

FLÁVIO ROBERTO FERREIRA DE LIMA

**DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA CIVIL: UM ESTUDO SOBRE A
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NAS MAIS ATUAIS E RELEVANTES
QUESTÕES APRECIADAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO
PÚBLICO BRASILEIRO.**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

RECIFE - 2008

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA CIVIL: UM ESTUDO SOBRE A
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA
SEGURANÇA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NAS MAIS ATUAIS E RELEVANTES
QUESTÕES APRECIADAS PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO
PÚBLICO BRASILEIRO.

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Universidade Católica de
Pernambuco, como requisito para obtenção
do título de Mestre em Direito, na sub-área
de Direito Processual Civil.

Flávio Roberto Ferreira de Lima

Recife, julho de 2008.

L732d

Lima, Flávio Roberto Ferreira de

Direito fundamental à coisa julgada civil : um estudo sobre a coisa julgada inconstitucional em confronto com o princípio da segurança jurídica e sua aplicação nas mais atuais e relevantes questões apreciadas pelo poder judiciário no âmbito do direito público brasileiro / Flávio Roberto Ferreira de Lima ; orientador Sérgio Teixeira Torres, 2008.

249 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação. Curso de Mestrado em Direito, 2008.

1. Direitos fundamentais. 2. Coisa julgada. 3. Direito público. 4. Direito processual. 5. Poder judiciário. I. Título.

CDU 347.9

FLÁVIO ROBERTO FERREIRA DE LIMA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Católica de Pernambuco.

Banca Examinadora:

PROF. DR. SÉRGIO TORRES TEIXEIRA
(ORIENTADOR)

PROF. DR. FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI
(MEMBRO-UNICAP)

PROF. DR. FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI
(MEMBRO-UFPE)

Aprovação: _____

Data da defesa: 21 de outubro de 2008.

RESUMO

Esta Dissertação tem por objetivo conceituar, analisar e interpretar a chamada coisa julgada inconstitucional no campo doutrinário, no seu tratamento normativo e na aplicação prática da jurisprudência dos tribunais nacionais, no âmbito do direito público. O Instituto da coisa julgada é tratado no direito brasileiro pelo Texto Constitucional, pelo Código de Processo Civil Brasileiro e pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, além de legislação esparsa. Ante a multiplicidade de esferas normativas cuidando do Instituto, para uma parte da doutrina, ele não teria proteção constitucional e poderia ser modificado e até abolido por normas infraconstitucionais. Por tal premissa, foi construída doutrina conhecida como “relativização da coisa julgada”, que vincula os efeitos da coisa julgada ao seu fundamento normativo de validade ou à justiça do *decisum*.

Face as características muito próprias do tema escolhido, - de desenvolvimento quase que exclusivo na doutrina nacional -, privilegiou-se o exame da doutrina e jurisprudência nacionais, sem olvidar, no entanto, as contribuições da doutrina estrangeira, quando, efetivamente, puderam auxiliar na análise das questões abordadas nesta Dissertação.

O texto apresenta as origens da coisa julgada e conceitua os elementos processuais essenciais para a compreensão do Instituto como categoria jurídico-processual. Examina o princípio da segurança jurídica, sua evolução histórica e sua interpretação no direito atual, bem como a natureza da coisa julgada como categoria normativa, face a posição que o Instituto ocupa no texto constitucional brasileiro. Aborda, também, a natureza jurídica das sentenças formadas em contrariedade à Constituição Federal vigente e os efeitos do posicionamento doutrinário que apregoa a inexistência da coisa julgada inconstitucional. Procede, ainda, ao estudo da nova redação dos arts. 475-L § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro, cristalizada pela Lei nº 11.232/2005, que acolheu, ao menos em parte, a teoria acima indicada. Por fim, dedica considerações sobre decisões judiciais representativas das dificuldades práticas que a aplicação do Instituto tem gerado na jurisprudência brasileira.

ABSTRACT

This essay has the objective to appraise, analyze and to interpret what is unconstitutional *res iudicata*, and in the practical application of jurisprudence of national courts in public law. The Institution of the *res iudicata* is treated in the Brazilian Law by the Constitutional Text, by the Brazilian Civil Process Code, besides the Law of the Introduction to the Brazilian Civil Code and sparse legislation. Due to the multiplicity of Law subjects taking care of the Institution, for one part of the doctrine, it would not have constitutional protection and it could be modified and even abolished under infraconstitutional norms. Under that premise, it was built the doctrine known as “relativism of the judged thing”, that links the effects of the *res iudicata* thing to its normative fundament of validity or the justice of *decisum*.

Once the chosen subject has its very own characteristics – of almost exclusive development in the national doctrine – it was privileged the doctrine exam and national jurisprudence, not failing to remember, nevertheless, the contributions of the foreign doctrine, when, effectively, they could support the analyzes of the approached issues in this Essay.

The text presents the origins of the *res iudicata* and classifies the essential process elements for the understanding of the Institution as a process-juridical category. It examines the principle of juridical reliability, its historical evolution and its interpretation in the current law, as well as, the nature of the judged thing as a normative category, to the Institution position in the Brazilian Constitutional text. It also mentions, the juridical nature of the formed sentences in rejoinder to the present Federal Constitution and the effects of the doctrinaire positioning that states the no existence of the unconstitutional *res iudicata*. Yet, it proceeds, to the study of the new writing of the articles 475-L § 1st and 741, single clause, of the Brazilian Process Civil Code, consolidated by the Law number 11.232/2005, that partially accepted, the above indicated theory. At last, it dedicates considerations on representative judicial decisions of practical difficulties that the application of the Institution has had in the brazilian jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg no Ag – Agravo regimental no agravo de instrumento
AgRg no CC – Agravo regimental no conflito de competência
AgRg no REsp – Agravo regimental no recurso especial
AgRg nos EDcl no CC – Agravo regimental nos embargos de declaração no conflito de competência
AI-AgR – Agravo regimental no agravo de instrumento
AO – Ação originária
CC – Conflito de Competência
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CPC – Código de Processo Civil Brasileiro
DJ(U) – Diário da Justiça da União
EDcl no CC – Embargos de declaração no conflito de competência
EDcl no REsp – Embargos de declaração no recurso especial
HC – Habeas corpus
j. – data do julgamento
Min. – Ministro
MS – Mandado de segurança
n. – número de item ou sub-item
nn. – números de item ou sub-item
p. – página
pp. – páginas
QO – Questão de Ordem
Rcl – Reclamação constitucional
RE – Recurso Extraordinário
RE-AgR – Agravo regimental no recurso extraordinário
rel. – relator
Rel. p/ acórdão – Relator designado para lavrar o acórdão
REsp – Recurso Especial
RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT – Editora Revista dos Tribunais
TRF – 1ª REGIÃO – Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF – 2ª REGIÃO – Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF – 4ª REGIÃO – Tribunal Regional Federal 4ª Região
TRF – 5ª REGIÃO – Tribunal Regional Federal da 5ª Região
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
v.u. – Votação unânime

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos os seus emissários que me ajudaram na caminhada até a apresentação final deste Trabalho.

Agradeço a meus pais **Adilson Lima**(*in memoriam*) e **Jardelina Lima** pelos esforços feitos por minha educação.

Agradeço à minha esposa **Sídia Porto Lima**, que nos momentos de maior dificuldade pôde segurar o barco.

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. **Sérgio Teixeira Torres**, pela disponibilidade em aceitar-me como orientando, embora seja uma das pessoas mais ocupadas que conheço.

Agradeço ao Prof. Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**, que é um mestre na expressão mais elevada da palavra, pelas sugestões feitas, pela bibliografia emprestada e pelo incentivo na minha formação jurídico-acadêmica.

Agradeço à **Dra. Fedra Simões**, ao **Dr. Stênio Barreiros** e à **Bacharelanda Giselle Andrade**, que por variadas formas, auxiliaram-me na execução do projeto de Dissertação.

Agradeço aos funcionários e servidores das bibliotecas da UNICAP, UFPE, JUSTIÇA FEDERAL e do CJF, pela sempre disponibilidade e cuidado que me atenderam.

Agradeço a todos aqueles que, em dado momento na evolução do projeto de Dissertação, procuraram colaborar com este Trabalho, quer indicando bibliografia ou emprestando-me textos, quer remetendo julgados interessantes, quer discutindo comigo algumas das posições tomadas neste Texto, quer ajudando-me de alguma forma ou mesmo me incentivando. Em especial, **Dr. Adonis Costa e Silva**, **Dr. Alexandre F. Pimentel**, **Dr. Manoel Severo**, **Dra. Virgínia Colares F. Alves**, **Dr. Bruno Novaes Cavalcanti**, **Dr. José Manuel Zeferino Galvão de Mello**, **Dr. Ubiratan de Couto Maurício**, **Dr. Francisco A. de Barros e Silva Neto**, **Dr. Justino Paulo F. dos Santos Júnior** e **Dr. José Elias Dubard Moura Rocha**.

DEDICATÓRIA

Dedico esta Dissertação à minha filha **Flávia Porto Ferreira de Lima**, que dos seus 6(seis) anos, faz tudo valer a pena.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 14 |
| CAPÍTULO I – ORIGENS ROMANA E CANÔNICA DA COISA JULGADA..... | 19 |
| 1. Justificação do Capítulo..... | 19 |
| 2. Razões para o estudo do direito romano..... | 19 |
| 3. A evolução do direito romano no período pré-classico..... | 20 |
| 3.1. Realeza..... | 20 |
| 3.2. República..... | 22 |
| 4. A evolução do direito romano no período clássico..... | 23 |
| 4.1. Principado..... | 23 |
| 4.2. Dominato..... | 24 |
| 5. A evolução do direito romano no período das codificações..... | 25 |
| 5.1. Codificações pré-justinianéias..... | 25 |
| 5.2. Codificações justinianéias(<i>Corpus Juris Civilis</i>)..... | 27 |
| 6. Evolução do direito processual romano..... | 27 |
| 6.1. Período conhecido como <i>Legis actiones</i> | 28 |
| 6.2. Período conhecido como <i>per formulas</i> ou formulário..... | 30 |
| 6.2.1. <i>Restitutio in integrum</i> | 34 |
| 6.2.2. Teoria das <i>Tria eadem</i> (Tríplice identidade ou três igualdades) como pressuposto da coisa julgada..... | 35 |
| 6.2.3. Sentença e coisa julgada..... | 37 |
| 6.3. Período conhecido como <i>extraordinaria cognitio</i> | 39 |
| 6.3.1. Fase do principado..... | 39 |
| 6.3.1.1. Sentença e coisa julgada..... | 41 |
| 6.3.2. Fase do Dominato..... | 42 |
| 6.3.2.1. Sentença e recurso..... | 43 |
| 6.3.3. Fase justiniana..... | 44 |
| 7. Coisa julgada no direito canônico..... | 45 |
| 7.1. Origens da Igreja católica apostólica cristã..... | 45 |
| 7.2. Legislação do direito canônico em vigor sobre a coisa julgada..... | 47 |
| 7.3. Trânsito em julgado no direito canônico..... | 48 |
| 7.4. Imutabilidade da coisa julgada no direito canônico..... | 49 |

| | |
|--|----|
| 7.5. Meios de impugnação das sentenças no direito canônico..... | 51 |
| 7.5.1. <i>Querela nullitatis</i> | 51 |
| 7.5.1.1. Competência..... | 53 |
| 7.5.1.2. Vícios insanáveis..... | 54 |
| 7.5.1.3. Vícios sanáveis..... | 54 |
| 7.7. <i>Restitutio in integrum</i> (Câns. 1645/1648)..... | 55 |
| 7.8. Principais distinções entre o Direito Processual Civil Brasileiro e o Direito Processual Canônico quanto à Coisa Julgada e seus consectários..... | 57 |
| 8. Conclusões do Capítulo..... | 58 |

| | |
|--|----|
| CAPÍTULO II - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA COISA JULGADA. | 61 |
| 1. Justificação do Capítulo..... | 61 |
| 2. Finalidade da coisa julgada..... | 61 |
| 3. Distinções entre coisa julgada formal e coisa julgada material..... | 62 |
| 4. Coisa julgada em seu aspecto objetivo..... | 66 |
| 4.1. Questões não apreciadas/não suscitadas(O deduzido e o dedutível)..... | 67 |
| 4.2. O dispositivo é a única parte da sentença faz coisa julgada..... | 69 |
| 4.3. Questões processuais e prejudiciais..... | 71 |
| 5. Conceito de coisa julgada em seu aspecto eficaz..... | 72 |
| 6. Eficácia da coisa julgada ultra-partes..... | 79 |
| 7. Elementos processuais integrantes da coisa julgada. | 83 |
| 8. Conclusões do Capítulo..... | 85 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO III - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA COISA JULGADA..... | 89 |
| 1. Justificação do Capítulo. | 89 |
| 2. Antecedentes históricos da segurança jurídica..... | 89 |
| 3. O positivismo jurídico como fundamento para a segurança jurídica..... | 91 |
| 4. Enfraquecimento do positivismo jurídico a partir da 2ª metade do Século XX..... | 96 |
| 5. Princípios da segurança jurídica e da confiança. | 100 |
| 6. A mitigação do princípio da segurança jurídica. | 105 |

| | |
|---|-----|
| 7. Princípio da segurança em confronto com o princípio da justiça em face da coisa julgada..... | 106 |
| 8. A mudança de entendimento das decisões judiciais em confronto com a segurança jurídica..... | 113 |
| 9. Conclusões do Capítulo..... | 118 |
| | |
| CAPÍTULO IV – O DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA..... | 121 |
| 1. Justificativa do Capítulo..... | 121 |
| 2. Relevância do estudo constitucional..... | 121 |
| 3. Conceito de direito fundamental..... | 123 |
| 3.1. Noções gerais..... | 123 |
| 3.2. Eficácia dos direitos fundamentais..... | 125 |
| 4. Coisa julgada como espécie de direito fundamental..... | 127 |
| 4.1. Contra a coisa julgada ter sede constitucional ou limitando seu alcance à lei..... | 128 |
| a) José Augusto Delgado..... | 128 |
| b) Guilherme Puchaski Teixeira | 129 |
| c) Paulo Roberto de Oliveira Lima | 131 |
| d) Humberto Theodoro Júnior | 133 |
| 4.2. A favor do caráter constitucional da coisa julgada, destacam-se os seguintes autores:..... | 133 |
| a) Francisco Wildo Lacerda Dantas..... | 133 |
| b) José Carlos Barbosa Moreira..... | 134 |
| c) Cândido Rangel Dinamarco..... | 134 |
| d) Gisele Santos Fernandes Góes..... | 135 |
| e) Luiz Guilherme Marinoni | 136 |
| f) Nelson Nery..... | 136 |
| 5. Colisão de Direitos Fundamentais..... | 138 |
| 5.1. Conceito | 138 |
| 5.2. Soluções para os conflitos entre direitos fundamentais | 139 |
| 5.3. Princípio da proporcionalidade como critério solucionador de colisões entre direitos fundamentais..... | 140 |
| 6. Conclusões do Capítulo..... | 143 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO V - A EXISTÊNCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 145 |
| 1. Justificativa do Capítulo..... | 145 |
| 2. A Teoria Pura do Direito como fundamento para invalidação das normas jurídicas..... | 145 |
| 3. A teoria kelseniana e a sentença inexistente no direito brasileiro..... | 151 |
| 4. As decisões judiciais contrárias ao ordenamento jurídico na teoria kelseniana..... | 156 |
| 5. O Conceito de Sistema pela doutrina de Canaris, como fundamento crítico à Teoria Pura do Direito, no que se refere ao seu distanciamento das questões fáticas..... | 160 |
| 6. As distinções necessárias entre inexistência e invalidade..... | 162 |
| 7. O sistema jurídico brasileiro e a existência da sentença inválida..... | 168 |
| 8. A natureza da decisão judicial inconstitucional na doutrina..... | 170 |
| 8.1. Autores que defendem a inexistência da sentença inconstitucional..... | 170 |
| 8.2. Autores que defendem a existência da sentença inconstitucional..... | 171 |
| 9. Conclusões do Capítulo..... | 174 |
| | |
| CAPÍTULO VI - REFLEXÕES SOBRE A COISA INCONSTITUCIONAL: UM EXAME DOS ARTS. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E 475-L, § 1º, AMBOS DO CPC..... | 176 |
| 1. Justificativa do Capítulo..... | 176 |
| 2. Evolução da legal da coisa julgada no direito brasileiro..... | 176 |
| 3. A natureza jurídica dos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC..... | 179 |
| 4. Alcance objetivo dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC..... | 183 |
| 5. Aspecto temporal de aplicação dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC..... | 187 |
| 6. Exame sobre a constitucionalidade dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC..... | 193 |
| 7. A inovação dos dispositivos em exame..... | 197 |
| 8. Conclusões do Capítulo..... | 198 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO VII – A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A COISA JULGADA NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO..... | 201 |
| 1. Justificativa do Capítulo..... | 201 |
| 2. Direito Tributário..... | 202 |
| a) Coisa Julgada e exercício fiscal..... | 203 |
| b) Cabimento da Ação Rescisória em face de mudança de posicionamento da jurisprudência..... | 204 |
| c) Atuação do fisco em face de tramitação de ação rescisória..... | 205 |
| 3. Direito Administrativo..... | 207 |
| 3.1. A diversidade posições do STJ, diante de casos concretos análogos..... | 207 |
| 3.2. A interpretação da coisa julgada inconstitucional na 1ª instância da Justiça Federal de Pernambuco..... | 212 |
| 3.3. A jurisprudência do STJ e do STF sobre a compensação de vantagem remuneratória: o caso do pagamento dos 28,86% em face das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93..... | 219 |
| 4. Direito Previdenciário..... | 224 |
| 5. Conclusões do Capítulo..... | 225 |
| CONCLUSÕES DA DISSERTAÇÃO..... | 228 |
| REFERÊNCIAS..... | 237 |

INTRODUÇÃO

No início do Século XX, enquanto o direito processual firmava sua autonomia doutrinária, **Chiovenda** sentenciava a morte das discussões sobre a coisa julgada¹, por falar que se teria pouco a dizer sobre o Instituto e aquilo que se viesse a escrever restaria inútil².

Inegavelmente **Chiovenda** se equivocou em sua afirmativa, olvidando que os temas acadêmicos, principalmente no campo das ciências sociais, nunca morrem, mesmo que aparentemente estejam esquecidos. As questões científicas às vezes parecem estar emparedadas por argumentos sólidos e já não causam mais polêmica. Trata-se, em verdade, de uma calmaria transitória, um estágio de hibernação doutrinário, durante o qual os assuntos ficam à espera da ousadia daqueles que os retirarão das prateleiras da Ciência e lhe injetarão o ânimo das novas idéias, restaurando-lhes a vitalidade e a importância.

A coisa julgada já passou por esse momento de apatia, no entanto, após o clássico trabalho de **Liebman**, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, editado no ano de 1935, o tema voltou a ser discutido com força nos mais diversos ordenamentos, inclusive no brasileiro³, formando, atualmente, caudalosa doutrina sobre o assunto⁴.

