentada a coisa julgada, ceder diante do conflito da isonomia. Neste sentido a decisão proferida no REsp 218.354/RS.<sup>319</sup>

Há situação em que a União deparou-se com situação idêntica, só que a seu favor, como, por exemplo, o questionamento sobre a Lei 7.689/88 em ações individuais, relativamente à contribuição social sobre o lucro líquido, obtendo os contribuintes decisão pela inconstitucionalidade da mencionada lei. Posteriormente, o STF declarou a constitucionalidade daquela contribuição (RE 146.733<sup>320</sup> e

---

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 166.772-9/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado DJ 16-12-1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13 jan. 2013.

<sup>318</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1102/DF. Rel. Min. Maurício Correia. Julgamento: 05/10/95 Publicação DJ 17/11/1995 pp. 39205. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

<sup>319</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 218.354/RS Rel. Min. José Delgado, DJ, 11.10.1999. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

<sup>320</sup> BRASIL. Supremo tribunal Federal. RE 146.733/SP. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 06.11.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Aceso em 20 nov. 2012.

138.284<sup>321</sup>), com exceção apenas do lucro relativo ao ano de 1988.

A União então ingressou com ação rescisória para desconstituir os julgados anteriores que passaram em julgado, e o STJ julgou procedente o pedido, entendendo inaplicável a Súmula n. 343/STF<sup>322</sup> quando se tratar de matéria de índole constitucional, além de que, na hipótese em exame o tema discutido não era controverso à época da prolação do acórdão rescindendo razão para afastar a incidência da mencionada súmula, firmando entendimento pela possibilidade de utilização da ação rescisória como instrumento de uniformização da jurisprudência, garantidor da isonomia.<sup>323</sup>

Para PONTES, face ao efeito desconstitutivo da ação rescisória, retirando o julgado do mundo jurídico (via de regra, efeitos *ex tunc*) “não se encontra na jurisprudência daquele Tribunal um debate mais aprofundado acerca dos efeitos da procedência da ação rescisória proposta pela União Federal sobre as relações jurídicas tributárias que serão restauradas.”<sup>324</sup>

Schubert Farias MACHADO defende que quando se trata de ação direta, seja de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, essa decisão do STF tem efeito vinculante e contra todos. E nesse caso:

(...) a decisão do Supremo muda o direito objetivo sobre o qual se funda a decisão que transitara em julgado e vinha expandindo seus efeitos para o futuro. Por isso, o contribuinte que vinha deixando de pagar determinado tributo por força da coisa julgada que regulava uma relação jurídica contínua, passa a ser obrigado a recolher esse mesmo tributo, a partir da data em que se tornar definitiva a referida decisão do STF. As relações jurídicas anteriormente consumadas, todavia, não são alcançadas de forma automática e com relação a elas coisa julgada somente poderá ser desconstituída na parte que não implicar cobrança de tributo sobre fatos passados (anteriores à decisão do STF), por força da garantia constitucional da irretroatividade da norma tributária, que é conferida ao cidadão contra o poder do Estado-Fisco.<sup>325</sup>

---

<sup>321</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 138.284/CE. Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ de 28.08.92. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov.2012.

<sup>322</sup> Súmula 343, do Superior Tribunal Federal: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>323</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 215.198/PE. Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 30.06.2003, p. 162. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 dez.2012.

<sup>324</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>325</sup> MACHADO, Schubert Farias. Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito. (coord). *Coisa Julgada Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006, p.398.

Quando a inconstitucionalidade é declarada pelo STF no exercício do controle difuso, o contribuinte poderá ser considerado em mora após a publicação da resolução pelo Senado Federal, que excluir a norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ou como resultado de ação rescisória somente com respeito aos fatos que vierem a ocorrer depois de sua citação na referida ação, embora a questão não esteja pacificada.