A coisa julgada embora seja Instituto de nítida feição processual, por estar, em boa parte, disciplinada por normas de direito processual, também é encontrada na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro e no texto da Constituição Federal

¹ Por uma questão de praticidade, toda vez que houver referência à coisa julgada nesta Dissertação, estar-se-á tratando da coisa julgada material. Quando for o caso de exame da coisa julgada formal haverá expressa indicação em tal sentido.

² Chiovenda, Giuseppe, *apud* Assis, Araken de, **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 215: “Della cosa giudicata diro poche cose ed assai brevemente; perchè sul vastissimo tema poço ormai resta a dire, che non sai inutile.”

³ O Código de Processo Civil brasileiro foi fortemente influenciado pela doutrina de **Liebman**, como destacou **Alfredo Buzaid** na exposição de motivos do CPC.(Exposição de Motivos do Código de Processo Civil Brasileiro. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

⁴ Destacam-se inúmeras obras monográficas sobre o tema, entre as quais, no Brasil, cito: Celso Neves. **Coisa Julgada civil**. São Paulo: RT, 1972, Egas Moniz Aragão. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, Paulo Roberto de Oliveira Lima. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: RT, 1997. Eduardo Talamini. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo, RT, 2005. Na Espanha: Jordi Nieva Fenoll. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier, 2006. Na Itália: Enrico Tullio Liebman. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, Trad. da edição italiana de 1935. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006. No direito português: Paulo Otero. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. No direito canônico: Frederica Bettetini. **Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della chiesa**. Pádua: Cedam, 2002.

de 1988. Esse múltiplo tratamento disciplinar, exige que um estudo minimamente consistente sobre a coisa julgada deve ingressar em aspectos do direito processual civil, direito constitucional e direito processual constitucional e da interpretação judicial. No campo não-dogmático o exame sobre a coisa julgada requer investigações no campo da história, filosofia, pois sem tais incursões o trabalho estaria fadado à superficialidade ou incompletude.

Nos últimos anos vários autores nacionais e alguns estrangeiros têm discutido as decisões judiciais que mesmo transitadas em julgado, apresentam-se, de alguma forma em contradição com o ordenamento jurídico, quer porque a lei(ou leis) que o julgado aplicou é(são) considerada(s) inconstitucional(is), quer porque o *decisum* adotou interpretação que implicou em afronta ao texto constitucional, quer, por fim, porque a execução do julgado implica em violação à Carta vigente.

Este trabalho encontra-se centrado no estudo da coisa julgada inconstitucional, sem olvidar os diversos temas a ela correlatos, que são essenciais para a compreensão do Instituto no momento atual e para sua adequada aplicação.

A coisa julgada em contradição ao texto constitucional vem sendo denominada, por grande parte dos processualistas, como “coisa julgada inconstitucional”. Tal expressão não é uma unanimidade na doutrina, havendo quem a repugne veementemente, como **Sérgio Nojiri**⁵, **José Carlos Barbosa Moreira**⁶ e **Érica Barbosa e Silva**⁷, que, em essência, alegam que a expressão possui uma contradição em seus próprios termos. Questionam os autores como se pode afirmar que um Instituto jurídico constitucional pode ser contrário a si mesmo(inconstitucional).

Para tais Autores não é a coisa julgada que é inconstitucional, mas a sentença que ela é oriunda. Terminologias à parte, a expressão “coisa julgada inconstitucional” popularizou-se, de modo que sua utilização vem sendo largamente aceita pela doutrina e jurisprudência dominantes.

⁵ **Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada**, Revista de Processo, São Paulo, nº 123, Ano 30, p. 123-141, maio de 2005.

⁶ **Considerações sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material**, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 33, Ano VI, p. 5-28, Jan-Fev/2005.

⁷ **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”**, Revista de Processo, São Paulo, nº 145, Ano 32, p. 83-105, Março/2007.

De fato, a sentença que transita em julgado e recebe a roupagem da imutabilidade (autoridade), passa a ser protegida pelo Instituto da coisa julgada. É o título judicial que ela formou, sob o manto da coisa julgada, que passa a ser considerado incompatível com o texto constitucional e não, propriamente, o Instituto da coisa julgada.

Em que pese a fundada oposição da terminologia empregada, a expressão é corrente na doutrina atual, de modo que passados tantos anos de produção de artigos e trabalhos sobre o tema, embora com certa imprecisão terminológica, não se pode mais afirmar como equívoco a utilização da expressão já consagrada doutrinariamente.

A chamada “relativização da coisa julgada”, em apertada síntese, embora sob diversos enfoques, tem por fundamento retirar do título judicial, total ou parcialmente, o seu poder executivo, esvaziando-o de conteúdo eficaz específico.

A coisa julgada geralmente é vinculada à imutabilidade do conteúdo sentencial e muitas vezes das suas próprias consequências (efeitos). Tal interpretação (imutabilidade dos efeitos) vem se apresentando equivocada em alguns julgados, implicando em distorção prejudicial para o ordenamento jurídico como um todo e, na maioria das vezes, em danos às Partes, em especial o Poder Público, contra as quais a maioria dessas decisões é dirigida. Essa posição judicial tem por fundamento a equivocada ideia de que a eficácia⁸ da sentença transitada em julgado torna seus efeitos específicos insensíveis a mudanças fáticas posteriores ao trânsito em julgado da sentença. No decorrer do presente trabalho, o tema é examinado onde se busca demonstrar a incorreção de tal posicionamento.

O trabalho adota o método lógico-dedutivo em que, através do estudo da doutrina, da legislação e de relevantes precedentes judiciais analisa os problemas mais atuais sobre o assunto, apresentando um cabedal de soluções que busca refletir o estudo empreendido.

Cada um dos Capítulos que compõe a presente dissertação apresenta uma conclusão própria, de modo a proporcionar ao leitor uma abordagem sumariada de cada uma das partes do trabalho, sem a necessidade de reportar-se, necessariamente, às conclusões finais que são apresentadas em forma de resumo das conclusões parciais.

⁸ Neste trabalho entendida como a força e o efeito do julgado, na lição de Pontes de Miranda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 122.

O trabalho é dividido em 7(sete) Capítulos, nos seguintes termos:

O 1º (primeiro) Capítulo é consagrado às origens da coisa julgada no direito romano e direito canônico, onde se busca apresentar um panorama histórico evolutivo do Instituto, de modo a subsidiar o leitor de informações úteis sobre os diversos assuntos examinados na Dissertação.

O 2º (segundo) Capítulo apresenta uma delimitação conceitual mínima sobre os diversos temas essenciais para a compreensão do Instituto da coisa julgada. O capítulo não tem a finalidade de esgotar cada um dos temas escolhidos, pois, certamente, cada qual, isoladamente, proporcionaria um trabalho monográfico próprio. Mesmo restringindo os temas a seus aspectos conceituais, aborda-se em cada um deles aspectos relevantes para a compreensão dos temas estudados no texto.

O 3º (terceiro) Capítulo reserva-se ao estudo do princípio da segurança jurídica e sua evolução histórica e doutrinária, de modo a servir como alicerce lógico e teórico da coisa julgada. O texto aborda, ainda, algumas aplicações do princípio da segurança jurídica em confronto com o princípio da justiça em face ao Instituto da coisa julgada.

O 4º (quarto) Capítulo é destinado ao estudo da coisa julgada no campo constitucional. O texto analisa a natureza constitucional do Instituto e as diversas implicações de sua qualificação como direito fundamental, de modo a subsidiar teoricamente algumas posições adotadas durante o texto. O trabalho investiga, criticamente, as posições de diversos doutrinadores que se antagonizam sobre o direito fundamental à coisa julgada.

O 5º (quinto) Capítulo estuda a coisa julgada inconstitucional em confronto com as teorias mais relevantes sobre a inexistência dos atos jurídicos. O trabalho inicia-se com um estudo sobre a obra “Teoria Pura do Direito” de **Hans Kelsen** e, em seguida, com suporte em variada doutrina, demonstra-se que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra a posição, que se extrai da doutrina kelseniana, de que a coisa julgada inconstitucional é inexistente.

O 6º (sexto) Capítulo aborda os arts. 741, parágrafo único e o art. 475-L, ambos do Código de Processo Civil que introduziram a aqui denominada "exceção

de coisa julgada inconstitucional”. O Capítulo dedica-se a apresentar os variados questionamentos que os dispositivos têm suscitando, inclusive, o exame de constitucionalidade.

O 7º (sétimo) Capítulo refere-se aos casos mais relevantes em que a coisa julgada inconstitucional é abordada no âmbito do direito público, em especial no campo do direito administrativo, previdenciário e tributário. Os arestos são examinados em seus aspectos mais relevantes, de modo a aplicar muitas das conclusões alcançadas no curso da presente dissertação.

CAPÍTULO I – ORIGENS ROMANA E CANÔNICA DA COISA JULGADA.

1. Justificação do Capítulo

O Instituto da coisa julgada é encontrado em seus primórdios de formação no Código de Hamurabi⁹, no qual se previa que o Juiz que julgasse a causa, não poderia modificá-la, sob pena de pagar doze vezes a quantia que a motivou¹⁰.

Inobstante tal origem, é no direito romano, secundado pelo direito canônico, que o Instituto encontra suas bases teóricas. O Capítulo busca, por uma narrativa histórica da sociedade romana, contextualizar o surgimento do direito romano. Em seguida, o direito romano é estudado em suas fases mais representativas, de modo a fornecer os elementos necessários ao estudo do direito processual romano, que é analisado em seus aspectos mais importantes, dedicando-se especial atenção ao estudo da coisa julgada e dos Institutos que lhe estão correlacionados.

Em seguida, examina-se a coisa julgada e seus institutos correlatos no direito canônico, que se constitui num dos mais antigos direitos ainda em vigor em suas bases originais. Considerando que esta Dissertação não tem o direito canônico como objeto principal de estudo, limita-se o texto ao exame do Código Canônico vigente, onde se verifica que o direito canônico, por sua longa evolução doutrinária e por sua longa aplicação, pode contribuir, ainda, para a evolução do Instituto da coisa julgada.

2. Razões para o estudo do direito romano.

Poder-se-ia questionar por que se perde tempo com o exame do direito romano? Quais as razões pelas quais o direito romano ainda guarda relevância para o direito atual? A resposta repousa no significativo papel que o direito romano tem na formação de vários institutos jurídicos que permeiam os ordenamentos jurídicos atuais, inclusive no que

⁹ Fenoli, Jordi Nieva. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier, 2006, p. 26.

¹⁰ “Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces em un proceso”(Frederico Lara Peinado. **Código de Hammurabi**. Madrid: Tecnos, 1997, p. 7)

se refere à coisa julgada. Sem conhecer, minimamente, as origens de um Instituto corre-se o sério risco de se apresentar soluções para questões atuais que, no entanto, já foram experimentadas e repugnadas no passado.

Rudolf Von Ihering ao escrever sobre o direito romano nos dá a exata medida de sua importância:

La importancia del Derecho romano para el mundo actual no consiste solo en haber sido por un momento la fuente u origen del derecho: ese valor fue sólo pasajero. Su autoridad reside en la profunda revolución interna, en la transformación completa que ha hecho sufrir a todo nuestro pensamiento jurídico, y en haber llegado a ser, como el cristianismo, un elemento de la civilización moderna.¹¹

A importância do direito romano para a formação do direito ocidental já é por demais conhecida, no entanto, no campo processual, em especial face a coisa julgada, não se reduz sua relevância, como se passará a examinar.

3. A evolução do direito romano no período pré-classico.

O direito romano é cronologicamente iniciado com as origens da sociedade romana perdurando até a queda do Império romano no Oriente (476), sendo segmentado em período pré-clássico e clássico. O período pré-clássico inicia-se com a Realeza e termina com a República e o período clássico se inicia com o Principado, passa pelo *Dominato* e continua no governo de Justiniano até o fim da civilização romana, marcando o início da Idade média.

3.1. Realeza

Desde a fundação de Roma, por volta do ano 1184 a.C. até o ano de 510 a.C., a cidade foi governada por Reis¹², que não eram escolhidos por hereditariedade, mas por seu sucessor ou por um senador (*interrex*) que era eleito por seus pares para governar por até 5 (cinco) dias, quando tinha que escolher o rei, sob pena de

¹¹ **Importancia del derecho romano** in Petit, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 8.

¹² Rolim, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 2ª edição revista. São Paulo: RT, 2003, p. 31.

repassar suas atribuições para outro senador e assim por diante, até que o rei fosse escolhido. O Rei era mais elevado magistrado do reino, sendo auxiliado por outros juízes em questões específicas, como nos casos de crimes de traição contra o Estado(*duouiri perduellionis*).¹³

Nesse período, evoluiu o chamado *jus civile*(direito civil) ou direito *quiritário* que prevaleceu na sociedade romana até o Século IV a.C.¹⁴, sendo uma amalgama de direito humano e direito divino.

O *jus civile* não possuía texto escrito e era extremamente formalista. Na *stipulatio*(Contrato em que as partes se obrigavam a prestações), p. ex., a tradição impunha que os contratantes tinham que pronunciar palavras sacramentais perante uma estátua representativa da divindade romana. De igual forma, na contendas judiciais e na prática de atos jurídicos em geral a formalidade e a simbologia dos atos era muito mais importante que a própria intenção das Partes.

O *jus civile* regulava, apenas, a conduta do cidadão romano, advindo da classe social dos patrícios, repugnando qualquer direito aos estrangeiros, escravos ou plebeus.¹⁵ Entre os direitos dos patrícios havia o direito de ingressar com ações judiciais perante o Magistrado (*jus actionis*)¹⁶, que também possuía funções administrativas.

¹³ Alves, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 9.

¹⁴ No ano de 451 a.C. foi publicada a Lei das XII tábuas, tendo sido escrita com clara influência da filosofia grega e passou a regular algumas condutas no campo público e privado, sem, no entanto, afastar, inteiramente, a prática consuetudinária.

¹⁵ Nesse período da formação da sociedade romana, os patrícios constituíam-se na classe social dominante e era composta por antigos descendentes das famílias fundadoras de Roma. Eram, por sua vez, chamados de *quirites*. A lenda da fundação de Roma dizia que Rômulo, um de seus fundadores, teria se tornado um deus, chamado de *Quirites*. Desse modo, o direito quiritário nada mais era que o direito dos patrícios. Os Clientes eram estrangeiros que viviam às custas e sob a proteção dos patrícios, mas como recompensa acompanhavam os patrícios nas guerras e estavam sob sua subordinação. A plebe era formada por cidadãos livres, mas sem quaisquer direitos, quer privados ou públicos, era a classe social dedicada ao artesanato, agricultura e comércio. Os escravos eram considerados como coisas, não possuíam quaisquer direitos e os seus donos tinham o poder de vida e morte sobre eles. Com a evolução da sociedade romana, as classes sociais passaram a granjear alguns direitos, antes reservados, apenas, aos patrícios.

(Rolim, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 2ª edição revista. São Paulo: RT, 2003, pp. 35-38.)

¹⁶ Havia a magistratura ordinária(Cônsules, Pretores, Censores, Edis e Questores) e a Magistratura extraordinária(eram escolhidos em momentos excepcionais como guerras e substituíam os demais magistrados ordinários). Os Cônsules eram os magistrados com maior poder. Eles possuíam a *jurisdictio*, que era a competência para ouvir as partes em uma demanda, indicando-lhes o juiz para julgar a causa. Nas causas criminais, possuíam o *cognitio*, o que lhes permitia proceder a julgamentos. O Cargo de Pretor urbano (*praetor urbanus*) surgiu no ano de 367 a.C. e, destinava-se a apreciar, sem julgar, os litígios entre os cidadãos romanos. Em 241 a.C. surgiu o pretor peregrino (*praetor peregrinus*), que passou a tratar de litígios em que ao menos uma das partes era estrangeiro. Os censores tinham importantes funções administrativas como realizar recenseamentos a cada lustro e fiscalizar os costumes da população. Tais magistrados tinham a função de inscrever no *album senatorium* os possíveis candidatos a senador e tinham a função de zelar pelas finanças

3.2. República¹⁷

No Período Republicano¹⁸ o *jus civile* passou a se mostrar inadequado ante a crescente expansão de Roma, aliada ao intenso intercâmbio entre os povos. O *jus civile* baseado em exagerado formalismo e vinculação visceral à cultura romana, não se adequava ao novo momento que passava a sociedade romana. Como resposta, surge o *direito pretoriano* ou *direito honorário*¹⁹, que exigia do magistrado a redação de um edito no início de seu mandato, fixando suas metas de trabalho e o direito que seria aplicável durante sua gestão. Os pretores eram magistrados que substituíram progressivamente os cônsules no poder de julgar.

Com o passar do tempo os editos foram se avolumando e no ano de 130 d.C. o Imperador Adriano determinou a compilação dos vários então existentes, que ficaram conhecidos como *Edito Perpétuo*.

A formação do direito romano não estava confinada ao poder estatal, muito ao contrário, a partir do início do período Republicano era comum os magistrados e os juízes se aconselharem de pessoas de notório saber, que eram chamados de jurisconsultos.²⁰ Os jurisconsultos eram conhecidos pela prudência que exerciam suas atividades e, no início, não recebiam qualquer remuneração, mas eram consideradas pessoas de elevado *status* na sociedade romana, eram chamados de juristas aristocráticos, pela origem patriciana e senatorial.²¹

públicas. Os *edis* tinham funções eminentemente administrativas indispensáveis ao funcionamento regular da cidade, como fiscalizar a manutenção de ruas e praças, proceder a vigilância dos preços e fiscalizar a venda de escravos e animais, entre outros. Os *questores* eram escolhidos livremente pelos Cônsules e serviam como auxiliares, tendo como função primordial a cobrança dos tributos. (Rolim, Luiz Antonio. Op. cit. pp. 48-51.)

¹⁷ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., pp. 47-67.

¹⁸ O período Republicano se inicia no ano de 510 a.C. quando os Cônsules Bruto e Tarquínio Colatino depuseram o então rei romano e assumiram o poder de Roma. A estrutura político-administrativa de Roma passou a ser constituída de Magistrados, Senado e Assembléias do Povo(*comitia*).

¹⁹ Honorário porque o pretor era investido em “honores, ou seja, em funções públicas.” (Rolim, Luiz Antônio. Op. cit., p. 55)

²⁰ Os jurisconsultos, tal como ensina **Moreira Alves**, desenvolviam 3 (três) atividades básicas: *cauere*(quando redigiam negócios jurídicos, em atenção às formalidades exigidas), *agere*(é a atividade desenvolvida no processo, atentando-se para suas peculiaridades) e talvez a mais importante *respondere*(que era a atividade de parecerista das questões controversas).(Op. cit., p. 27.)

²¹ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 66.

Os *juris prudentes* ou direito dos prudentes era, portanto, o pronunciamento dos jurisconsultos às questões que lhes eram formuladas, constituindo-se a principal fonte do direito romano, entre os séculos II e III da era Cristã.²²

Moreira Alves observa que os romanos do período clássico definiam a jurisprudência como o “conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto.”²³ Julgar era uma arte, que exigia qualidades diferenciadas do magistrado.

4. A evolução do direito romano no período clássico.

4.1. Principado

A partir de 100 a.C. o Império Romano sofre com reiteradas guerras civis (como a vencida por César contra Pompeu entre 48 a 40 a.C.) que vão gerar uma grave crise social, política e econômica, que resultam no enfraquecimento do modelo Republicano do Estado Romano.²⁴

Com a morte de César instala-se um triunvirato com Otaviano, Lépido e Marco Antonio. Aos poucos Lépido é afastado do poder e o triunvirato transforma-se em duunvirato, com Marco Antônio administrando o oriente e César o ocidente. Não tardam a disputar a hegemonia do poder e Otaviano sai vitorioso nos embates contra Marco Antônio em 31 a.C.²⁵

Dotado de grande habilidade política e administrativa Otaviano recebe, por plebiscito, em 30 a.C. o poder de ministrar diretamente a justiça (*tribunitia potestas*), no ano seguinte o Senado confere-lhe o título de *Imperator*²⁶. Em 28 a.C. o Senado concede-lhe o título de Augusto²⁷ e no ano seguinte, recebe o título de *princeps senatus*, resultando no fortalecimento da figura do Imperador e consolidando o Principado em 27 a.C.

O título de “príncipe” permitia a Otaviano um assento no legislativo em grau superior aos demais senadores. O título de “pai da pátria” em 25 a.C.

²² Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 73.

²³ Alves, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 26.

²⁴ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 68.

²⁵ Alves, José Carlos Moreira, Op. cit., p. 30.

²⁶ “Que lhe dava a posição de herdeiro de César, e que se transmitiria aos seus próprios herdeiros.” (Alves, José Carlos Moreira, Op. cit., p. 30.)

²⁷ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 70: “Sagrado por direito divino”.

conferiu-lhe o poder de único detentor das atividades administrativas e judiciárias, de modo que o Principado foi o período em que o:

“Príncipe governava com a ajuda de agentes por ele mesmo nomeados ou demitidos. No período do Principado, o senado e os demais cargos da magistratura, próprios do regime republicano, continuaram a existir, mas com atribuições drasticamente reduzidas.”²⁸

Moreira Alves bem sintetiza os poderes que o Otaviano Augusto, como ficou conhecido, possuía:

Além das *tribunicia potestas*, o príncipe celebrava a paz e declarava a guerra, concluía tratados, fundava e organizava colônias, concedia aos estrangeiros direito de casamento legítimo (*ius conubii*) e a cidadania, convocava o Senado, cunhava moedas e tinha jurisdição civil (em grau de recurso) e criminal.²⁹

No período do Principado intensificam-se as atividades dos jurisconsultos, criando-se o direito jurisprudencial, que vicejou entre os anos 100 a.C e 300 d.C.

No governo do Imperador Otaviano Augusto³⁰ alguns jurisconsultos receberam autorização para agirem em nome do próprio Imperador (*jus respondendi ex auctoritate principis*). Os pronunciamentos desses jurisconsultos passaram a ter força de lei, como os aqueles elaborados por Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino, Gaio³¹, entre outros.

4.2. Dominato³²

A partir do 3º(terceiro) século da era cristã, Roma perde parte de sua importância ante o surgimento de novas rotas comerciais. Os Imperadores a partir de então se mostraram despreparados para o desafio que se apresentava. Ante a redução de

²⁸ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 70.

²⁹ Alves, José Carlos Moreira, Op. cit., p. 33.

³⁰ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 73.

³¹ O direito romano tem nas *Institutas* de Gaio uma de suas fontes mais consultadas. Não apenas pela excelente qualidade técnica de sua obra mas, também, porque suas *Institutas* foram encontradas em bom estado de conservação em 1816, na biblioteca de Verona, permitindo um amplo estudo sobre o direito romano pré-justiniano. Gaio viveu no Século II, d.C. e suas *Institutas* foram escritas em 4 volumes para servir de compêndio ao estudo do direito. (Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 31)

³² Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., pp. 81-85.

receitas, a saída escolhida foi o aumento de impostos, gerando elevada tensão social. A situação não era melhor no exército que passou a não receber adequadamente, gerando indisciplina na tropa.

Em 240 d.C. o Imperador Alexandre Severo decide realizar doações de terras aos comandantes e suas tropas, localizadas nas distantes fronteiras do Império. Tal iniciativa que no iniciou gerou a construção de fortalezas nos limites do império e arrefeceu o descontentamento do exército, enfraqueceu o corpo militar, pois transformou os militares em agricultores. Os militares passaram a não aceitar as ordens de Roma e se voltaram para seus próprios interesses nos feudos que criaram. Nesse ambiente de pré-dissolução do Império romano, em 284 d.C., Diocleciano é nomeado Imperador pelos militares romanos.³³

O Imperador Diocleciano militar autoritário e enérgico³⁴, realiza profunda reforma administrativa e política, tendo dividido o Império em ocidental e oriental, visando facilitar as reformas que implementava. A divisão era mais administrativa do que política, uma vez que Diocleciano manteve rígido controle sobre todo Império.

O chamado *Dominato* vigorou entre os anos 284 a 565 d.C. e caracterizou-se como regime político-jurídico em que o Imperador enfeixava em suas mãos todos os poderes estatais. As constituições imperiais, chamadas de *leges*, passaram a se constituir na principal fonte do direito romano, embora o costume ainda fosse bastante aplicado.

Alguns jurisconsultos que possuíam a prerrogativa de responder em nome do Príncipe(*jus respondedi ex auctoritate principis*), tiveram seus direitos revogados com a ascensão do Imperador Constantino em 306 d.C. O regime do *Dominato* enfraqueceu, dessa forma, o papel dos jurisconsultos, diminuindo, por consequência, a sua importância como fonte do direito romano.³⁵

5. A evolução do direito romano no período das codificações.

5.1. Codificações pré-justinianéias

³³ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 82.

³⁴ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 82.

³⁵ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., pp. 84-85.

A produção dos jurisconsultos por diversos séculos, aliado às leis, editos e demais manifestações jurídicas, resultaram num colossal material que dificultava, sobremaneira, o trabalho do intérprete.³⁶

Diante de tal constatação iniciou-se uma tentativa de codificar o material até então produzido, foram realizadas várias iniciativas em tal sentido. Alguns juristas produziram suas próprias codificações, em que se destacaram o Código gregoriano, que foi produzido por Gregório e é datado do Século V ou VI, trazendo a compilação de todas as constituições imperais promulgadas de 196 d.C. até 291 d.C. O Código Hermogeniano foi elaborado por Hermógenes, em 295 d.C., e contém as constituições imperiais editadas por Diocleciano entre os anos de 293 e 294 d.C.³⁷

No Século V, o Imperador Teodósio II ordenou a compilação de diversos trabalhos jurídicos produzidos sobre as mais diversas áreas do direito, como direito civil, penal, processual e de todas as constituições imperiais editadas a partir do Imperador Constantino até aquele momento, ficando conhecido como Código Teodosiano, que entrou em vigor em 438 d.C.

Após 476 d.C. outras codificações foram produzidas, no entanto, sob o domínio dos povos chamados bárbaros, marcando-se o fim do Império Romano no Ocidente.

O direito romano era bem mais complexo que o direito dos povos conquistadores, de modo que alguns povos bárbaros permitiram a manutenção do direito romano para os dominados, no que ficou conhecido como “sistema de personalidade das leis”, reservando-lhes o direito de suas terras de origem.

Como os juízes bárbaros não conheciam o direito romano, foi necessário compilar as diversas *leges* romanas. A compilação conhecida como *Lex Romana Visigothorum* (procedente da dominação dos Visigodos), vigorou no sul da França, Espanha e Portugal, por mais de 4 séculos, trazendo grande influência para o direito Português e chegando a influenciar o direito no Brasil, pelas Ordenações do Reino.³⁸ Tal conclusão se

³⁶ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., pp. 86-90.

³⁷ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 88.

³⁸ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 90.

extrai facilmente da leitura da “PRELAÇÃO” das Ordenações Afonsinas, de 1446, onde fica registrado, por sinal, toda a evolução do direito português até aquele momento.³⁹

5.2. Codificações justinianéias(Corpus Juris Civilis)⁴⁰

Enquanto o Império Romano no Ocidente era esfacelado por diversos povos; no Oriente, em 527 d.C, Justiniano subia ao trono de Imperador. No ano seguinte, Justiniano formou uma comissão de juristas, presidida por Triboniano, que ficou encarregada de realizar a compilação das mais importantes manifestações jurídicas do Império, abarcando as leis, as constituições imperiais, o direito novo e o velho e os ensinamentos da doutrina e jurisprudência.

Após mais de 5(cinco) anos de trabalhos foi apresentado, o posteriormente chamado “Corpus Juris Civilis”⁴¹, que assim se dividia: a) *Novus Justinians Codex ou Codex Vetus*; b) *Quinquaginta decisiones*; c) *Digesto ou Pandectas*; d) *Institutas*; e) *Codex Justinianus repetitae praelectionis* f) *Novellae*; ⁴²

O Monumental trabalho do direito romano vigorou por quase 1(um) milênio, até a queda do Império romano no Oriente em 1453.

6. Evolução do direito processual romano.

³⁹ Texto Disponível em *fac-simile*: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/11p8.htm>. Acesso em 22/07/2008.

⁴⁰ Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., pp. 90-94.

⁴¹ “A denominação ‘Corpus Juris Civilis’ (Código de Direito Civil) é atribuída ao romanista francês Dionísio Godofredo, em 1583.”(Rolim, Luiz Antonio. Op. cit., p. 91.)

⁴² O novo Código de Justiniano ou *Codex Vetus*(Código Velho) é composto de 12(doze) livros e foi o primeiro resultado dos trabalhos da Comissão que compilou todas as *leges*(leis e constituições imperiais) anteriores a Justiniano, tendo reunido e compilado o material do Código Teodosiano, Gregoriano e Hermogeniano. O *Quinquaginta decisiones* é uma compilação das primeiras 50 constituições imperiais editadas por Justiniano. *Digesto ou Pandectas*. O *Digesto*(em latim) ou *Pandectas*(em grego), representa a compilação, em 50 volumes, de toda a jurisprudência(jura) antiga do Direito romano, desde 27 a.C. *Institutas ou Institutiones* é um manual para estudantes da escola de Direito de Constantinopla e é um resumo das principais *jura* e *leges*. *Codex Justinianus repetitae praelectionis* é uma reedição atualizada do *Codex Vetus*. As *Novellae* (*novelas*) são as constituições imperiais do Imperador Justiniano editadas após a promulgação do Digesto.

Tucci e Azevedo⁴³ ensinam que o processo romano passou por 3(três) períodos mais importantes: o *legis actiones*, o *per formulas* e o *extraordinária cognitio*.

6.1. Período conhecido como ‘Legis actiones’⁴⁴.

O período das *legis actiones*⁴⁵ ou ações da lei surgiu nos primórdios da fundação de Roma e foi predominante até fins da República. Eram assim designadas “por se originarem das leis(pois, no tempo, não existiam ainda os editos do pretor, introdutórios de várias ações), seja por se conformarem às palavras das próprias leis, conservando-se por isso imutáveis como as leis mesmas.”⁴⁶

Nas *legis actiones* exigia-se a prática de diversos atos simbólicos, que ao não serem observados pelas Partes, implicava em derrota na demanda. O jurisconsulto **Gaio** afirma que se perdia a ação “quem, agindo por causa de videiras ceifadas mencionara videiras, pois a lei das XII tábuas, na qual se fundava a ação por videiras cortas, falava de árvores cortadas em geral.”⁴⁷

Eram 5(cinco) as ações previstas na Lei das XII tábuas⁴⁸: a) *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, b) *legis actio per conditionem*, c) *legis actio per pignoris capionem*, d) *legis actio per sacramentum* e e) *legis actio per manus iniunctionem*. Sendo as duas últimas previstas em leis anteriores.

As *actios* “a”, “b” e “d” eram ações de conhecimento e as *actios* “c” e “e” eram ações de natureza executiva.

⁴³ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 39.

⁴⁴ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., pp. 51-62.

⁴⁵ Em seus Digestos, Celso conceitua ações, citado por Scialoja: “Nos resta hablar de las acciones. Pues bien, la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir em juicio lo que a uno se le debe.” **Procedimento Civil Romano**. Tradución de Santiago Sentis Melendo Y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 95.)

⁴⁶ Gaio. **Institutas de Gaio. Livro quarto**. Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 198.

⁴⁷ Gaio. **Institutas de Gaio. Livro quarto**. Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 198.

⁴⁸ **Gaio. Institutas de Gaio. Livro quarto**. Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 198.

No direito romano primitivo não havia a prévia necessidade de ação de conhecimento. O demandante podia praticar, de logo, atos de execução, de modo a conduzir o demandado ao tribunal *manus iniectio*(imposição das mãos) ou mesmo ingressar em imóveis ou apoderar-se de coisa ou objeto e entregá-lo ao magistrado(*legis actio per sacramentum*⁴⁹).

Cada pretensão formulada para ser protegida pelo Estado exigia uma ação própria. Sem a ação correspondente não havia, propriamente, o direito. Após as leis das XII tábuas outras leis passaram a conceder direitos em situações específicas, como *legis actio per arbitrive postulationem*, de 210 a.C.(que visava dividir herança ou coisa comum).⁵⁰

Por óbvio, que o direito romano não antevia a autonomia da ação em relação ao direito, o que somente veio aparecer muito depois com os trabalhos de juristas alemães como Windscheid, Muther, Wach e Degenkolb, cujo desenvolvimento prosseguiu na doutrina italiana com Chiovenda, Betti e Alfredo Rocco.⁵¹

No período da *legis actiones*⁵², numa primeira fase, denominada de *in iure* o demandante tinha que citar o demandado para que ele comparecesse perante o Magistrado. Ao demandante permitia-se adotar todos os meios necessários para o comparecimento do Réu, mesmo que através do uso da força física, sendo ato processual que ocorria na esfera privada das partes.

Com a presença dos litigantes, não sendo admitida a representação, as partes: formal e pessoalmente narravam suas versões ao Magistrado. Caso o demandado discordasse do demandante, então se mantinha a coisa litigiosa no estado atual(*actio rem*) e com a colaboração mútua de magistrado e partes fixava-se os pontos da demanda. Após 30(trinta) dias procedia-se a escolha do *iudex* pela vontade comum das partes e do magistrado ou mesmo pelo sorteio entre juízes previamente listados num livro específico(*album*).

⁴⁹ O *sacramentum* era uma aposta em dinheiro que as partes faziam perante o magistrado acerca da procedência da demanda. Nas ações reais, caso o vitorioso já estivesse na posse da coisa, o derrotado deveria recolher o *sacramentum* para o erário. Caso o possuidor fosse derrotado deveria devolver a coisa vindicada e pagar o *sacramentum* ao erário.(Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 65)

⁵⁰ Scialoja, Vittorio. Op. cit., p. 101.

⁵¹ Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º Vol. 22ª edição. Revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 143-159.

⁵² Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., pp. 51-62.

Caso o réu concordasse com a demanda apresentada pelo autor se fosse o caso de ação real, havia a adjudicação da coisa para o autor, pela ordem do magistrado, se fosse o caso de ação pessoal o autor já podia mover a *actio per manus iniectioem*, que era uma ação com características executivas.⁵³

Numa segunda fase, denominada de *in iudicio(iudicem)*, as partes compareciam a um juiz privado nomeado para a demanda(*judex* ou *iudex*). Tal sistema processual era conhecido como *ordo iuduciorum privatorum*(que permaneceu no período da *legis actiones* e no período formulário).

O juiz era escolhido entre senadores ou pessoas de notório saber e não tinha obrigação de julgar a demanda, podendo reenviá-la ao pretor para a escolha de outro *iudex*, sob a justificativa que não tinha formado a convicção(*ratio decidendi*) sobre a demanda ou mesmo poderia apresentar a *excusatio*.

Diferentemente do *in iure*, no *in iudicio* a presença de ambas as partes não era essencial. Se uma das partes não comparecesse à audiência então a demanda seria julgada em favor da parte presente. As partes apresentavam oralmente suas versões ao *iudex*, bem como havia a oportunidade de produção de provas orais, em que as testemunhas não tinham obrigação de comparecer.

Ao final da instrução, o *iudex*, sem motivação, proferia sua *sententia*(sentir) acabando sua função judicante. Após a sentença, cujo resultado tinha necessariamente que decorrer da prova produzida⁵⁴, já não se permitia às partes ajuizarem nova *legis actio* para reexaminar a *res in iudicium deducta*. Caso a demanda fosse novamente ajuizada poderia o juiz denegá-la(*denegatio actionis*). O embrião da coisa julgada surgia com um caráter eminentemente negativo.

6.2.Período conhecido como *per formulas* ou formulário.⁵⁵

⁵³ Alves, Moreira. **Direito Romano**. Vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 194.

⁵⁴ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 124.

⁵⁵ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., pp. 74-109.

O período *per formulas* é conhecido como “modelo abstrato pelo qual se propicia litigar, por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor.”⁵⁶

Por bastante tempo vigorou, conjuntamente, o sistema das ações da lei e o formulário. Tem-se como iniciado o período formulário no Século III antes de Cristo e considera-se extinto em 342 d.C.

Uma das razões para o enfraquecimento do período do *legis actiones* se deve ao fato do formalismo extremado que o procedimento exigia. Diz **Gaio** sobre as razões práticas para o abandono do sistema processual:

30. Todas estas ações da lei tornaram-se pouco a pouco odiosas. Pois dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perderia a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela Lei Ebúcia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavras fixas, i.e., por fórmulas.⁵⁷

O processo formulário era muito menos formalista que o processo das ações da lei. Um dos grandes progressos do sistema formulário foi a possibilidade de admitir partes e juízes estrangeiros, o que decorreu, naturalmente, da expansão do Império romano.

O sistema anterior era integralmente oral e no processo formulário passou a ser, em boa parte, por escrito. Embora o processo formulário tenha sido instituído na prática pretoriana antes mesmo da Lei Ebúcia e das Leis Júlias(1º Século d.C), foram tais leis que equipararam os efeitos do processo formulário ao processo da *legis actiones*.

O processo formulário iniciava-se por uma fase extrajudicial na qual o Demandante apresentava(formulava) sua pretensão(*intentio*) ao Demandado, por escrito(*editio formula*), sendo uma verdadeira condição de procedibilidade da ação.

⁵⁶ Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit, pp. 73-74.

⁵⁷ Gaio. **Institutas de Gaio. Livro quarto.** Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 203.

Na fase judicial, denominada de *in iure*, o demandante ainda tinha a obrigação de citar o demandado(*ius vocatio*) para comparecer a audiência perante o Magistrado, mas não podia mais arrastá-lo ao fórum. O demandante tinha ao seu dispor uma *actio in factum* através do qual se podia obter a fixação de uma multa ou mesmo poderia resultar no desapossamento dos bens do demandado em caso de não-comparecimento à audiência. Se a audiência não pudesse ser concluída naquele dia o demandado se comprometia a voltar no dia seguinte(*vadimonium*), sob pena de pagar multa, ou mesmo tinha que deixar uma caução.