MARTINS sobre a garantia a direitos fundamentais que pertine ao STF cita Hugo de Brito MACHADO:

Basta a simples leitura do art. 5º, e seus incisos, da Constituição, para que não se tenha mais dúvida de que as garantias constitucionais nele enumeradas destinam-se à proteção dos cidadãos, especialmente contra o Estado. E como o direito é na verdade um sistema de limites ao poder, não há exagero em afirmar-se que as garantias jurídicas em geral destinam-se aos administrados, e ainda quando se destinam à sociedade deve esta ser compreendida como agrupamento de indivíduos distinto do Estado enquanto pessoa.<sup>326</sup>

O STF, por meio do Ministro Celso de Mello já afirmou que os princípios constitucionais da tributação, como limitação da competência tributária, operam apenas a favor do contribuinte, contra o poder estatal.<sup>327</sup>

Para BARBOZA, a segurança jurídica deve ser entendida enquanto valor a ser protegido em favor do contribuinte, do cidadão, e não do Fisco. O contribuinte deve ter a segurança de que a Constituição Federal seja aplicada.<sup>328</sup>

Não seria justo que a Suprema Corte, quando alterasse reiterada jurisprudência a favor do particular, declarasse caber o ônus de seu `erro`, de sua `instabilidade decisória` exclusivamente ao cidadão. Nada macularia mais a lei suprema e o regime democrático a visão segundo a qual “quando o Estado erra, seja imposto ao cidadão suportar todos os ônus do equívoco, e não ao ente estatal.” E a lesão que o cidadão tenha que suportar, por ter confiado que o guardião da

---

<sup>326</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. *Op. Cit.*, p.471

<sup>327</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 712 MC/DF Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.1993, em cuja ementa está dito, entre outras coisas, que o princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto como uma garantia constitucional “instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação.” E ainda, que se trata, “à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que – por traduzir limitação ao poder de tributar – é tão-somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado.” Publicado no DJ 19/02/1993 pp-02032. (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

<sup>328</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Relativização da coisa julgada tributária*

Constituição realmente a guardava e definia qual era a melhor interpretação do direito, poderá ser ressarcida pelo Estado.<sup>329</sup>

O princípio da proteção da confiança decorre, pois, da boa-fé, significando que o Fisco não poderá prejudicar os interesses do contribuinte, se este agiu conforme a legislação vigente à época do ato. A boa-fé atua aqui como um limitador de ações por parte do Fisco, pois a segurança jurídica protege o cidadão e não o Estado.

No caso, deve-se buscar atenuar os efeitos da decisão, “conjugando-se outros princípios constitucionais que protegem o contribuinte, tais como o princípio da boa-fé, o princípio da previsibilidade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.”

E o princípio da proteção da confiança visa dar ao cidadão uma maior segurança e estabilidade de forma a facilitar previsões financeiras sem prejudicar a contabilidade da empresa. Este princípio decorre da boa-fé e significa que o fisco não poderá prejudicar os interesses do contribuinte.

E por esta razão há autores que defendem que a coisa julgada favorável ao contribuinte não pode ser objeto de revisão por ação rescisória. “Até porque não há que se falar em boa-fé do Fisco, uma vez que é este quem edita as normas ou elabora os projetos de lei tributária que instituem ou majoram os tributos, a proteção deve, sim, ser feita ao sujeito passivo, o contribuinte.”<sup>330</sup>

Deste modo, tem-se que é possível defender a desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei na qual se baseou o acórdão rescindendo, quer por ação rescisória (art. 485, V, do CPC), quer por embargos à execução, quer, ainda, por meio de ação autônoma, declaratória de nulidade, independentemente de prazo decadencial ou prescricional, uma vez que considerado o ato judicial inconstitucional como nulo.

A relativização da coisa julgada tendo por critério a inconstitucionalidade de lei declarada em sede de controle concentrado, em sede de controle difuso (desde

---

*inconstitucional*. x princípio da segurança jurídica. *Op. cit.*, pp. 35-49.

<sup>329</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. *Op. cit.*, p. 472.