No processo formulário já se admitia a representação, de modo que as partes compareciam perante o pretor, geralmente representadas por um *advocatus*. O demandante ao apresentar sua pretensão(*editio actionis*) indicava a fórmula constante no edito pretoriano que entendia adequada ao seu caso, objetivando que o magistrado lhe concedesse a ação correspondente.

Após a regular instrução do processo, com depoimento das partes e/ou testemunhas e ultrapassados todos os obstáculos formais-processuais, como p.ex., a confissão do demandado, o pretor e as partes redigiam o *iudicium*⁵⁸ em consonância com as metas de trabalho do magistrado publicadas em seu edito⁵⁹, bem como nomeavam o juiz para o julgamento(*datio iudicii*).

Dava-se, então, a *litis contestatio*⁶⁰ como o momento processual em que o magistrado fixava os limites da controvérsia e encerrava a fase postulatória com a redação do *iudicium*, estabilizando-se a demanda, o objeto litigioso(*res deducta*).⁶¹

A fórmula concretizada(*iudicium*) possuía 5(cinco) partes ideais: a) *intentio*(indicava a pretensão do demandante); b) *demonstratio*(trazia a causa de pedir, o objeto da demanda); c) *adiudicatio* (concedia ao juiz o poder de adjudicar o bem ou direito a quem o direito consagrasse); d) *condemnatio*(que concedia ao juiz o direito de absolver ou condenar o demandado).

⁵⁸ Alves, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. I. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 209.

⁵⁹ Rolim, Antonio Luiz. **Instituições de Direito Romano**. 2ª edição revista. São Paulo: 2003, p. 54.

⁶⁰ Considerada por Vittorio Scialoja como o ato “más importante d todo el proceso formulário.” (**Procedimento Civil Romano**. Tradución de Santiago Sentis Melendo Y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 231).

⁶¹ Baptista da Silva, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 65.

A segunda fase processual(*judicio* ou *iudicem*), prosseguia com a escolha do juiz, não se exigindo o trintídio prévio como no processo das ações da lei. A sentença, tal qual no processo das *legis actio*, não possuía fundamentação, mas passou a ter conteúdo condenatório em pecúnia.

A regra de não-renovação da demanda⁶² já constava no processo das *legis actiones*, no entanto, se destaca que nem todos os processos do sistema formulário aplicava-se a regra *ne bis in idem*. Exemplar é a hipótese da *iudicia imperio continens*, que era uma demanda ajuizada em que uma das partes era estrangeiro ou quando o processo tivesse sido julgado além de 1(uma) milha de Roma. Os litigantes não ficavam desprovidos de defesa e podiam interpor a *exceptio rei in iudicatae vel in iudicium deducate(exceptio rei iudicata)* com a finalidade de paralisar a segunda demanda.⁶³

Desse modo, havia dois caminhos para obstar a rediscussão da causa já julgada: a) *ipso iure*, pela *denegatio actionis* ou b) pelo uso da exceção de coisa julgada.

Um dos efeitos mais relevantes para os fins de antecedentes da coisa julgada se observa com o efeito conservativo da *litis contestatio*. A partir do encerramento da fase *in iure*, não mais se admitia a alteração da *causa cognitio* e a demanda estava definitiva estabilizada. Por conseqüência não mais podia ser renovada aquela demanda que já tinha sido levada para a discussão da justiça romana.

A regra *ne bis in idem* não se aplicava às chamadas ações reais. Por tal situação é que foi criada uma exceção de coisa julgada específica para as ações reais(*exceptio rei iudicata vel in iudicium deducta*). Pela existência da dualidade de sistemas: *legis actiones* e *formulário*, somente as demandas formuladas pelo *legis actiones* tinham a

⁶²Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, pp. 78-79.

⁶³ Moreira Alves observa que a *exceptio* não existia no sistema das ações da lei, tendo surgido no processo formulário. (Direito Romano, Op. Cit., p. 214). Gaio, IV § 15 ensina que as exceções foram introduzidas em defesa dos réus. Pois, como sucede muitas vezes, pode uma pessoa ser acionada segundo o direito civil, constituindo, entretanto, iniquidade condená-la. 116.a. P. ex., se eu estipular de ti que hei de entregar soma de direito de contado, a título de empréstimo e não a entregar, é certo posso eu exigir tal dinheiro, pois tu deves dá-lo achando-te por tal causa, decide-se deveres ser defendido pela exceção de dolo mau.(Gaio. **Institutas de Gaio. Livro quarto**. Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 219.

garantia contra a renovação da demanda. Para evitar a instauração repetida de demandas, criou-se, então, uma exceção geral de coisa julgada(*in iudicium deducta*).

6.2.1. *Restitutio in integrum*⁶⁴

No início do mandato, o pretor publicava seu edito no qual dispunha que poderia conceder um *auxilium extraordinarium* em prol da parte lesada, quando não houvesse instrumentos para obstar danosas conseqüências produzidas por atos civilmente válidos e por sentenças visivelmente injustas. O mecanismo denominava-se *restitutio in integrum* e visava restituir integralmente o *status quo ante*.

Os atos jurídicos praticados deixariam de ter efeitos como se nunca tivessem existido. Para os atos jurídicos válidos e danosos, as hipóteses eram restritas aos casos de maior relevância social. Ex.: ato jurídico praticado por dolo ou medo ou negócio jurídico celebrado por menor de 25 anos.

Além dos casos consagrados pela prática pretoriana, permitia-se a inclusão de uma hipótese geral de utilização do *auxilium extraordinarium* sempre que o pretor entendesse justa causa para a reforma da decisão.

A *restitutio in integrum* podia ser utilizada, ainda, para os fins de rescindir a *litis contestatio* em favor do réu que no momento oportuno, não incluía *exceptio* na fórmula de uma *actio*.

O Instituto podia ser invocado em até 1(um) ano, da data em que era possível acionar a medida.⁶⁵ Se fosse o caso de negócio jurídico celebrado por menor de 25 anos, então o prazo iniciava-se a partir da maioridade do menor.

O Instituto seguia 2(duas) fases procedimentais básicas: a) *auxilium(causa cognitio)*; b) *iudicium rescissorium*.

⁶⁴ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, pp.119-122.

⁶⁵ Alves, Moreira. Op. cit., p. 239.

Na primeira fase processual(*iudicium rescindens*) a parte requeria ao pretor o *auxilium extraordinarium*, expondo suas razões para a rescisão do negócio jurídico ou da sentença. Julgando procedentes os argumentos o pretor expedia um decreto definindo a rescisão do ato impugnado.

Na segunda fase processual(*iudicium rescissorium*), o pretor examinava as conseqüências práticas da rescisão, como o destino dado aos bens alienados por ato de menor de 25 anos.

A segunda fase processual não era obrigatória, pois em muitos casos a rescisão do negócio jurídico, por si só, já trazia efeitos retroativos que dispensava nova cognição.

Nem todos os magistrados podiam julgar a *restitutio in integrum*, sendo reservada, para “...los magistrados superiores, que estaban de él investidos; tales como los pretores en Roma, los gobernadores en provincias y más tarde el prefecto de la ciudad, el prefecto del pretório y el emperador...”⁶⁶

6.2.2. Teoria das ‘*Tria eadem*’(Tríplice identidade) como pressuposto da coisa julgada.⁶⁷

Para caracterizar a identidade de demandas e proteger a coisa julgada faz-se necessário a identificação de 3(três) elementos processuais básicos: causa de pedir, pedido, partes. Tais elementos eram referenciados no direito romano como os *tria eadem*.

No período das *legis actiones* já havia um embrião da teoria *tria eadem*, segundo a qual se procurava definir os elementos mínimos necessários para identificar a demanda. Em princípio, o direito romano identificava apenas dois elementos: *eadem personae*(mesma pessoa) e *eadem questio*(mesma relação jurídica).

A noção de relação jurídica era um pouco vaga e era particularmente difícil identificar a demanda nas ações obrigacionais. O jurisconsulto **Neracio**

⁶⁶ Petit, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 936.

⁶⁷ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., pp. 104-109.

apresentou a conhecida teoria conhecida como *tria eadem*, pela qual dizia que o processo se identificava pelos elementos *res, personae* e causa próxima *actionis*.⁶⁸

O jurisconsulto **Paulo**⁶⁹ questionou a teoria observando que a identificação da demanda exigia, não, necessariamente, as mesmas partes, mas a mesma condição pessoal. Para ele a demanda somente se identificava com a outra paradigma quando: “*idem corpus, eadem causa petendi e eadem condicio personarum.*”

Esclarece **Paulo** que a parte podia se encontrar em juízo na qualidade de sucessor ou representante de outrem, de modo que os demais elementos da demanda, embora iguais, não caracterizariam a identidade de litígios.

Sobre a hipótese de *eadem causa petendi*, convém invocar o exemplo de **Eugene Petit**:

Eadem causa petendi. – Es necesario que se trate de la misma pretensión jurídica. Si la demanda está fundada sobre la misma causa, la excepción se concede, aunque el demandante ejercite una acción diferente. Por ejemplo: si el comprador, después de haber intentado la acción quanti minoris, ejercita la acción redhibitoris, contra el vendedor, por los mismos vicios de la cosa vendida, será rechazado por la excepción rei judicate.⁷⁰

Havia um tratamento totalmente diferenciado caso a ação fosse pessoal ou real. A ação pessoal tinha como requisito a fixação da *causa obligationes*, pela qual se identifica a *causa actionis*. Caso fosse ação real e o demandante não tivesse expressado a que título a coisa lhe pertencia, todas as demais hipóteses de titularidade estariam implicitamente compreendidas na demanda. Na ação real as alegações, ponderações ou motivos não eram consideradas para os fins de identificar a demanda paradigma. Exemplar

⁶⁸ Cabe destacar-se que no período das *legis actiones* era tradicional mencionar o objeto da demanda, como *causa agendi*. Com o processo formulário passou a denominar-se *causa petendi* ou *causa actionis* ou *causa próxima actionis*.

⁶⁹ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 105.

⁷⁰ Petit, Eugene. Op. cit., p. 866.

é a hipótese narrada por **Tucci e Azevedo**, citando o Digesto 44.2.11.5, libro LXXV *ad edictum*:

Se, porventura, o demandante imaginava ser proprietário ex causa hereditária e, depois, de vencido, passa a acreditar que o seu domínio deriva ex causa donationis, não lhe era facultado ajuizar uma segunda ação, uma vez que a sua pretensão de proprietário, qualquer que tenha sido o fundamento, é que foi deduzida como objeto da primeira *reivindicatio*.⁷¹

É relevante observar-se que era possível propor nova demanda desde, p.ex., que a causa da aquisição do bem tivesse sido posterior à *litis contestatio* da ação precedente.⁷² Excepcionava-se, na hipótese, a teoria dos *tria eadem*, de modo a permitir a rediscussão da matéria, agora sob novo fundamento.

Acaso houvesse pagamento realizado após a *litis contestatio*, embora a fórmula fosse imutável, permitia-se que a sentença final reconhecesse o pagamento realizado.⁷³

6.2.3. Sentença e coisa julgada.

No processo formulário o *iudex* possuía uma maior liberdade em julgar, mas se encontrava adstrito aos limites da fórmula. Possuía o julgador, no entanto, o direito de sentenciar por livre convicção ou mesmo declarar o *non liquet* (que era uma negativa de julgamento), como nos explica Scialoja:

Recordemos ante todo no era absolutamente obligatorio para el juez pronunciar la sentencia, como lo es en nuestro derecho. El juez romano, si después de hacer cuanto le era posible para llegar a un convencimiento sobre la realidad de los hechos y sobre el derecho del actor o del demandado, no conseguia formalo, tenía un médio para salir del paso, y para jurar sibi non liquere; esto es, jurar que no había logrado formarse una segura opinión sobre la causa.⁷⁴

⁷¹Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 107.

⁷²Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 107.

⁷³Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 129.

⁷⁴Scialoja, Vittorio. **Procedimento Civil Romano**. Traducción de Santiago Sentis Melendo Y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954, p. 253.

Tal qual ao processo da *legis actiones* a sentença não era fundamentada e tinha a finalidade de declarar o direito da parte vencedora.⁷⁵ Com a sentença surgia a *res iudicata* que se constituía em nova relação jurídica, apta a permitir os atos de execução da sentença, denominada de *actio iudicati*. A doutrina⁷⁶ afirma que não havia propriamente uma ação de execução, mas os atos de execução em tudo se apresentavam como uma ação própria e, em regra, incidiam sobre a pessoa do devedor, no entanto, permitia-se que se dirigisse também sobre os seus bens.

A *auctoritas rei iudicata* era produto da sentença condenatória, gerando, por consequência a *obligatio iudicati*, fundamento essencial para a execução que, a partir de então, permitia-se invocar a *exceptio rei iudicatae* na fórmula de eventual *actio* de idêntico teor.

Além da *restitutio in integrum*, era possível alegar-se a nulidade da sentença por razões como a incompetência do juiz, falsidade da prova, entre outros. A parte que entendesse que a sentença era nula poderia ingressar com a *revocatio in duplum*, antes mesmo do início do processo executivo[que demorava necessariamente 30(trinta) dias, era o *tempus iudicati*]⁷⁷. Em caso de derrota nesta demanda, a pena era alta, pois o demandante teria que pagar em dobro a quantia devida, não se olvidando que qualquer condenação tinham natureza pecuniária, mesmo em face de ação real.

Interessante destacar-se que a *revocatio in duplum* era destinada para sentenças consideradas nulas e não havia prazo para sua utilização, diferentemente da *restitutio in integrum* que se reservava às sentenças válidas e tinha prazo limitado de até 1(um) ano.

Mesmo que a parte não tivesse utilizado a *revocatio in duplum* poderia negar o cumprimento da obrigação(*infitiatio*) alegando a:

inexistência do *iudicatum*, a nulidade do processo ou da sentença anterior, opor alguma exceção, ou, ainda, afirmar ter efetuado o pagamento e cumprido a obrigação. Todas estas formas de resistir à pretensão do demandante conduziam o feito à nova escolha e nomeação do juiz, redação da fórmula, litis contestatio,

⁷⁵ Scialoja, Vittorio. Op. cit., p. 254.

⁷⁶ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 132.

⁷⁷ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 131-132.

procedimento apud iudicem, e, finalmente, à sentença, a qual, caso fosse favorável ao credor, tinha eficácia de verdadeiro título executivo.

Caso a *infinitio* fosse considerada dolosa, o devedor tinha que pagar em dobro a quantia devida (*infinitio crescit in duplum*).

6.3. Período conhecido como *extraordinaria cognitio*.

O período conhecido como “*extraordinaria cognitio*” foi o mais longo do direito romano, iniciando-se com a implantação do Principado em 27 a.C e perdurando até a queda do império romano (bizantino) no oriente, em 1453.

*6.3.1. Fase do principado.*⁷⁸

O Imperador Otaviano Augusto empreendeu uma ampla reforma no sistema processual, tendo modificado o tradicional sistema de fases processuais. As figuras do magistrado e juiz foram consolidadas em uma única pessoa, que a partir de então passa a ser agente do Estado, ampliando-se sua atuação, que abarca a fase de produção de provas, julgamento da demanda e execução do *decisum*.

As sentenças como expressão do próprio poder estatal, perdem o seu caráter arbitral e revelam a força do soberano nas decisões judiciais (*ex auctoritate principis*), que dotadas de maior interferência na esfera individual dos particulares, concretizam condenações específicas nas ações reais, abandonando a prática geral de condenações em pecúnia e adotando a regra da *condemnatio in ipsam rem*.

Com o crescimento dos poderes imperiais, o Imperador Otaviano Augusto, como o único mandatário do império, atua diretamente sobre as causas, quer avocando demandas específicas, quer julgando-as, quer delegando-as a magistrados por ele escolhidos.

Não havia, propriamente, normas uniformes da atuação imperial. Em vários casos, em que o *ius civile* e *ius honorarium* eram omissos, como no caso

⁷⁸ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. Cit., pp. 137-151.

do fideicomisso ou alimentos entre consangüíneos, o tribunal imperial julgava por *decreta*, subsidiado pelas *constitutiones principis*.

Até então, antes do período da *extraordinária cognitio*, uma vez proferida a sentença ela era considerada definitiva, embora existissem diversos mecanismos de impugnação, como a *restitutio in integrum*, a *revocatio in duplum*, a *exceptio*. Não havia, no entanto, um sistema de revisão hierarquizado do julgado.

O Imperador Otaviano Augusto mudou radicalmente tal situação e implantou, inicialmente, a possibilidade da parte vencida interpor recurso ao tribunal imperial que, posteriormente, constituiu o 2º grau de jurisdição com elevados agentes do Estado, como o pretor urbano.

O recurso ordinário cabível da sentença era a *appellatio*, que inclusive cabia da sentença lavrada na *restitutio in integrum*, que ficou restrita às demandas em que se discutia direitos de menores ou ausentes. Cabia, ainda, a *supplicatio*, dirigida, especialmente, ao *praefectus praetorio*, que era o funcionário com atribuições jurisdicionais mais graduado do Estado, como explica **Moreira Alves**:

Praefecti praetorio – Em número, geralmente, de dois ou três, eram funcionários submetidos ao princípio da colegialidade. De início suas funções são militares, já que comandavam a guarda imperial e as tropas de Roma e da Itália; depois, atribuiu-se-lhes jurisdição criminal na Itália, e suas funções civis acabam predominando sobre as militares, razão por que notáveis jurisconsultos foram *Praefecti praetorio*.⁷⁹

Na *restitutio in integrum* mais se exigia a concessão do *auxilium extraordinarium* e a sentença prolatada tinha que examinar a anulação do julgado(juízo *rescindens*) e, em caso de acolhimento do pedido de anulação do julgado, passava-se a examinar, em juízo *rescissorium*, a questão pendente decorrente da anulação do julgado anterior. Houve a ampliação do prazo de ajuizamento de 1(um) ano para 4(quatro) anos.⁸⁰

⁷⁹ Alves, Moreira. Op. cit., p. 34.

⁸⁰ Petit, Eugene. Op. cit., p. 937.

Como consequência da estatalidade do processo, a citação, progressivamente, deixa de ser um ato praticado pelo particular e passa a ser um ato do império, em que o magistrado determina a emissão de um “convite verbal” ou documento escrito ao demandado para o seu comparecimento no fórum.

A ausência do demandado já não causava a vitória do demandante, uma vez que o juiz poderia não lhe dar o ganho de causa. Em verdade, o ato de julgar desapegasse do formalismo extremado e passa-se a ter como fundamento o princípio do livre convencimento do juiz.

Iniciado o processo perante o magistrado, o demandante expunha sua pretensão e apresentava sua causa de pedir, que poderia ser modificada posteriormente, desde que o magistrado aceitasse tal inovação.

O processo, antes escrito no período formulário, passa a privilegiar a produção oral em contraditório⁸¹. Ao réu confere-se o então privilégio de comprovar suas alegações após o autor, extrai-se, portanto, um ponto de origem da regra que o ônus de provar incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.