<sup>330</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Relativização da coisa julgada tributária inconstitucional*. x princípio da segurança jurídica. *Op. Cit.*, pp. 35-49.

que sua execução seja suspensa pelo Senado, ou considerado a objetivação do controle difuso) ou em súmula vinculante, por ser suficientemente objetiva, não ofende, de modo algum, o princípio da segurança jurídica, mas, ao contrário, o preserva, na medida em que consolida a supremacia da Constituição, afinal a segurança jurídica não é só a imutabilidade das decisões, mas a garantia dos Direitos Fundamentais e da Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito para a efetividade dos seus postulados, dos seus princípios e das regras depende da atuação de todos os Poderes, destacando-se o Poder Judiciário quando da emissão de decisões Judiciais, a quem o Estado confere características que não possuem os atos dos demais Poderes: o caráter de imutabilidade e indiscutibilidade, por meio do instituto da coisa julgada.

Portanto, os atos praticados pelo Judiciário devem ser reexaminados se atentam contra as normas emanadas da Constituição Federal, adotando-se a concepção de que uma sentença, transitada em julgado, pode ser questionada se em desacordo com o texto constitucional, evitando-se, assim, a violação ao princípio da Supremacia da Constituição, que se sobrepõe a todos os demais.

Assim como a lei e os atos administrativos podem ser contrários à Constituição, as decisões também o podem, acarretando a coisa julgada inconstitucional, que mesmo transitada em julgado, não pode ser tolerada, por atribuir ao juiz poder igual ou superior ao da própria Constituição. Admitir a inexistência de meio impugnatório para vício de tal monta, significa cancelar a existência e permanência insanável, em nosso ordenamento jurídico, de atos judiciais que se mostram em dissonância com normas e princípios constitucionais.

Foi demonstrado que a coisa julgada foi ganhando nova roupagem, na qual a segurança jurídica não é somente a sua imutabilidade. É a tendência da nova era do processo civil com a reformulação de conceitos, com o objetivo de buscar a verdade e fornecer decisões justas, apesar de que a definição de justiça seja um campo movediço para definir.

Decorre então que a coisa julgada não pode suplantar a lei em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformar-se em instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Em razão disto, tem-se discutido na doutrina brasileira e inúmeros julgados o que se convencionou denominar relativização da coisa julgada.

Destarte, para aqueles que defendem a relativização da coisa julgada, esta deve conviver harmoniosamente com outras garantias constitucionais, tais como a da moralidade administrativa, do justo preço nas indenizações, do princípio da dignidade humana, a do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, da isonomia.

E, em casos de colisão, sopesando-se os valores em conflito, por meio do método da proporcionalidade combinado com a técnica da ponderação, há que se prestigiar a Supremacia da Constituição, hierarquicamente superior ao da segurança jurídica, consubstancia não só na coisa julgada, mas sim conformação desta com a interpretação da Constituição Federal.

Depois de caracterizada a coisa julgada inconstitucional foram analisados os meios de impugnação hábeis a desconstituí-la, ressalvando que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada, podendo ser o meio por excelência de impugnação à coisa julgada, ou seja, a ação rescisória, com fundamento no art. 485, inc. V, considerando para tanto a interpretação finalística e o inc. VII (documento novo – Exame de DNA) nas ações de investigação e reconhecimento de paternidade.

E, para não causar discussões, bastaria a aprovação de lei ordinária, acrescentando parágrafo ao artigo 495 do CPC, prescrevendo a não aplicação do prazo de dois anos para o ajuizamento de ação rescisória na hipótese de a sentença ser contrária à Constituição.

Também por meio do parágrafo único do art. art. 741, e 475-L, §1º do CPC, nos caso em que houver o pronunciamento do STF sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, admitindo-se a ação autônoma declaratória de nulidade (antiga *actio querela nullitatis*), ação declaratória de inexistência da coisa julgada, declaratória de nulidade da coisa julgada (querela nullitatis) e mandado de segurança.

Nos diversos casos analisados constatou-se que o princípio da segurança jurídica entrou em choque com outros princípios de absoluta grandeza, tais como a isonomia, moralidade, justo valor, não se podendo admitir, de forma incondicional, que a segurança sirva de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada, tornando-a imutável, imodificável e absoluta.

Disso conclui-se que admitir que a coisa julgada seja rompida nada tem de absurdo, é, ao contrário, medida excepcional que se justifica quando presente sério vício capaz de ameaçar a sua própria razão de ser, devendo ser uma medida de caráter extraordinário, que deve ser utilizada apenas em casos de extrema necessidade, e o Estado, por meio da jurisdição, deve sucumbir a ela.

Não se pode olvidar que desconstituir uma situação já imutável e indiscutível, implica em imensuráveis transtornos à parte prejudicada, como alteração da sua posição sócio-econômica e, inúmeras vezes afrontando o princípio da boa-fé e a dignidade da parte envolvida no conflito que já tinha por pacificada sua situação. Neste aspecto, após estudo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (difusa ou concentrada) constatou-se a possibilidade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para se deixar imunes as situações jurídicas fundadas em ato praticado de boa fé.

Constatou-se também que a tese da transcendência dos motivos determinantes apresenta-se como solução necessária à preservação da força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais.

No direito tributário, essa matéria ganha relevo considerando que nesta área se encontra a maior quantidade de demandas que envolvem a análise de decisões judiciais proferidas no controle difuso, já transitadas em julgado e, posteriormente, por meio do controle concentrado tem-se a lei julgada de forma contrária à primeira demanda difusa em decorrência da não vinculação das decisões do STF.

Foi constatado que a decisão desconforme à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade deve ser relativizada, por meio de uma reclamação junto ao STF para que garanta a autoridade de suas decisões, ou seja, da Supremacia da Constituição, cabendo devolução (repetição de indébito ou compensação) do que tiver sido pago pelo contribuinte de forma indevida, se for conferido o efeito *ex tunc*. E, qualquer que seja o efeito atribuído pelo STF à decisão, se danos tiverem sido ocasionados em face da imposição fiscal será devida a indenização.

Com relação ao Fisco estar legitimado para ingressar contra o contribuinte para a preservação da autoridade de suas decisões, requerendo a relativização da coisa julgada que decidiu pela inconstitucionalidade da norma, comunga-se com o entendimento de Hugo de Brito MACHADO e Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA de que as garantias constitucionais da tributação operam apenas a favor do contribuinte, do cidadão e não do Fisco, atuando a boa-fé, o princípio da previsibilidade, da proporcionalidade como um limitador de ações por parte do Fisco.

Destarte, não se pretende eliminar a coisa julgada, pelo contrário, quer-se

valorizar a coisa julgada no sentido de que ela existirá quando não for contrária à lei e à Constituição, visão esta da interpretação e aplicação das leis consoante a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Na medida em que não se perpetua uma decisão judicial inconstitucional realiza-se a segurança jurídica.

A relativização da coisa julgada ao contrário de desestabilizar o ordenamento jurídico, torna-o mais sólido, não se podendo afirmar, pois, que a coisa julgada esteja protegida pela própria Constituição até porque inexistente a taxaço constitucional de coisa julgada. Trata-se, na verdade, de instituto inteiramente regulado pela legislação infraconstitucional, sendo que a própria Constituição admite a ação rescisória ao tratar da competência dos tribunais, mostrando, assim, a relatividade da coisa julgada.

No Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica está garantida não só na imutabilidade das decisões, mas na garantia dos Direitos Fundamentais e da Constituição. Neste sentido, quando uma decisão estiver contrária aos direitos fundamentais representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema e, segundo a afirmação de Konrad Hesse o sacrifício de um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição.

Portanto, se a lei e os atos administrativos podem ser declarados inconstitucionais a qualquer tempo, nada mais sensato, justo e coerente, que a coisa julgada inconstitucional também o possa. Relativizar a coisa julgada inconstitucional em casos excepcionais é essencial para a Supremacia Constitucional e compatível com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 201-238.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.351-379.

\_\_\_\_\_. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. Salvador. JusPODIVM, 2006, p. 36.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4º. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *In Revista Dialética de Direito Processual*. Nº 22. SP: Dialética.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *In. Relativização da coisa julgada-enfoque crítico*. DIDIER JR, Fredie (Org). 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Relativização da coisa julgada tributária inconstitucional X princípio da segurança jurídica. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 129, p. 35-49, jun. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Evandro da Silva. *Coisa julgada Inconstitucional e limitação temporal para propositura da ação rescisória*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 12, n. 47, Abril a junho de 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Editora Brasília Jurídica. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1998.