A fixação dos limites da demanda, antes limitada a *quaestio iuris*, é estabelecida pelo próprio autor, de modo que a perda da demanda não implicava, necessariamente, a perda do direito.

6.3.1.1. Sentença e coisa julgada.⁸²

A sentença podia ser definitiva ou interlocutória, com a mesma feição da processualística atual, passando a ser motivada, tanto que era admitida a interposição de recurso de sentenças injustas.

⁸¹ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, 141.

⁸² Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, pp. 146-152.

No novo período processual ampliam-se as hipóteses de sentenças nulas, tais quais aquelas proferidas contra texto das *legis constitutiones* ou contra a *res iudicta*, sendo consideradas nulas *ipso iure*, não valendo como julgados.⁸³

Como visto o efeito negativo da coisa julgada já era conhecido do direito romano, desde a *legis actio*, no entanto, com a *extraordinária cognitio*, confere-se um efeito positivo ao Instituto aplicando-se a coisa julgada às partes na demanda. Excepcionalmente os terceiros podiam ser atingidos pela coisa julgada, como no caso do credor pignoratório e o marido em relação ao dote.

A sentença que não era impugnada no prazo legal, ganhava a garantia da imodificabilidade(*auctoritas rei iudicata*), viabilizando a *actio iudicati*, que tinha como requisito uma condenação em pecúnia. Ajuizada a demanda e citado o devedor, acaso o vencido não efetuasse o pagamento, cabiam aos agentes do Estado realizar a penhora em bens suficientes para garantir a execução.

As ações reais, por seu turno, após a formação da coisa julgada, acaso a parte derrotada não viesse a cumprir o julgado, podia-se fazer uso da força(*manu militari*).⁸⁴

6.3.2. Fase do Dominato⁸⁵

O *Dominato* surgiu num momento de grande atribulação política e elevada corrupção e abusos na administração judiciária. As mudanças mais significativas do processo romano na fase do Dominato datam do governo do Imperador Constantino, sucessor de Diocleciano que, para os fins do presente trabalho, podem ser destacadas quanto à sentença e a coisa julgada.

Inobstante tal premissa acima referida, merece referência alguns eventos processuais que bem revelam o desenvolvimento processual romano como um todo, em razão principalmente do ambiente histórico: a) as causas cíveis e criminais passaram a

⁸³ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 147.

⁸⁴ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, 149.

⁸⁵ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, pp. 152-158.

adotar o princípio da publicidade, bem como incentivasse a denúncia aos abusos cometidos pelas autoridades judicantes; b) a citação que ainda podia ter participação dos particulares, passa ser ato estatal imperativo, introduzindo a *litis denuntiatio*⁸⁶; c) introduziu a figura do processo *per relatio*, que permitia que alguns magistrados, em causas cíveis e fiscais complexas, pudessem ser reportar ao tribunal superior para esclarecimento ou mesmo remeter o feito para a instância superior, onde seria julgada; d) a lei preservava de penhora alguns bens imprescindíveis à sobrevivência humana, como os escravos ou instrumentos de cultivo, quanto às dívidas do agricultor.

6.3.2.1. Sentença e recurso

Embora a sentença nula não possuísse valor de coisa julgada, já se observava a inconveniência de se manter a *revocatio in duplum* de modo indefinido, tendo-se estipulado que o prazo de utilização da medida processual se limitava em 10(dez) anos entre presentes e 20(vinte) anos entre ausentes. Tal sistemática de prazo foi, inclusive, utilizada expressamente pelo nosso Código Civil de 1916, ao versar sobre os prazos gerais das ações pessoais(art. 177).

O sistema processual romano passou a ser bastante complexo, havendo diferenças profundas quer a demanda fosse ajuizada em Roma ou nas províncias. Em algumas províncias, já desde o período fórmulo, os governadores(*rectores* ou *moderatores provinciarum*) possuíam a atribuição jurisdicional de 1º grau (*iudices ordinarii*)ou mesmo tinham as prerrogativas de juízes de 2º grau.

As províncias da Ásia e África e Acaia(localizada na Grécia), por sua vez eram governadas pelos preconsules dotados de competência judicante e estavam subordinados diretamente ao Imperador, salvo o preconsul da Acaia que era hierarquicamente inferior ao prefeito do pretório do Ilírico(Região situada entre a Itália e a Grécia).

⁸⁶ Como nos ensina Vincenzo Arangio – Ruiz a *litis denuntiatio* foi regulada por Constantino e: “es una declaración del actor, dirigida al demandado pero redactada com la cooperación de um funcionario autoriza para recibir tales declaraciones; sólo en época posterior el funcionario que recibe la *denuntiatio* se identifica con el juez a quien corresponde la decisión de la controversia. Desde la denuncia transcurre un término de cuatro meses, a cuyo vencimiento las partes tienen la obligación de comparecer en juicio, bajo pena de la pérdida de la *litis*(si falta el actor) o del proceso en contumacia(si quien falta es demandado); sin embargo, el actor puede obtener, justificando la falta de comparecencia, una *reparatio temporum*.”

(**Instituciones de Derecho Romano**. Tradução: José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1986, p.169.)

As hipóteses recursais passaram a ser variadas e complexas, de modo que a cristalização do julgado, dependia de inúmeras peculiaridades legais.

Inobstante a complexidade recursal, o Imperador não dispensava o direito de examinar toda e qualquer decisão judicial, sendo a última, derradeira e intransponível instância processual, como afirmam **Tucci e Azevedo**:

...reservava a si, na condição de depositário de uma competência indelegável, a qualidade de único intérprete do direito e supremo magistrado em qualquer grau de jurisdição, e, portanto, legitimado a reexaminar toda e qualquer decisão judicial.⁸⁷

6.3.3. Fase justiniana⁸⁸

O Imperador Justiniano determinou a reforma do direito processual romano a partir do ano 527 e perdurou, com alterações de menor monta, até o fim do Império romano no oriente em 1453.

Uma das medidas adotadas pelo governo de Justiniano foi substituir a *litis denuntiatio* pelo sistema conhecido como *libellus conventionis*, que era bastante assemelhado ao sistema atual de citação. Por esse sistema a parte ingressava com uma peça processual com várias cópias endereçadas ao magistrado, expondo suas razões e sua pretensão.

Tanto o autor como o réu tinham que prestar caução, para os fins de garantir o pagamento das despesas processuais e se comprometiam a acompanhar os atos processuais. Em casos extremados, de notória solvência ou insolvência, as partes eram dispensadas da caução real, mas estavam obrigadas à caução juratória.

O juiz ao receber a petição de seus auxiliares(*exsecutores*), após breve exame da demanda, determinava a citação do réu, que tinha que responder no prazo de 20(vinte) dias(*libellus contradictionis*).

⁸⁷ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 155.

⁸⁸ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 158-162.

Em audiência pública o julgador fixava os pontos da demanda (*litis contestatio*) e passava à colheita de provas, sendo a audiência prolatada em audiência pública. Com a prolação da sentença, o julgado podia ser atacado por *appellatio* ou *suplicatio* (*retractatio*), salvo quanto às sentenças do tribunal eclesiástico, que eram, em princípio, inapeláveis, no entanto, passaram a ser recorrível mediante norma editada por Justiniano.

Nesse período, já estava consagrado que apenas a sentença de mérito podia alcançar a coisa julgada, sendo inadmissível a utilização de eventual *exceptio rei iudicatae*.⁸⁹

7. Coisa julgada no direito canônico

7.1. Origens da Igreja Católica Apostólica Cristã.

Antes de se tratar diretamente sobre o direito canônico, convém uma breve referência sobre a origem da doutrina Cristã e alguns aspectos de sua influência no direito.

O evangelho atribuído a **Jesus Cristo**, pelos diversos autores da Bíblia Sagrada, pode ser entendido como uma ordem de conduta moral baseada no amor ao próximo e no respeito às leis de Deus.

José Jobson de A. Arruda e Nelson Piletti⁹⁰ apresentam interessante esboço histórico sobre as perseguições sofridas pelos cristãos e a criação da Igreja católica. Narram os autores que as comunidades cristãs foram formadas, em princípio, por professantes do judaísmo, mas pouco a pouco o cristianismo irradiou-se pelo Império romano.

A partir do ano de 64, no governo do Imperador Nero, os cristãos passaram a ser perseguidos, quer porque não adoravam os deuses de Roma, quer porque tinham cultos secretos vedados aos não-cristãos, quer porque lhes foram atribuídas ignomínias, como cerimônias orgíacas em que ocorriam assassinatos de crianças e a autoria do incêndio de Roma.

⁸⁹ Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. Op. cit., p. 159.

⁹⁰ **Toda a História – História Geral e História do Brasil**. Editora Ática. São Paulo: 2002, pp. 89-91.

Os cristãos sofreram inúmeras perseguições por quase 2(dois) séculos e meio, mas a passividade com que aceitavam o destino cruel nos circos de Roma, transformaram o sentimento do povo romano, que passaram a admirar a tenacidade da fé que professavam.

Com o passar do tempo e a crescente influência da doutrina cristã na sociedade romana, no Século IV, o Imperador Constantino tirou a chamada “seita cristã” da clandestinidade e lhe conferiu o “status” de religião oficial do Império. Foi a forma inteligente encontrada pelo Imperador Constantino para unificar o Império sob uma única bandeira. A partir daí surge a necessidade de regular, formalmente, as condutas dos praticantes da “formalizada” Igreja que seria, posteriormente, conhecida como “Igreja Católica Apostólica Cristã”.

O Imperador Constantino promoveu o 1º concílio da Igreja na cidade de Nicéia, onde entre outras deliberações ficou definido que “Jesus era filho de Deus e semelhante ao Pai”.⁹¹

José Rogério Cruz Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, bem destacam que o cristianismo no século IV não chegou a transformar o ordenamento jurídico romano, mas o pensamento e a moral da cristã “passaram a integrar e a concorrer com os princípios do direito: os traços do cristianismo são individuados a todo momento nas leis de Constantino.”⁹²

Com o passar do tempo e a estruturação crescente da Igreja Católica, a influência religiosa evolui para influência política, surgindo as bases para o direito canônico, como normas de forte interferência na vida cotidiana dos fiéis e na sociedade em geral.

Luiz Antonio Rolim destaca que o direito canônico evoluiu bastante na Idade Média granjeando a competência jurisdicional exclusiva para o julgamento de algumas causas civis e penais.⁹³

Paulo Otero⁹⁴ anota que na Idade Média a validade das leis estava subordinada a sua correspondência com a Lei da Cúria de Coimbra de 1211 que dispunha que as leis tinham que ser conformes com os direitos da Santa Igreja de Roma.

⁹¹ Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. Op. cit., p. 90.

⁹² Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo, RT, 2001, p. 153.

⁹³ Op. cit., p. 108.

Considerando que esta Dissertação não tem o direito canônico ou o direito romano como objetos principais de estudo, limitar-me-ei a examinar o Código Canônico vigente, onde me aterei ao exame da coisa julgada e seus institutos correlatos, que podem ainda contribuir para a evolução do Instituto em sua feição estatal-jurisdicional.

7.2. Legislação do direito canônico em vigor sobre a coisa julgada

O Código Canônico(*Codex Iuris Canonici*)⁹⁵ em vigor, promulgado em 25 de janeiro de 1983,⁹⁶ possui disciplinamento específico sobre a coisa julgada, reservando quatro artigos sobre o instituto(Cânones 1.641 a 1.644)⁹⁷. Antes de tratarmos sobre o disciplinamento específico sobre a coisa julgada, parece adequado tecer breves referências sobre o processo canônico.

O processo canônico, regulado pelo Código Canônico, tem por objeto de exame os temas versados nos Cânones 1.400 e 1.401⁹⁸. As causas relativas à beatificação são versadas por lei especial(Cânon 1.403).

No direito canônico, a regra geral, é que o Juiz de 1º grau é o Bispo diocesano(Cânon 1.419)⁹⁹, que no julgamento das demandas proleta sentenças

⁹⁴ Otero, Paulo, **Ensaio sobre Caso julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1993, pp. 16-17.

⁹⁵ O texto do Código Canônico foi extraído da versão espanhola capturada no Sítio do Vaticano: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM. Disponível em 29/11/2006. Embora o Brasil seja o maior País católico do mundo, no Sítio do Vaticano não consta versão em português.

⁹⁶ O Código Canônico atual foi editado na década de 80 do Século passado, mas as origens do direito canônico remontam ao Século XI, como nos informa José Rogério Cruz e Luiz Carlos Azevedo(**Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo: RT, 2001, p. 159.)

⁹⁷ Há dois Códigos Canônicos. O Código Canônico que regula a Igreja Católica no ocidente e o Código Canônico que regula a Igreja Católica no Oriente, este trecho do Trabalho versará, apenas, sobre o Código Canônico no Ocidente, pela maior afinidade com nosso direito.

⁹⁸ 1400 § 1. Son objeto de juicio:

1 la reclamación o reivindicación de derechos de personas físicas o jurídicas, o la declaración de hechos jurídicos;

2 los delitos, por lo que se refiere a infligir o declarar una pena.

§ 2. Sin embargo, las controversias provenientes de un acto de la potestad administrativa pueden llevarse sólo al Superior o al tribunal administrativo.

1401 La Iglesia juzga con derecho propio y exclusivo:

1 las causas que se refieren a cosas espirituales o anejas a ellas;

2 La violación de las leyes eclesiásticas y de todo aquello que contenga razón de pecado, por lo que se refiere a la determinación de la culpa y a la imposición de penas eclesiásticas.

⁹⁹ O Código Canônico prevê diversas hipóteses nas quais o Bispo diocesano não julgará a demanda, quando, por exemplo, o Bispo está impedido(Cânon 1419, §2º) , e aí é constituído um Vigário Judicial para o julgamento das

definitivas ou interlocutórias(Cânon 1.607), sendo reguladas pelos Cânones 1.607 ao 1.617, destacando-se como requisitos formais os Cânones 1.611 e 1.612¹⁰⁰.

7.3. Trânsito em julgado no direito canônico

O direito canônico prevê 04(quatro) hipóteses pelas quais a sentença pode transitar em julgado(Cânon 1.641)¹⁰¹:

- 1ª) “DUPLEX CONFORMIS”
- 2ª) PRECLUSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS
- 3ª) PEREMPÇÃO OU RENÚNCIA EM GRAU DE APELAÇÃO;
- 4ª) INADMISSIBILIDADE DE RECURSO.

Com exceção da primeira hipótese, as demais são conhecidas no direito processual civil brasileiro. As hipóteses 2ª à 4ª contemplam as situações em que o recurso não foi manejado no prazo e segundo as formalidades previstas na norma ou não foi mantido pela vontade da Parte interessada, que renunciou ao recurso ou o mesmo foi atingido pela perempção. No caso da *duplex conformis* a coisa julgada ocorre pela conformidade sucessiva de decisões num mesmo processo.

demandas em 1º grau, pratica prevista ordinariamente no Código Canônico ou em entre outras hipóteses, disciplinadas nos Cânones 1419 ao 1427.

¹⁰⁰ 1611 La sentencia debe:

- 1 dirimir la controversia discutida ante el tribunal, dando a cada duda la respuesta conveniente;
- 2 determinar cuáles son las obligaciones de las partes derivadas del juicio, y cómo han de cumplirse;
- 3 exponer las razones o motivos, tanto de derecho como de hecho, en los que se funda la parte dispositiva de la sentencia;

4 determinar lo referente a las costas del litigio.

1612 § 1. Después de invocar el Nombre de Dios, la sentencia debe exponer, por orden, quién es el juez o el tribunal; quiénes son el actor, el demandado y el procurador, indicando sus nombres y domicilios; así como el promotor de justicia y el defensor del vínculo, si tomaron parte en el juicio.

§ 2. Después debe exponer brevemente el hecho del que se trata, las conclusiones de las partes y la fórmula de las dudas.

§ 3. A continuación seguirá la parte dispositiva de la sentencia, precedida de las razones en que se fundamenta.

§ 4. Se concluye con la indicación del día y del lugar en que se ha dictado, con la firma del juez o de todos los jueces, si el tribunal es colegial, y del notario.

¹⁰¹ 1641 Quedando a salvo lo que prescribe el c. 1643, se produce la cosa juzgada:

- 1 si hay dos sentencias conformes entre los mismos litigantes, sobre la misma petición hecha por los mismos motivos;
- 2 si no se hubiera interpuesto apelación contra la sentencia dentro del plazo útil;
- 3 si, en grado de apelación, hubiera caducado la instancia o se hubiera renunciado a ella;
- 4 si se dictó sentencia definitiva, contra la cual no cabe apelación, de acuerdo con el c. 1629.

Tucci e Azevedo explicam as origens do Instituto:

a imposição da *duplex conformis*, segundo abalizada doutrina, foi inicialmente introduzida nas ações de nulidade de casamento pelo Papa Benedito XIV (1740 – 1758), em 1741, com a finalidade de coibir graves abusos advindos da irresponsável facilidade e excessiva precipitação com que muitos juízes dissolviam o matrimônio.¹⁰²

A *duplex conformis* certamente poderia ser objeto de introdução no direito processual civil brasileiro, especialmente para as causas consideradas de pequeno valor, mesmo quando não sujeitas aos juizados especiais. Tal contribuição não apenas iria ao encontro da racionalidade processual, que sempre se impõe na tramitação processual, como reservaria aos tribunais superiores o exame das questões evidentemente controvertidas.

É óbvio que tal medida poderia ser entendida como obstáculo ao acesso à justiça, na medida em que o 3º degrau recursal estaria vedado, no entanto, a agilidade que o processo iria ganhar certamente superaria os eventuais prejuízos que a implantação da sistemática poderia trazer.

Não se pode esquecer, outrossim, que os diversos mecanismos processuais existentes como as súmulas vinculantes, as ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, a via rescisória, o manejo das impugnações de inconstitucionalidade (art. 475-L, do CPC e art. 741, parágrafo único), possibilitariam, de fato, que na maioria dos casos, as demandas seriam reexaminadas, mesmo após o trânsito em julgado.

7.4. Imutabilidade da coisa julgada no direito canônico

A coisa julgada no direito canônico está associada, também, à noção de estabilidade e faz “direito entre as partes e proporciona a ação de julgado e exceção

¹⁰²Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo, RT, 2001, p. 142.

de coisa julgada, que o juiz pode declarar também *ex officio*, para impedir nova introdução da mesma causa.”¹⁰³

As causas sobre o estado das pessoas não faz coisa julgada, como se observa pela dicção do Cânon 1.643¹⁰⁴, mesmo no caso da existência de duas sentenças concordes (nas mesmas condições da *duplex conformis*), quando é possível a interposição de recurso ao tribunal de apelação apresentando novas e graves provas ou argumentos, no prazo de 30(trinta) dias, da impugnação. Em seguida, o tribunal examina a admissibilidade do recurso, também em 30(trinta) dias¹⁰⁵.

Tucci e Azevedo advertem que mesmo no caso das ações sobre o estado das pessoas há trânsito em julgado. Dizem os Autores: “A bem da verdade, tais decisões também transitam em julgado quando houver nova *causa petendi* a justificar o ajuizamento de nova ação...”¹⁰⁶

Discorda-se dos referidos Autores. É que no caso confunde-se a eficácia da sentença com a possibilidade de revisão do julgado. A qualquer tempo o julgado pode ser impugnado, quebrando-se um dos pilares da coisa julgada que é a imutabilidade do comando decisório. De outra parte, a revisão do julgado não suspende a execução (Cânon 1644, item 2¹⁰⁷), sendo regra ao processo canônico, diversamente do Processo Civil Brasileiro, quando o recurso suspende a execução do julgado.

¹⁰³ 1642 § 1. La cosa juzgada goza de la firmeza del derecho, y no puede impugnarse directamente, si no es de acuerdo con el c. 1645 § 1.

§ 2. La misma hace ley entre las partes y da lugar a acción y a excepción de cosa juzgada, que puede también el juez declarar de oficio para impedir que vuelva a introducirse la misma causa.

¹⁰⁴ 1643 Nunca pasan a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas, incluso las de separación de los cónyuges.

¹⁰⁵ 1644 § 1. Si se pronuncian dos sentencias conformes en una causa acerca del estado de las personas, puede recurrirse en cualquier momento al tribunal de apelación, aduciendo nuevas y graves pruebas o razones, dentro del plazo perentorio de treinta días desde que se propuso la impugnación. Y, dentro de un mes a partir de la presentación de las nuevas pruebas y razones, el tribunal de apelación debe decidir mediante decreto si admite o no la nueva proposición de la causa.

¹⁰⁶ Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo, RT, 2001, p. 143.

¹⁰⁷ § 2. La petición al tribunal superior para obtener una nueva proposición de la causa no suspende la ejecución de la sentencia, a no ser que la ley establezca otra cosa o el tribunal de apelación mande que se suspenda de acuerdo con el c. 1650 § 3.

7.5. Meios de impugnação das sentenças no direito canônico

As sentenças podem ser atacadas pelas seguintes vias processuais:

- A) *QUERELA NULLITATIS*;
- B) *RESTITUTIO IN INTEGRUM*
- C) APELAÇÃO

As duas primeiras vias (*querela nullitatis e restitutio in integrum*) são reservadas para as hipóteses em que já ocorreu o trânsito em julgado, sendo meios extraordinários de impugnação da sentença, por via de ação.

Na terceira hipótese, a sentença foi prolatada, não transitou em julgado e a apelação tem, tal qual nosso sistema, natureza recursal. Em face do próprio objetivo deste escrito, me reservarei a analisar as duas hipóteses iniciais.

7.5.1. *Querela nullitatis*

A *querela nullitatis* é reservada aos casos de sentença e decisões interlocutórias nulas, diferentemente da apelação e da *restitutio in integrum* que são manejadas contra sentenças válidas. **Pito** explica bem essa distinção de tratamento:

nella querela, si suppone una sentenza nulla, che non ha prodotto effetti giuridici; nell'appello invece si é difronte a una sentenza valida e efficace, ma ritenuta ingiusta dall'appellante.¹⁰⁸

A *querela nullitatis* (ou querela de nulidade) é regulada pelo Código Canônico nos Cânones 1.619 ao 1.627¹⁰⁹, sendo Instituto assemelhado ao nosso

¹⁰⁸ Pito, Pio Vito. **I PROCESSI NEL CODICE DI DIRITTO CANONICO. Commento sistematico al Lib. VII.** Vaticano: Vaticana, 1983, p. 407.

¹⁰⁹ 1619 Siempre que se trate de una causa que se refiera al bien de las personas privadas, quedan sanadas por la sentencia las nulidades de los actos establecidos por el derecho positivo que, siendo conocidas por la parte que propone la querella, no hayan sido denunciadas al juez antes de la sentencia, quedando en pie lo que prescriben los cc. 1622 y 1623.

1620 La sentencia adolece de vicio de nulidad insanable si:

1 fue dictada por un juez absolutamente incompetente;

2 fue dictada por quien carece de potestad de juzgar en el tribunal ante el cual se ha tratado la causa;

Instituto de mesmo nome, divergindo, no entanto, quanto aos prazos de interposição e o rol de hipóteses elencadas no Código Canônico.

No direito processual civil brasileiro a *querela nullitatis* não possui prazo expresso de ajuizamento, mas para parte da doutrina ela estaria subordinada ao prazo máximo prescricional de ajuizamento das demandas no direito processual civil, como, inclusive, é a posição de **Ivo Dantas**.¹¹⁰ Contra o prazo prescricional das ações de nulidade registra-se **Ovídio Baptista da Silva**¹¹¹.

A posição de que a *querela nullitatis* não possui prazo prescricional, se afigura com maior força no sistema processual civil brasileiro. Por se tratar de demanda de natureza declaratória negativa, não vislumbro como lhe atribuir prazo prescricional. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal não vem dissentindo ao

3 el juez emitió sentencia coaccionado por violencia o miedo grave;
4 el juicio se ha realizado sin la petición judicial de la que se trata en el c. 1501, o no se entabló contra algún demandado;

5 se dio entre partes de las cuales una al menos no tiene capacidad de actuar en juicio;

6 alguien actuó en nombre de otro sin mandato legítimo;

7 fue denegado a una de las dos partes el derecho de defensa;

8 no dirimió la controversia, ni siquiera parcialmente.

1621 La querrela de nulidad a la que se refiere el c. 1620 puede proponerse perpetuamente como excepción y como acción, en el plazo de diez años desde la fecha de la sentencia, ante el juez que la dictó.

1622 La sentencia adolece de vicio de nulidad sanable, exclusivamente si:

1 ha sido dada por un número no legítimo de jueces, contra lo que prescribe el c. 1425 § 1.

2 no contiene los motivos o razones de la decisión;

3 carece de las firmas prescritas por el derecho;

4 no lleva indicación del año, mes, día y lugar en que fue dictada;

5 se basa en un acto judicial afectado de una nulidad que no haya quedado subsanada a tenor del c. 1619;

6 fue dada contra una parte legítimamente ausente, de acuerdo con el c. 1593 § 2.

1623 En los casos a que se refiere el c. 1622, la querrela de nulidad puede proponerse en el plazo de tres meses desde que se tuvo conocimiento de la publicación de la sentencia.

1624 Examina la querrela de nulidad el mismo juez que dictó la sentencia; pero si la parte teme que dicho juez tenga prejuicios y, por tanto, lo considera sospechoso, puede exigir que sea sustituido por otro juez, de acuerdo con el c. 1450.

1625 La querrela de nulidad puede proponerse junto con la apelación, dentro del plazo establecido para ésta.

1626 § 1. Pueden interponer querrela de nulidad no sólo las partes que se consideren perjudicadas, sino también el promotor de justicia o el defensor del vínculo, cuando éstos tienen derecho a intervenir.

§ 2. El mismo juez puede revocar o enmendar de oficio la sentencia nula que dictó, dentro del plazo determinado en el c. 1623, a no ser que, entretanto, se haya interpuesto apelación junto con la querrela de nulidad, o que la nulidad haya quedado subsanada por caducidad del plazo indicado en el c. 1623.

1627 Las causas sobre querrela de nulidad pueden tratarse según las normas del proceso contencioso oral.

¹¹⁰ **Coisa Julgada inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência.** Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 2, nº 15, maio de 2002, p. 593.

¹¹¹ **Sobrevivência da querrela nullitatis.** Ovídio Baptista da Silva Advogados. Porto Alegre. Disponível: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos003.htm>> Acesso em: 13.04.2008.

tratar das hipóteses concretas de inexistência de citação(RE 96374, DJU: 11.11.1983, Relator: MOREIRA ALVES. Votação: unânime).¹¹²

O que se deve divisar, com muito rigor, é a sentença nula da sentença inexistente, somente esta sujeita à *querela nullitatis*. Para não antecipar matéria, remete-se o leitor ao Capítulo V da presente Dissertação, onde o tema é examinado com maior profundidade.

A via processual pode ser oposta em prazos diferenciados, caso a nulidade for insanável ou sanável, não sendo cabível, no entanto, sua interposição na hipótese das nulidades não terem sido denunciadas ao juiz até o momento da sentença, quando a demanda versar sobre bens particulares, excetuando-se os vícios enumerados no Cânon 1.622, quando é cabível o ajuizamento da demanda.

A regra, portanto, é que as nulidades que versam sobre bens particulares devem ser impugnadas até o momento de prolação da sentença, sob pena de preclusão, no entanto, nos casos expressamente reservados pelo Código Canônico em que há vícios insanáveis ou vícios sanáveis enumerados, é passível o ajuizamento da querela de nulidade.

7.5.1.1.Competência

O Juiz que proferiu a sentença, em regra, julga também a *querela* de nulidade contra ela interposta, salvo se a parte requeirer que o juiz não tenha isenção de ânimo para o julgamento da demanda, podendo exigir que o outro juiz o substitua. É o que se extrai da dicção do Cânon 1624:

1624 Examina la querella de nulidad el mismo juez que dictó la sentencia; pero si la parte teme que dicho juez tenga prejuicios y, por tanto, lo considera sospechoso, puede exigir que sea sustituido por otro juez, de acuerdo con el c. 1450.

Tal substituição do magistrado ocorre segundo as regras do Cânon 1450. Eis a norma:

¹¹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE Nº 96374, DJ 11-11-1983, Relator: MOREIRA ALVES. Votação: unânime. Disponível: <http://www.jf.jus.br/juris/>?. Acesso em: 13.04.2008.

1450. Admitida la recusación, deben cambiarse las personas, pero sin cambiar el grado del juicio.

Quando a sentença impugnada houver sido proferida pelo Tribunal da Rota Romana, a ação deverá ser ajuizada perante o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica(Cânon 1445).

7.5.1.2. *Vícios insanáveis*

O Código Canônico apresenta o elenco de vícios insanáveis no Cânon 1.620:

1620 La sentencia adolece de vicio de nulidad insanable si:

1 fue dictada por un juez absolutamente incompetente;

2 fue dictada por quien carece de potestad de juzgar en el tribunal ante el cual se ha tratado la causa;

3 el juez emitió sentencia coaccionado por violencia o miedo grave;

4 el juicio se ha realizado sin la petición judicial de la que se trata en el c. 1501, o no se entabló contra algún demandado;

5 se dio entre partes de las cuales una al menos no tiene capacidad de actuar en juicio;

6 alguien actuó en nombre de otro sin mandato legítimo;

7 fue denegado a una de las dos partes el derecho de defensa;

8 no dirimió la controversia, ni siquiera parcialmente.

Nesses casos, a ação pode ser movida no prazo de **10(dez) anos**, a partir da publicação da sentença admitindo-se, a qualquer tempo, ser invocada a nulidade como exceção(Cânon 1.621).

Tal enumeração, como o do Cânon 1622 é claramente enunciativa, como defende a maioria dos Autores, como ensinam **Tucci e Azevedo**¹¹³.

7.5.1.3. *Vícios sanáveis*

O Cânon 1.622 enumera os vícios considerados como sanáveis.

São eles:

¹¹³ Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo, RT, 2001, p. 152.

1622 La sentencia adolece de vicio de nulidad sanable, exclusivamente si:

1 ha sido dada por un número no legítimo de jueces, contra lo que prescribe el c. 1425 § 1.

2 no contiene los motivos o razones de la decisión;

3 carece de las firmas prescritas por el derecho;

4 no lleva indicación del año, mes, día y lugar en que fue dictada;

5 se basa en un acto judicial afectado de una nulidad que no haya quedado subsanada a tenor del c. 1619;

6 fue dada contra una parte legítimamente ausente, de acuerdo con el c. 1593 § 2.

O prazo para ajuizamento da *querela* em casos tais é de **três meses** após o conhecimento da publicação da sentença(Cânon 1.623) ou pode ser proposta junto com a apelação, dentro do prazo estabelecido para o recurso(Cânon 1.625), que no direito canônico é de **15(quinze) dias úteis** - Cânon 1630).

No caso do ajuizamento e interposição do recurso, embora não haja norma expressa nesse sentido, os julgamentos devem ocorrer em seqüência, de acordo com o critério da prejudicialidade, iniciando-se, portanto, pela *querela* e, se for o caso, pela apelação. Se a parte interessada não apresentar a *querela* de nulidade no prazo do recurso de apelação, não terá oportunidade do processo ser julgado com prioridade ao julgamento da apelação.

7.7. Restitutio in integrum (Câns. 1645/1648)

A *restitutio in integrum* é via processual muito próxima da ação rescisória do direito brasileiro e é cabível de sentenças válidas, possuindo como requisito geral, no dizer de Rodríguez-Ocaña “Para que haya posibilidad de conceder la restitutio in integrum hace falta: que la decisión judicial haya alcanzado el efecto de cosa juzgada y que consta la injusticia de la decisión.”¹¹⁴ a manifesta injustiça, nas hipóteses previstas nos itens 1º a 5º, do §2º, do Cânon 1.645¹¹⁵, sendo assim consideradas:

¹¹⁴Rodríguez-Ocaña, Rafael. **La demanda Judicial Canónica**. Pamplona: Navarra, 2002, p. 315.

¹¹⁵ 1645 § 1. Contra la sentencia que haya pasado a cosa juzgada cabe la restitución in integrum, con tal de que conste manifiestamente su injusticia.

§ 2. Sólo se considera manifiesta la injusticia:

1 si la sentencia de tal manera se basa en pruebas, que posteriormente se han descubierto ser falsas, que sin tales pruebas la parte dispositiva de la sentencia resulte insostenible;

- 1º - Proferida com suporte em prova falsa determinante do resultado processo;
- 2º - descoberto documento novo determinante de decisão contrária;
- 3º - acarretar dano a uma parte em decorrência de dolo da outra;
- 4º - infringente de prescrição legal de direito material;
- 5º - ofender a coisa julgada(Cânon 1.645, 2º)

Diferentemente do direito canônico que previa a rescisão de sentenças injustas, o sistema processual civil brasileiro em vigor não prevê tal hipótese de rescisão, inclusive no Instituto paradigma da ação rescisória, devendo-se levar em conta que tal hipótese amplia excessivamente a margem de discricionariedade jurisdicional que tal requisito exige, comprometendo a segurança jurídica, que é uma das bases do sistema jurídico ocidental moderno, como no Capítulo III será demonstrado.

O julgamento da demanda far-se-á pelo mesmo Juiz que proferiu a sentença, para os casos dos itens 1º a 3º, do §2º, do Cânon 1.645, possuindo o prazo de 3(três) meses para o ajuizamento da demanda, a partir do conhecimento dos motivos.

Para as hipóteses dos itens 4º e 5º do Cânon 1.645, a demanda tem que ser ajuizada no Tribunal de Apelação e a parte tem, também, o prazo de 3(três) meses para o ajuizamento da demanda, contado a partir da publicação da sentença ou, no caso do item 5º(ofender a coisa julgada), se o conhecimento da decisão precedente ocorreu em data posterior à 2ª sentença, contar-se-á o prazo a partir de quando o autor tomou conhecimento.

O pedido de *restitutio in integrum* suspende, em regra, a execução da sentença(ainda não iniciada), Cânon 1.647.

O ajuizamento da *querela nullitatis* é reservada não apenas às partes prejudicadas pelo julgado, como também ao promotor de justiça e ao defensor público, quando lhes couber intervir na demanda.

2 si se descubren posteriormente documentos que prueban sin lugar a duda hechos nuevos que exigen una decisión contraria;

3 si la sentencia ha sido originada por el dolo de una parte y en daño de la otra;

4 si es evidente que se ha menospreciado la prescripción de una ley no meramente procesal;

5 si la sentencia contradice una decisión precedente que haya pasado a cosa juzgada.

Enumera **Pio Pito**¹¹⁶ que o juiz pode se retratar ou corrigir a sentença nula nas seguintes hipóteses:

1º - Quando não fluiu o prazo de três meses, previsto no Cânon 1.623;

2º - No prazo previsto no Cânon 1.623 se não foi interposta apelação ao lado de *querela nullitatis*.

3º Que a nulidade não foi sanada pelo decurso de tempo do Cânon 1.623.

7.8.Principais distinções entre o Direito Processual Civil Brasileiro e o Direito Processual Canônico quanto à Coisa Julgada e seus consectários.

| DIREITO PROCESSUAL CANÔNICO | DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO |
|---|--|
| Apelação: Suspende a execução como regra, Cânon 1.638. | Apelação: Não suspende a execução como regra, pois é recebido no duplo efeito(art. 520). |
| <i>Restitutio in integrum</i> é julgada pelo juiz de 1º grau ou Tribunal de Apelação(Cânon 1645), sendo ajuizada no prazo de 3(três) meses. | Ação rescisória é julgada pelo Tribunal de 2º grau ou por tribunais de 3º grau de seus julgados, tendo o prazo de 2(dois) anos para ajuizamento. |
| <i>Duplex conformis</i> : julgados sucessivos no mesmo sentido transitam em julgado. | Inexistência do Instituto |
| <i>Querela nullitatis</i> : prazo de 10(dez) anos para vícios insanáveis e 3 (três) meses para sanáveis. | <i>Querela</i> de nulidade: inexistência de prazo expresso para sua interposição. |
| Exceção de inconstitucionalidade: inexistência | Exceção de inconstitucionalidade: art. 475-L e 751, parágrafo único. |

¹¹⁶“Tuttavia la possibilita riconosciuta al giudice di sanare egli stesso la sentenza, non è ilimitata; essa è sottomessa a tre condizioni: che lo faccia entro il termine stabilito dal can. 1623; che nel frattempo non sia stato presentato appello insieme con la querela a norma del can. 1625. che la nullità non sia stata sanata in forza del decorso termine prescritto dal can. 1623”(Op. cit., p. 408)

8. Conclusões do Capítulo

1. A coisa julgada surgiu em suas bases teóricas no direito romano, desenvolvendo-se em seus elementos básicos a partir do período formulário, mas já se encontrava presente no período das *legis actiones*, com um caráter eminentemente negativo, onde, após a sentença, já não se permitia às partes ajuizarem nova *legis actiones* para reexaminar a *res in iudicium deducta*. Caso a demanda fosse novamente ajuizada poderia o juiz denegá-la(*denegatio actionis*).

2. No período formulário, a parte possuía dois caminhos para obstar a rediscussão da causa já julgada: a) *ipso iure*, pela *denegatio actionis* ou b) pelo uso da exceção de coisa julgada, introduzida nesse período do processo romano.

3. No período formulário, a parte que entendesse que a sentença era nula poderia ingressar com a *revocatio in duplum*, antes mesmo do início do processo executivo[que demorava necessariamente 30(trinta) dias(*tempus iudicati*)]. Em caso de derrota nesta demanda, a pena era alta, pois o invocante teria que pagar em dobro a quantia devida.

4. A *restitutio in integrum* romana era o meio processual que tinha por finalidade rescindir(*juízo rescindens*) atos civilmente válidos e além de rescindir também rejulgar sentenças visivelmente injustas (*juízo rescissorium*), servindo, ainda, como meio de rescindir sentença, em face de omissão da parte que não opôs, tempestivamente, uma exceção devida.