\_\_\_\_\_. *O triunfo inacabado do Direito Constitucional*. In *Revista de Direito do Estado*. Nº 01. Jan/Mar/2006. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, abr./mai. 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual: *IN: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 289-306.

\_\_\_\_\_. Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *In Relativização da Coisa julgada – enfoque crítico*. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual Civil*. Campinas: Bookseller. V. 1. 1ª Ed., 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 3ª Ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. N. 403.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre colisão de direitos fundamentais. *IN: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. nº 01 Mar/Ago; 2002.

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.239-286.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo*. V. II. Recife: Nossa Livraria, 2004.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a desconstituição e relativização da coisa julgada. *In*

*Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Nº 56. Abril-junho/2004.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.105-159.

\_\_\_\_\_. Efeitos da Coisa Julgada e os princípios constitucionais. In *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional*. Disponível em:

[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O\\_Princ%  
ran%  
Jur%  
addica.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O_Princ%c3%adpio_da_Segu_ran%c3%a7a_Jur%c3%addica.pdf?sequence=4). Acesso em 11 mai. 2012

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Francisco Barros. *Breve Análise Sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina129.doc>. Acesso em 22 jul. 2012.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2011.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, 7ª ed., Bahia: JusPODIVM, vol. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. A reclamação no processo civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n.16, mar./abr.2002.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda. 2000.

FAVOREU, Louis. *Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FISCHER, Octávio de Campos. Coisa Julgada inconstitucional em matéria tributária. In ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. Vol. 5, p. 259-279.

GONÇALVES, Elainy Morais. *A transcendência dos motivos determinantes e a força normativa da Constituição*. Disponível em: <http://estudandoodireito.blogspot.com.br/2008/04/bdjur-no-stj-transcendencia-dos-motivos.html>. Acesso em 13 jun. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – conflito entre princípio e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública*. Revista Trimestral de Direito Público. nº 02. São Paulo: Malheiros.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º volume, 7ª edição. Saraiva, 1994.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Relativização da coisa julgada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2848, 19 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18940>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IURK, Cassiano Luiz. *Coisa julgada e Súmula Vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da querella Nullitatis Sua subsistência no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MACHADO, Schubert Farias. Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito. (coord.). *Coisa Julgada Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ªed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização

da coisa julgada material). Didier Jr, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada- enfoque crítico*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

\_\_\_\_\_. O precedente na dimensão da igualdade, *In* MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.p. 247.

\_\_\_\_\_. Luiz Guilherme. *Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(14\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(14)%20-formatado.pdf) Acesso em: 31 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *A fazenda pública em juízo*. *In*: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.p. 299.

MARQUES, José Frederico, *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001, vol.3

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos prospectivos de decisões definitivas da Suprema Corte em matéria tributária. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.463-479.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Patrícia Perrone Campo. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Coisa Julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 87-103.

\_\_\_\_\_. *Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_06/processo\\_julgamento.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/processo_julgamento.htm)>

\_\_\_\_\_. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n.º 162 abr./ jun. 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas. D. *Mandado de segurança contra ato judicial*. Revista

*dos Tribunais* 682/09, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2006.

OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. SP: Dialética, 2005.p.167/174.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa Julgada Inconstitucional em Matéria Tributária*. Defesa em agosto de 2006 no Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado, da Faculdade de Direito do Recife. Disponível em: [http://biblioteca.universia.net/html\\_bura/ficha/params/title/coisa-julgada-inconstitucional-em-materia-tributaria/id/38189844.html](http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/coisa-julgada-inconstitucional-em-materia-tributaria/id/38189844.html) Acesso em 29 jul. 2012.

ROSAS, Roberto, *Devido processo legal: Proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 90. Janeiro 2001, vol. 783.

SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2<sup>a</sup>. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 381-414.

SANTOS, Claudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da revitalização coisa julgada no Brasil. IN: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Joyce Araújo dos. *Teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional: preservação das decisões judiciais à luz da segurança jurídica*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre Concorrência. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Nº 5. Jan/dez/2005. p. 155/178.