5. O jurisconsulto Neracio, no período formulário, apresentou a teoria dos *tria eadem*, pela qual dizia que o processo se identificava pelos elementos *res*, *personae* e causa próxima *actionis*.

6. O direito romano previa a *infinitatio* - inicialmente sem prazo e posteriormente com prazo de 10(dez) anos entre presentes e 20(vinte) anos entre ausentes - , que era Instituto destinado a obstar a execução de julgados em que havia nulidade processual, inexistência de coisa julgada, existência de sentença anterior ou pagamento da obrigação, exigindo um novo processo de conhecimento.

7. Antes do período da *extraordinária cognitio*, uma vez proferida a sentença ela era considerada definitiva, embora existissem diversos mecanismos de impugnação, como a *restitutio in integrum*, a *revocatio in duplum*, a *exceptio*.

8. No período da *extraordinária cognitio* ampliam-se as hipóteses de nulidade das sentenças, como aquelas proferidas contra texto das *legis constitutiones* ou contra a *res iudicata*, sendo consideradas nulas *ipso iure*, não valendo como julgados.

9. No período da *extraordinária cognitio* já estava consagrado que apenas a sentença de mérito podia alcançar a coisa julgada, sendo inadmissível a utilização de eventual *exceptio rei iudicatae*.

10. O direito canônico já serviu como requisito de validade da legislação portuguesa, como se anota no caso da Lei da Cúria de Coimbra do ano de 1211.

11. O direito processual canônico possui um tratamento complexo sobre a coisa julgada e seus meios de impugnação, registrando-se institutos que vêm sendo testados há vários séculos com sucesso.

12. Diferentemente do direito canônico que previa a rescisão de sentenças injustas, o sistema processual civil brasileiro em vigor não prevê tal hipótese de rescisão, inclusive no Instituto paradigma da ação rescisória, devendo-se levar em conta que tal hipótese amplia excessivamente a margem de discricionariedade jurisdicional que tal requisito exige, comprometendo a segurança jurídica, que é uma das bases do sistema jurídico ocidental moderno.

13. O direito processual canônico pode contribuir como base inspiradora da evolução desejada do direito processual civil brasileiro, em especial da coisa julgada.

14. A *querela nullitatis* encontra-se prevista, expressamente no direito canônico, consignando um prazo máximo para o seu ajuizamento (10 anos para vícios insanáveis), diferentemente do sistema brasileiro que não consigna, expressamente, tal ação.

15. Dos vários institutos de direito canônico mencionados neste Capítulo o Instituto do “*duplex conformis*” apresenta-se como mecanismo de elevada

simplicidade e de alto grau de praticidade na busca de um processo mais célere e racional, podendo ser aplicado no direito processual civil brasileiro, especialmente para as causas consideradas de pequeno valor.

CAPÍTULO II - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA COISA JULGADA.

1. Justificação do Capítulo

O Capítulo não tem a pretensão de esgotar os diversos temas referentes à coisa julgada, uma vez que cada um dos assuntos adiante examinados possui autonomia suficiente para ser objeto de dissertação específica. De igual modo, muitas questões concernentes à coisa julgada não são abordadas neste Capítulo. A opção de realizar uma abordagem, em certa medida pontual, se coaduna com a finalidade desta Dissertação de aprofundar os textos centrais constantes nas epígrafes dos demais Capítulos, sem esquecer, no entanto, que alguns aspectos processuais não podem deixar de ser examinados, por exigirem posicionamento prévio de quem escreve permitindo, assim, a melhor compreensão de muitas das questões tratadas no curso deste Trabalho.

2. Finalidade da coisa julgada.

A coisa julgada surge como Instituto que tem por fito garantir a segurança jurídica, revelada pela impossibilidade de rediscussão da causa (autoridade)¹¹⁷, implicando, na prática, limite ao exercício do poder jurisdicional na escolha da decisão mais adequada (correta e justa).

Chiovenda explica que a coisa julgada não é um Instituto essencial para o direito, tanto que em direitos antigos era tradicional a impugnação indefinida da sentença com base em novas provas e/ou por motivos diversos aos discutidos nos autos. A coisa julgada surgiu de uma necessidade prática, por razões de oportunidade e utilidade social, que “sólo por meras razones de oportunidad y utilidad social se introduce em los distintos derechos um limite a la discutibilidad de lo decidido.”¹¹⁸

Dinamarco, por sua vez, diz que a função da coisa julgada é “proporcionar segurança nas relações jurídicas, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo

¹¹⁷ Chiovenda, José, **Principios de Derecho Procesal Civil**. Tomo II, Tradução da 3ª edição italiana por Jose Calais y Santaló. Distrito Federal (México): Cadenas, Editor y Distribuidor, 1990, p. 461.

¹¹⁸ Chiovenda, José. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Op. Cit., p. 461.

fator perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos.”¹¹⁹

Fenoll vê na coisa julgada um instituto essencial para o próprio exercício da jurisdição, tanto que chega a dizer: “¿ Puede, a pesar de todo, concebir-se la actividad jurisdiccional sin la existencia de la cosa juzgada?”¹²⁰

Em verdade, a coisa julgada é um Instituto essencial para garantir um mínimo de estabilidade e segurança jurídica à sociedade. Sem ela as demandas se eternizam, com ela alcança-se o chamado “justo possível”,¹²¹ de modo a permitir o fim do litígio e a paz social.

3. Distinções entre coisa julgada formal e coisa julgada material

Pontes de Miranda, em conceituação sintética, afirma que “A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se noutro processo o que se decidiu.”¹²²

Paulo Otero diz que a coisa julgada é um “acto de autoridade do poder jurisdiccional do Estado”¹²³ e que pode expressar-se sobre duas formas: a) “a decisão que incide sobre a própria relação material controvertida, tendo uma força obrigatória dentro e fora do respectivo processo (=caso julgado material);” b) “a decisão que recai apenas sobre a relação processual, assumindo mera força obrigatória dentro do processo em que foi proferida(=caso julgado formal).”¹²⁴

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido José, **Instituições de direito processual civil**, Vol. 3, 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 295.

¹²⁰ Fenoli, Jordi Nieva. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier, 2006, p.25.

¹²¹ Nery, Nelson; Nery Risa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 594, dizem: “Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.” Sobre o conceito de justiça e segurança jurídica e suas diversas implicações perante a coisa julgada, para não remeter matéria, remeto o leitor ao Capítulo III desta Dissertação.

¹²² **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. São Paulo: Forense, p. 144.

¹²³ Otero, Paulo. **Ensaio sobre Caso Julgado Inconstitucional**, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1993, p. 42.

¹²⁴ Otero, Paulo. Op. cit., pp. 42-43.

A coisa julgada pode ser examinada sob o enfoque material ou formal. A coisa julgada material resolve o litígio, definindo o direito buscado em juízo, que repercute (tem eficácia) não apenas no processo que a produz como também fora dele, fazendo lei entre as partes.¹²⁵ Já a coisa julgada formal tem sua eficácia restrita ao processo donde é originada, uma vez que a sentença não examina as questões meritórias surgidas para o julgamento da demanda. A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material, mas aquela não resulta, necessariamente, nesta.

O direito brasileiro distingue a coisa julgada material, da coisa julgada formal (chamada de preclusão máxima¹²⁶), reservando à primeira, a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo do *decisum*, evitando, com isso, que nova demanda seja ajuizada (eficácia externa). Na coisa julgada formal garante-se a indiscutibilidade da sentença, tão-somente no processo (eficácia interna).¹²⁷

O conceito legal de coisa julgada do art. 467, do CPC, não adotou a doutrina Liebmaniana¹²⁸, tendo ficado consignado no texto legal que:

Art. 467, CPC. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

O anteprojeto do CPC de 1973 conceituava a coisa julgada material como “a qualidade, que torna imutável e indiscutível os efeitos da sentença, não mais

¹²⁵ **Cândido Rangel Dinamarco**, fiel seguidor de **Liebman**, afirma que a “coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito.” (Dinamarco, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. III, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 301.)

¹²⁶ Dinamarco, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 298.

¹²⁷ Embora a coisa julgada formal seja chamada de “preclusão máxima” não há como confundir os Institutos. A preclusão, tal qual a coisa julgada, também visa fornecer estabilidade às partes no processo, sendo, no entanto, restrita aos atos jurisdicionais que visam preparar o processo para a sentença futura. Os atos processuais devem seguir um rito contínuo e evolutivo, de modo a culminar com a sentença. O Instituto da preclusão permite ao processo atingir o seu desiderato, sem o qual as partes voltariam para rediscutir as questões examinadas. Como explica **Chiovenda** a preclusão é um Instituto de aplicação freqüente no processo e requer que a parte tenha se omitido em exercer uma faculdade processual. (Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 372.) Já a coisa julgada formal não surge por opção do Autor, mas por questões processuais que, em regra, escapam à vontade das Partes.

¹²⁸ Nery, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. Op. cit., p. 594.

sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” **Ada Pelegrini Grinover**, observa, com razão, que o legislador brasileiro definiu a coisa julgada formal ao invés de coisa julgada material.¹²⁹

O CPC somente vai tratar da coisa julgada material no art. 468, que, por sua vez, é quase uma reprodução do art. 287, “caput”, do Código de 1939, que se inspirou em ante-projeto do Código de Processo Civil italiano, mas a reprodução restou incompleta, por ter omitido a expressão “da lide”.¹³⁰

No Código italiano em vigor, a Coisa Julgada formal encontra-se disciplinada no art. 324, nos seguintes termos: “s’intende passata in giudicato la sentenza che non è piu soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell’articolo 395.”¹³¹

Francesco Paolo Luiso ao analisar o referido art. 324 do *Códice di Procedura Civile* diz: “Pertanto, possiamo concludere nel senso che si dice passata in giudicato la sentenza che, non essendo sottoponibile ai mezzi di impugnazione ordinari, ha una certa stabilità.”¹³²

A “certa estabilidade” da coisa julgada forma referida pelo Autor decorre, justamente, dos meios de impugnação que a legislação prevê para atacá-la, que na legislação italiana se resume às hipóteses do uso da “revogazione”, pelos motivos previstos nos item 1,2,3,6 do art. 395¹³³, bem como em face a oposição de terceiro art. 404.

¹²⁹ Grinover, Ada Pelegrini. Op. cit., p. 11.

¹³⁰ Observava “LIEBMAN ter o legislador brasileiro omitido a expressão “**da lide**” existente no conhecido art. 290 do ante-projeto da sub-comissão Mortara. Insisita o jurista ser necessária a inclusão daquele termo para que o art. 287 fosse fiel à sua fonte. Sua lição foi atendida na atual redação do art. 468. Acrescentava ainda que os termos “lide” e “questão” ali estavam empregados na acepção técnica que lhes emprestava CARNELUTTI.” (Campos, Ronado Cunha. Op. cit., p. 33.)

¹³¹ ITÁLIA. CODICE DI PROCEDURA CIVILE E NORME COMPLEMENTARI. A CURA DI ELI FAZZALARI E FRANCESCO P. LUISO. NONA EDIZIONE. MILANO: DOTT. A GIUFFRÈ EDITORE, 2002.

¹³² **Direito Processuale Civile - I Principi Generali**. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 137.

¹³³ 395. **Casi di revocazione** – Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l’effetto del dolo di una delle parti in danno dell’altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell’avverso; 4) se la sentenza è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è suposta l’inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell’uno quanto nell’altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa

Como se pode constatar, no direito italiano a coisa julgada não se forma quando a sentença possui vícios graves(dolo de uma das partes e dano da outra, por declaração falsa, documento novo e dolo do juiz) que ainda podem ser objeto de impugnação pela “revocacione”.

O Código italiano não dispõe, expressamente, sobre a coisa julgada substancial(material),¹³⁴ mas a doutrina italiana a define como “la indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmativa em la sentencia”¹³⁵.

Francesco Paolo Luiso distingue, por sua vez, a sentença formal da sentença material, aludindo os seus efeitos internos e externos, nos seguintes termos:

É necessário, pois, distinguere fra giudicato esterno e interno. Si definisce interno il giudicato formatosi nello stesso processo; esterno quello formatosi in un processo diverso. Como abbiamo appena visto, tutte le sentenze producono il giudicato interno, perché anche quelle di rito all’interno dello stesso processo sono vincolanti; solo le pronunce di mérito e certe pronunce di rito della Cassazione, invece, producono un giudicato esterno.¹³⁶

A legislação espanhola em vigor (*Ley de Enjuiciamiento civil*(1/2000, de 7 de enero)¹³⁷, grante a autoridade da coisa julgada material, nos seguintes termos:

Art. 222. Cosa juzgada material.

1 – La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso em que aquélla se produjo.

Enquanto na coisa julgada material é impossível reproduzir a demanda, na coisa julgada formal não há tal obstáculo, salvo na hipótese de preempção¹³⁸, prevista no art. 268, do Código de Processo Civi, de seguinte teor:

giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dole del giudice, accertato com sentenza passata in giudicato.

¹³⁴ Chamada por Chiovenda como a “obligatoriedad en los juicios futuros”. **Principios de Derecho Procesal Civil. Op. Cit.**, p. 466.

¹³⁵ Chiovenda, José. **Principios de Derecho Procesal Civil. Op. Cit.**, p. 460.

¹³⁶ Op. cit., p. 138.

¹³⁷ ESPANHA. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL(LEI 1/2000, DE 7 DE ENERO). MADRID: CIVITAS, 2000.

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

No *caput* do art. 268 do CPC como se trata de extinção do processo pela ocorrência de coisa julgada, preempção ou litispendência, então a coisa julgada formal ganha feição de definitividade, face a impossibilidade de reproduzir a lide¹³⁹ anterior. Tal impossibilidade de ajuizamento não torna a sentença de preempção geradora de coisa julgada do conteúdo material não-examinado. Tanto isso é verdade que é possível invocar-se o direito perempto, como meio de defesa.

A coisa julgada material, portanto, pode conceituar-se como a qualidade atribuída à sentença irrecorrível que ao apresentar a solução do Estado-Juiz à lide e às questões controvertidas na demanda, torna o conteúdo decisório imutável e indiscutível pelos litigantes, impedindo a renovação da demanda.

4. Coisa julgada em seu aspecto objetivo.

Como visto, por força do art. 468, do CPC, a sentença adquire força de lei (autoridade) quando examina a lide, total ou parcialmente. Em seguida, na 2ª parte do artigo, delimita o alcance da coisa julgada, “nos limites da lide e das questões decididas”.

¹³⁸ Vicente Greco Filho esclarece que “O código acolheu a forma advinda das Ordenações Filipinas (Liv. III, Tít. XX, §§ 17 e 22) e não a figura romana que impunha o prazo máximo de três anos para a duração das ações (Código, III, 1.13, § 1º).” (**Direito Processual Civil Brasileiro**, 2º Vol., 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.)

¹³⁹ O conceito de lide neste texto é aquele usual adotado pela doutrina dominante e expresso pela feliz dicção de Carnelutti: “um conflito (intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)”.(Carnelutti, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Vol. I. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78.) Alfredo Buzaid esclarece na Exposição de Motivos do CPC, nº 6, que a “lide” designa o mérito da causa. (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil Brasileiro. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Já o conceito de pretensão corresponde a exigência de que a vontade própria prepondere sobre a vontade alheia. Quando o alheio resiste a tal vontade, surge a lide. Nas palavras de **Ronaldo Cunha Campos**: “A pretensão é a exigência da subordinação do interesse alheio ao próprio. Dado um conflito de interesses um dos litigantes exige a subordinação do interesse do outro ao seu. Se este acede à exigência, extinto está o conflito; se resiste, eclode a lide.”(**Limites objetivos da Coisa julgada**. São Paulo: Editora Vitória Artes Gráficas Ltda, s/data, p. 47.)

4.1. Questões não apreciadas/não suscitadas.

Inobstante o pedido formulado pela Parte, se o julgador omitir-se em analisar um ponto objeto da demanda, então não se poderá dizer que tal ponto integra a coisa julgada.¹⁴⁰ A legislação é bastante clara em tal sentido, afastando da coisa julgada o julgamento implícito.

Se as partes deixarem de opor defesas ou apresentar alegações que poderiam influenciar no resultado da demanda, então terão que arcar com os ônus da omissão. O CPC aplica o princípio *tantum iudicatum disputatum vel quantum disputari debeat* estabelecendo em seu art. 474 que “reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas”. Tal regra se integra com perfeição ao disposto no art. 333, do CPC, que distribui os ônus processuais ao autor e ao réu.

Por tal razão, é que a sentença que julga improcedente o pedido por falta de provas, por algum fato alegado pelas partes, faz coisa julgada em seu sentido material, não podendo ser rediscutida em outro processo.

Nesse sentido, registra-se o seguinte precedente:

Acordão Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO
Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 199901000684284
Processo: 199901000684284 UF: MG Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA
SUPLEMENTAR Data da decisão: 8/8/2002 Documento: TRF100134414
Fonte DJ DATA: 22/8/2002 PAGINA: 190

Relator(a) JUIZ MOACIR FERREIRA RAMOS (CONV.)

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao apelo, anulando a sentença a quo. Ementa: CONTRATOS. SFH. PES. REAJUSTE DAS PRESTAÇÕES DE FINANCIAMENTO. SÉRIE EM GRADIENTE. PROVA PERICIAL REALIZADA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A EVOLUÇÃO SALARIAL. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NULIDADE DO JULGADO.

- Se a parte não junta aos autos documentos indispensáveis à propositura da ação, deve o Juiz intimá-la a fazê-lo, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento da petição inicial (arts. 283 e 284 do CPC). Se os documentos não são essenciais, **dizendo respeito à prova dos fatos alegados, deve o pedido ser julgado em desfavor daquele que não se desincumbiu do ônus previsto no art. 333 do CPC.** Em qualquer caso, a ausência de documentos não leva a conclusão de falta de interesse processual. - Apelo provido. Sentença anulada.

¹⁴⁰ O julgamento da lide pode ser parcial quando se tratar de pedidos cumulados, como explica Moacyr Amaral Santos: “Justifica-se a expressão parcialmente com a possibilidade de a sentença, no caso de pedidos cumulados (art. 291), decidir sobre um pedido e declarar que os demais são insuscetíveis de decisão naquele processo. Aí, a nosso ver, haverá decisão total de uma lide, pois que as demais não foram decididas.”(Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IV, São Paulo: Forense, 1976, p. 472.)

Data Publicação: 22/08/2002¹⁴¹(negritos inexistentes no original)

Há, portanto, uma distinção importante de tratamento. Caso as provas sejam destinadas a provar os fatos alegados pelas partes e a parte não cumpre o disposto no art. 333, do CPC, o caminho é o julgamento de mérito. Em situação diferente, quando a parte não julga documentos indispensáveis ao exame de mérito, nos moldes do art. 284 do CPC, então o julgamento deve ser sem mérito.