SILVA, Adailson Lima e. *Coisa Julgada de Chiovenda a Fazzalari*. In. LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:

Malheiros Editores Ltda. 16ª ed. 1999.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. Volume 1: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Sentença e coisa julgada *apud* Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, *Coisa Julgada – Controle difuso – Decisão Favorável à Fazenda Nacional – declaração de Inconstitucionalidade em Ação Distinta – Dispensa de Constituição de Crédito – MP 2.176- Alcance*, In Revista Dialética de Direito Tributário, nº 90.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996.

TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. (coordenadores) São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.) *Coisa julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.161-199.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. In *Revista da AGU*, do Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília, 2001

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo*

*Civil*. V.1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2008.

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

\_\_\_\_\_. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.307-336.

WAMBIER, Teresa Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada – Enfoque crítico*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.342-343.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa Julgada na Investigação de Paternidade*. *Jornal Síntese*, Porto Alegre, n.º 19. 1998.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. *Máxima da proporcionalidade aplicada: a quebra de sigilo bancário pelo Fisco e o direito fundamental à vida privada*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

\_\_\_\_\_. Orlando Luiz. *Questões Pacíficas e Temas Controvertidos sobre o Controle Concentrado de Constitucionalidade*. Jus Navegandi. n. 1.238. Disponível em:<[www.jus.com.br](http://www.jus.com.br)>. Acesso em 09 jun. 2012. Revista da AGU. n. 11. dezembro de 2006).

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em matéria constitucional. *In*: NERY JR, Nelson; WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.337-350.

ZIMMERMANN Augusto. *Princípios fundamentais e Interpretação constitucional*. Disponível em: [http://www.achegas.net/numero/nove/agosto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/agosto_zimmermann_09.htm). Acesso em: 31 ago. 2011.

## ANEXO 1 – SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO Nº 416/89 DA 1ª VARA DO TRABALHO DE PONTA GROSSA (PR)

Decisão proferida nos autos 416/89 da 1ª Vara do Trabalho de Ponta Grossa proferida pela Excelentíssima Juíza do Trabalho Suely Filippetto, *ad litteris et verbis*:

“A pessoa Jurídica que figura no pólo passivo da relação jurídica processual é sociedade de economia mista. Integra a administração pública indireta. Tem a sua administração, patrimônio e capital formados pela participação do Poder Público e de particulares. Submete-se, em sua atividade, a quatro princípios constitucionais: o princípio da legalidade, o princípio da impessoalidade, o princípio da moralidade e o princípio da publicidade e sob todos estes prismas em conjunto deve ser analisada a sua atividade administrativa.

Na situação ora sob julgamento constata-se a prática de atos pela demandada em desacordo com os princípios referidos. Vejamos.

O sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Ponta Grossa propôs, em 03-03-1989, ação visando ao pagamento de Adicional de Caráter Pessoal, em equiparação ao Banco Central do Brasil S/A aos integrantes da categoria profissional representada, tendo acompanhado a petição inicial o rol de empregados lotadas nas agências de Castro, Imbituva, Ipiranga, Irati, Palmeira, Pirai do Sul, Rebouças, Teixeira Soares, Tibagi, Ponta Grossa (fls. 85/101).

Expedida a citação para a agência do Banco-réu de Ponta Grossa, fez-se presente em audiência o Banco. Como preposto compareceu o substituído Hilário de Vicchi e como procurador o substituído Edmar Locks (fls. 104).

Os procuradores do Banco foram constituídos por substituídos, gerentes das agências. A resposta oferecida foi subscrita por pessoa que seria alcançada pelos efeitos do julgamento, pois parte material. Encerrou-se a instrução. Foi proferido o julgamento. O recurso interposto não foi admitido, pois o depósito recursal ficou aquém do mínimo legalmente exigido.

Das cópias da petição inicial da ação rescisória oferecida pelo Banco, providenciadas pela Secretaria da Junta em atenção à determinação desta presidência, constata-se que o recurso de agravo de instrumento interposto não foi conhecido por defeito de formação. Não foi apresentada certidão de intimação da decisão impugnada. Das mesmas peças, constata-se que a ação rescisória ajuizada foi também subscrita pelo substituído Cloter Migliorini, sendo julgada improcedente, sob o fundamento, em síntese, de que não cabe ação rescisória contra decisão que não enfrenta questão de mérito.

Percebe-se de tais fatos que agiram os litigantes de forma a aparentar a existência de pretensão resistida, quando na verdade buscavam, conjuntamente, o acolhimento do pedido. A parte passiva fez-se representar por sujeitos interessados jurídica e economicamente no êxito da pretensão. O depósito recursal foi efetuado em valor inferior ao devido na interposição do recurso ordinário. Houve deficiência na formação do recurso de agravo de instrumento.

Tais práticas revelam-se contrárias à lei, à moral, ferem o devido processo legal, o princípio do contraditório e a própria finalidade do processo. Afastam-se da ordem jurídica e não são sanadas pelos efeitos da coisa julgada. Vão de encontro aos princípios constitucionais supra referidos

e à luz dos quais devem ser interpretada e aplicada a legislação infraconstitucional, no caso o disposto nos artigos 129 e 598 do Código de Processo Civil, de incidência supletiva ao processo do trabalho (Consolidação das leis do Trabalho, art. 769 e 889). (grifos nossos)

Conquanto bem fundamentado o entendimento perfilhado pelo Ministério Público do Trabalho, às fls. 7285/7297, entendemos que o vício que macula o título executivo e, por conseguinte, a presente execução, considerando-se que sistematicamente a liquidação da sentença integra a execução, não está na citação, mas em todos os atos que se seguiram à propositura da ação.

Agiram os litigantes em colusão, simulando a relação processual para a obtenção de vantagem em questão sobre a qual não havia entendimento pacífico. Incorreram em fraude à lei e ao princípio constitucional do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5.º, XXXV e LIV). Transcrevo o inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (grifo meu).

Em face do oferecimento de resposta e da prática de demais atos processuais não se pode reputar nula a citação, por força do art. 214, § 2º, do Código de Processo Civil. Ainda, a nulidade da citação deveria ser argüida pela parte prejudicada e somente na fase cognitiva, através do recurso ordinário, não podendo ser reconhecida de ofício ou na fase de execução.

Não obstante o oferecimento de resposta e dos atos anteriormente referidos, constata-se a simulação. O Réu diligenciou, oferecendo resposta, interpondo recursos e propondo ação rescisória, porém tais atos foram praticados por quem detinha interesse na vitória da pretensão formulada e sempre fadados, “a priori”, ao insucesso, como visto.

Vale transcrever a lição de Celso Agrícola Barbi (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p 323): “O poder do juiz, para a repressão da fraude, é amplo, cabendo-lhe velar pela dignidade da Justiça, nos termos do art. 125. Usando dele, dará a solução que as circunstâncias aconselharem em cada caso do processo simulado ou fraudulento”.

Não vislumbro outra solução a não ser a prolação de sentença que obste o fim visado pelos litigantes, com escopo no art. 129 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo de execução (Código de Processo Civil, art. 598).

O art. 618, I, do Código de Processo Civil, estabelece que “é nula a execução: I – se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586).

Na lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR, “a certeza do título, requisito primeiro para legitimar a execução, decorre normalmente de perfeição formal em face da lei que o instituiu e da ausência de reservas à sua plena eficácia” (“Curso de Direito Civil”, volume II, 6.ª edição, Editora Forense, RJ, 1990, pág. 740).

No caso, o título executivo não se reveste desta condição, pois fruto de relação processual viciada, onde fizeram as vezes do réu os próprios interessados no resultado favorável da demanda, desvirtuando princípios constitucionais e processuais básicos, evidenciando a utilização indevida do processo.

No que tange à possibilidade de o juiz pronunciar de ofício a nulidade da execução, ARAKEN DE ASSIS cita o seguinte precedente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüida, independentemente de embargos do devedor, assim, como pode cumprir ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil” (Manual de Processo de Execução”, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, pág. 249).

Perfilhando a lição de ARAKEN DE ASSIS na obra citada, pág.

248, a quem peço vênia mais uma para transcrevê-la: “Em virtude da colocação sistemática da matéria, sentença que pronuncie a nulidade da execução por vício do título extinguirá o processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV)”, julgo EXTINTO o processo, nos termos da fundamentação supra (...)” (Grifos do autor).