Do ponto de vista doutrinário a distinção não apresenta maiores dificuldades, mas na sua aplicação prática os tribunais têm vacilado. Nesse sentido, convém invocar o seguinte precedente, também do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Acordão Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO
Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 200139000001079
Processo: 200139000001079 UF: PA Órgão Julgador: QUINTA TURMA
Data da decisão: 25/10/2006 Documento: TRF100237731 Fonte: DJ DATA:
9/11/2006 PAGINA: 41

Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA
Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação.
Ementa CIVIL. SFH. AÇÃO POSSESSÓRIA. MANUTENÇÃO DE POSSE. TURBAÇÃO DA POSSE NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA. MEDIDAS EXECUTIVAS GARANTIDAS AO CREDOR HIPOTECÁRIO. LEI 5.71/71 E DECRETO-LEI 70/66.

1. Trata-se de apelação interposta, por ocupantes do imóvel, contra sentença proferida pelo MM. Juízo Federal da 4ª Vara Federal do PARÁ que, nos autos da ação de manutenção de posse ajuizada pelos apelantes, em que objetivavam permanecer na posse de bem onde residiam, extinguiu o processo sem julgamento mérito na forma do art. 267, VI do CPC. 2. **Ao autor incumbe o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, do CPC. Diante da falta de comprovação de atos da Caixa Econômica Federal que corroborem as alegações dos apelantes que o agente financeiro vem turbando a sua posse com ameaça de despejo, deve ser o feito extinto, sem resolução de mérito.** 3. Ao credor hipotecário é permitido o exercício de medidas judiciais ou extrajudiciais em caso de inadimplemento do crédito hipotecário. O DL nº 70/66 e a Lei n. 5.741/71 embasam a execução extrajudicial e, a propósito, foram recepcionados pela Constituição Federal/88. 4. Apelação não provida.

Data Publicação: 09/11/2006.¹⁴²(negritos inexistentes no original)

¹⁴¹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 199901000684284. REL.: JUIZ MOACIR FERREIRA RAMOS (CONV.). ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA. RESULTADO: V.U. FONTE: DJ DATA: 22/8/2002 PAGINA: 190. DISPONÍVEL: <<http://www.jf.jus.br/juris/>?> ACESSO: 20/07/2008.

¹⁴² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 200139000001079. REL.: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. ÓRGÃO: QUINTA TURMA. RESULTADO: V.U. FONTE: DJ DATA: 9/11/2006 PAGINA: 41. DISPONÍVEL: <<http://www.jf.jus.br/juris/>?> ACESSO: 20/07/2008.

Como se observa, embora o Tribunal tenha consignado que à parte cabia provar os fatos constitutivos do seu direito, optou por julgar sem julgamento do mérito, quando o acertado seria o julgamento com mérito.

4.2. O dispositivo é a única parte da sentença de mérito que faz coisa julgada.

O artigo 468 não pode ser lido olvidando-se o art. 458, do CPC, que inclui o dispositivo entre os requisitos da sentença, dizendo que em tal fase sentencial o “juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.” Não se resolvem questões no relatório ou mesmo na fundamentação, mas tão-só só no dispositivo.

Pois bem! Se a “força de lei” da sentença se restringe ao limites da lide e das questões decididas, que só podem ser resolvidas, no dispositivo, então se apresenta de dedução lógica que somente o dispositivo, efetivamente, faz coisa julgada.

Ronaldo Cunha Campos¹⁴³, em trabalho clássico sobre a coisa julgada, relata que logo após o CPC ter sido editado já a doutrina passou a defender que o CPC brasileiro seguiu o princípio contido no §¹⁴⁴ 322 da norma processual civil alemã, - conhecida como ZPO(Zivilprozessordnung), editada em 30 de janeiro de 1877, ainda em vigor, inobstante alterado por legislação posterior -, que restringe a coisa julgada ao dispositivo, excluindo-se os motivos.

Segundo dispõe o § 322, I, ¹⁴⁵ as “sentenças só produzem a coisa julgada quando decide sobre a pretensão formulada com a ação e com a reconvenção.”¹⁴⁶ Exceção à regra, verifica-se no segundo item do § 322, ao dispor que se o demandado opuser algum crédito em compensação, a resolução que pronuncie a inexistência do crédito contrário, poderá adquirir a consideração de coisa julgada na medida do valor oposto.

A doutrina brasileira atual segue tal entendimento. Nesse sentido, registra-se posicionamento de **Humberto Theodoro Júnior**:

¹⁴³ Op. cit., p. 28.

¹⁴⁴ Corresponde ao artigo do direito brasileiro.

¹⁴⁵ Baseado em versão do ZPO em língua espanhola traduzida do original por Leonardo Prieto Castro(Sem referências adicionais).

¹⁴⁶ Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 377.

A *res iudicata* não envolve a sentença como um todo, pois não se inclui na coisa julgada "a atividade desenvolvida pelo julgador para reparar e justificar a decisão". Na verdade, "só o comando concreto pronunciado pelo juiz torna-se imutável" por força de coisa julgada.¹⁴⁷

Cândido Rangel Dinamarco enuncia, também, que “Somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças fica protegido pela autoridade da coisa julgada material”.¹⁴⁸

Ronaldo Cunha Campos¹⁴⁹ explica que a posição prevalente na doutrina brasileira seguiu a linha adotada por **Liebman** que ensina que somente o dispositivo é protegido pela autoridade da coisa julgada, sendo conceituado como dispositivo, tão-somente, o comando contido na sentença, não se incluindo os motivos.¹⁵⁰

De fato, a posição de **Liebman** parece ter sido de todo recepcionada pelo legislador brasileiro que expressamente consigna que os motivos não integram a coisa julgada, “ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.” (Art. 469, CPC).

Inobstante se registrem questionamentos sobre a exclusão dos motivos entre os elementos integrantes da coisa julgada¹⁵¹, a doutrina prevalente aceita, sem vacilações, a posição codificada.¹⁵²

Na moderna doutrina portuguesa, também, somente a parte do dispositivo, chamado de decisão é que possui força de caso julgado, como se registra na doutrina de **Jorge Augusto Pais de Amaral**.¹⁵³

¹⁴⁷ Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 482.

¹⁴⁸ Dinamarco, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 313.

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 29.

¹⁵⁰ A Codificação brasileira afastou-se da posição tradicional de **Chiovenda** que aceita a inclusão dos motivos entre os elementos que integram a coisa julgada. Nesse sentido, o autor se posiciona: “Semelhante exclusão dos motivos da sentença da coisa julgada não há que entender-se no sentido formalístico, de que só passe em julgado o que está escrito no dispositivo da sentença: porque, ao contrário, para determinar o alcance da coisa julgada é, pelo geral, necessário remontar aos motivos para poder identificar a ação com a indagação da *causa petendi*.” (**Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit., p. 410.)

¹⁵¹ Campos, Ronaldo Cunha. Ob. cit., pp. 28-32.

¹⁵² Por todos: Santos, Moacir Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Op. cit., 1976, pp. 476-477.

Os motivos, embora relevantes para o *decisum* compõem a estrutura lógica do julgado, sendo o elo entre os fatos e a solução da demanda. Não há como lhes atribuir o caráter de imutabilidade (que assim seria, acaso integrasse a coisa julgada), sob pena de inviabilizar a rediscussão de demandas em questões correlatas àquela apreciada.

Diz **Humberto Theodoro Júnior**, com acerto:

Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não recobrem do manto de intangibilidade que é próprio da res iudicata. O julgamento que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.¹⁵⁴

4.3. Questões processuais e prejudiciais

Para fixar com precisão o conceito de questões, integrantes do comando sentencial, é essencial distinguir das chamadas questões prejudiciais, previstas no art. 470, do CPC.

A questão prejudicial caracteriza-se quando “no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.”(art. 5º, CPC).

A questão prejudicial, por si só, possui autonomia suficiente para o ajuizamento de uma demanda autônoma, no entanto, seu surgimento aparece no curso processual.¹⁵⁵ Para que a questão incidental possa ser julgada por sentença, deve o autor requerer, “no prazo de 10(dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente...”

Ex.: Alguém ajuíza uma demanda cobrando uma determinada importância, em face de contrato de mútuo. O Réu vem a juízo e contesta a demanda, alegando como questão prejudicial que não assinou o contrato, pois a assinatura no referido documento não foi por ele produzida. A questão daí surgida é prejudicial para o exame da

¹⁵³ “A força do caso julgado não se estende aos fundamentos, cobrindo apenas a decisão final.(**Direito Processual Civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 329.)

¹⁵⁴ Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. São Paulo: Forense, 2002, p. 483.

¹⁵⁵ Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 329.

demanda. Tal demanda não é parte integrante da demanda primitiva, no entanto, a esta se vincula numa relação lógico-processual. De igual forma, a paternidade é questão prejudicial para a concessão do pedido de alimentos.

Quando a parte ingressa com a ação ela apresenta “os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido” (Art. 282, III, do CPC). Os fundamentos jurídicos do pedido são as razões que correspondem “a afirmação de estar a pretensão tutelada pelo direito”.¹⁵⁶. Tais razões podem ser admitidas pela parte adversa ou questionadas pelo réu ou mesmo pelo juiz, que tem dúvidas sobre a compatibilidade jurídica da versão apresentada pelo autor.

Quando as razões são objeto de questionamento surgem as questões que, acaso sejam julgadas, passarão a fazer parte integrante da coisa julgada, como apregoa o art. 468, do CPC. Essas questões integrantes da coisa julgada, não são aquelas decididas no curso do processo, que restam atingidas pela preclusão(art. 473, do CPC), mas aquelas que são essenciais para o exame do pedido formulado. As questões decididas no curso do processo possuem índole processual, já as questões que podem fazer parte da coisa julgada possuem natureza meritória.

Não se incluem entre as questões albergadas pela coisa julgada a “verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”, na dicção do art. 469, III, do CPC. Os pontos tomados como verdade pelo juiz para o julgamento não se prestam a integrar a coisa julgada, por estarem correlacionados, tão-somente, com o feito que a produziu.

5. O conceito de coisa julgada em seu aspecto eficaz.

Liebman ensina que a autoridade da coisa julgada “não é efeito, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ Campos, Ronaldo Cunha. Op. cit., p. 34.

¹⁵⁷ Liebman, Enrico Tullio, **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, Trad. da edição italiana de 1935 por Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e atualização de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 6.

A indiscutibilidade sentencial denomina-se autoridade, que não permite que a demanda já examinada venha a ser reexaminada naquele processo(coisa julgada formal), como também em qualquer outro(coisa julgada material).

Em contraposição, observa-se a doutrina de **Couture**:

La sentencia tiene como efecto fundamental la producción de la cosa juzgada. A tal punto este efecto es el más importante y significativo de todos, que más que de un efecto de la sentencia corresponde hablar de un efecto del proceso y de la misma función jurisdiccional.¹⁵⁸

Na doutrina nacional controvertem os juristas sobre 3(três) teorias sobre o conceito de coisa julgada em seu sentido eficaz. São eles:

a) A corrente alemã(iniciada por Hellwing¹⁵⁹) e liderada no Brasil por **Pontes de Miranda**¹⁶⁰, **Celso Neves**¹⁶¹ e **Ovídio Baptista da Silva**¹⁶², propugna que a coisa julgada é um efeito da declaração contida na sentença.

Tal posicionamento fica muito claro na clássica obra do alemão **James Goldschmidt**, quando afirma:

O efeito típico da sentença(porque ocorrem em todas as que de um modo não-condicionado finalizam um processo) é sua força material de coisa julgada, quer dizer, o que produz sobre a questão litigiosa que foi resolvida, no caso de que seja proposto sobre ela um segundo processo.¹⁶³

¹⁵⁸ Eduardo J. Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002, p. 267.

¹⁵⁹Moreira, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, Revista de Processo, São Paulo, Ano IX, n. 34, abr.-jun. 1984, p. 284.

¹⁶⁰ Miranda, Pontes, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 206, doutrina: “O que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, chamada força(se prepondera), ou efeito (se se junta à força específica da sentença).” A força específica da sentença na classificação quinária de Pontes é a declaratória(quando meramente declaratória), constitutiva, condenatória, executiva e mandamental.

¹⁶¹ Neves, Celso, **Coisa Julgada Civil**, São Paulo: RT, 1971, p. 442, assim se posiciona: “Coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.”

¹⁶² Silva, Ovídio A. Baptista de, **Sentença e Coisa Julgada**, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 74: “...adoto a doutrina tradicional e dominante que identifica a coisa julgada com a eficácia declaratória da sentença.”

¹⁶³ **Direito Processual Civil**. Tomo I. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 448.

b) A corrente Libmaniana, prevalente no direito brasileiro, diz que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade, que torna indiscutível os efeitos da sentença, tendo como mais expressivos representantes **Cândido Rangel Dinamarco**¹⁶⁴ e **Humberto Theodoro Júnior**¹⁶⁵.

Como adiante se demonstrará, no exame de casos concretos no último Capítulo desta Dissertação, tal corrente que é majoritária nos tribunais superiores, vem sendo fundamento para interpretar, que os efeitos da sentença materialmente transitada em julgado, deve se manter, mesmo quando a parte derrotada comprova que o vitorioso na demanda já obteve parte do objeto litigioso, mas que o título judicial não o reconheceu expressamente.

c) A corrente eclética ou mista defende que a coisa julgada não é um efeito da sentença, uma vez que, necessariamente, nem toda sentença resulta em coisa julgada, nem tampouco os efeitos da sentença são imutáveis. A mutabilidade eficaz da sentença é o caráter representativo dessa corrente. Como maior representante desta linha doutrinária no direito brasileiro registra-se **José Carlos Barbosa Moreira**¹⁶⁶, que vem sendo seguido por **Eduardo Talamini**¹⁶⁷.

Ada Pellegrini Grinover, com clara influência da doutrina de **Liebman**, defende que a “a coisa julgada não é efeito das sentenças, mas, pelo contrário,

¹⁶⁴ Dinamarco, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. III, 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 301.

¹⁶⁵ Theodoro Júnior, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 473: “Apresenta-se a *res iudicata*, assim, como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos.”

¹⁶⁶ Moreira, José Carlos Barbosa. **Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada**. Revista de Processo, São Paulo, Ano IX, n. 34, p. 273-285, abr.-jun. 1984, p. 279: O Autor em feliz passagem doutrinária: “Na sentença, reitere-se, formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento. Essa norma jurídica concreta, enquanto referida àquela situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinidamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra forma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida. Não se destinam a perdurar indefinidamente, contudo, os efeitos da sentença passada em julgado. O efeito executivo da sentença condenatória, v.g., destina-se, em princípio, à exaustão: acaso restará dele algum vestígio, por exemplo, depois da execução forçada? O efeito executivo da sentença constitutiva, que se identifica com a nova situação jurídica gerada, é obviamente passível de futuras modificações, é até de completo desaparecimento, caso as partes, sendo possível, se disponham a restaurar, por acordo de vontades, a situação anterior. A sentença meramente declaratória ‘certifica’ em caráter oficial a existência ou inexistência de uma relação jurídica; mas é claro que, após o trânsito em julgado, pode extinguir-se a relação jurídica declarada existente, ou nascer a relação jurídica declarada inexistente – e com isso, à evidência, cessa o efeito ‘certificativo’ da sentença.”

¹⁶⁷ Talamini, Eduardo, **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44.

uma qualidade(a imutabilidade) de que podem revestir-se os seus efeitos, ou melhor, todos os seus efeitos.”¹⁶⁸

Liebman explica que a sentença a partir de quando é assinada passa a gozar do atributo da imperatividade, impondo-se como ato estatal. O Autor explica que tal efeito denomina-se de eficácia natural da sentença. Somente num segundo momento é que a sentença de mérito vai se tornar imutável, quando aí gozará, a partir do trânsito em julgado, do atributo da indiscutibilidade do julgado(autoridade).¹⁶⁹

Sobre o conceito da *res iudicata*, em seu aspecto eficaz, a corrente eclética apresenta-se como a resposta mais coerente ao ordenamento jurídico e às diversas conseqüências práticas que o tema envolve. A sentença não é feita para perdurar indefinidamente. Ela mantém seus efeitos enquanto permanecerem presentes os elementos fáticos que garantam sua eficácia. Se esses elementos são alterados, então ter-se-á, necessariamente, uma repercussão eficaz na sentença.

Fenoll também defende a limitação eficaz da sentença. O Autor ao analisar a eficácia temporal da coisa julgada, invocando **Guasp Delgado**, observa que “la cosa juzgada de las resoluciones judiciales no tiene una eficacia eterna, sino que las circunstancias que motivaron un determinado fallo jurisdiccional cambian con el paso del tiempo.”¹⁷⁰

Na dicção de **Pontes de Miranda**¹⁷¹ a eficácia da sentença compreende dois efeitos: a) a força da coisa julgada material(que aqui denominada de efeito geral); b) o efeito específico da sentença(constitutivo, condenatório, executivo, mandamental).

Na eficácia geral, a sentença produz efeitos positivos e negativos. Positivos quando torna o comando julgado imperativo para as partes. Negativo quando retira das partes a possibilidade de rediscussão da matéria. No aspecto específico, a coisa julgada, terá o efeito próprio de condenar, executar, constituir ou determinar,

¹⁶⁸ Grinover, Ada Pellegrini. **Notas ao § 1º in Liebman, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Tradução da edição italiana de 1935 por Alfredo Buzaid, Benvindo Aires. Tradução dos textos após 1945 e atualização de Ada Pellegrini Grinover. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 8.

¹⁶⁹ Liebman, Enrico Tullio. Op. cit., pp. 49-51.

¹⁷⁰ Fenoll, Jordi Nieva. Op. cit., p. 247.

¹⁷¹ Miranda, Pontes. **Tratado das Ações.** Tomo I, Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 210-225.

dependendo da natureza sentencial. O efeito declaratório é efeito geral para qualquer ação, de modo que tal característica não é exclusividade da ação declaratória.¹⁷²

O art. 467, do CPC, diz que os efeitos do conteúdo sentencial são imutáveis e indiscutíveis a partir da inviabilidade do recurso ordinário ou extraordinário(desistência ou preclusão). Tal comando, por óbvio, se aplica, também, aos demais recursos, uma vez que ao tempo em que foi redigido, outras hipóteses recursais(como a via do especial), não estava contemplada em nosso ordenamento jurídico.

O artigo 471, do CPC¹⁷³, reforça o disposto no art. 468, mas excepciona a regra para as hipóteses das “relações jurídicas continuativas”, bem como nos “demais casos prescritos em lei”(inciso II).

O inciso II diz, inequivocamente, que a lide pode ser reexaminada quando a lei assim dispuser, como se observa na hipótese da ação rescisória. Inobstante o CPC autorize que a outra lei possa vir a permitir a rediscussão de demandas, tal previsão legal não pode ser tomada como meio para inviabilizar o Instituto da coisa julgada.

Interpretando o inciso I, do art. 471, do CPC, **Pontes de Miranda**, destaca que nas relações continuativas o juiz somente pode reexaminar a questão na parte modificável da sentença.¹⁷⁴

Toda coisa julgada material possui um componente intrínseco de exaurimento, quer expressamente consignada como relação jurídica continuativa¹⁷⁵, quer não. Na hipótese das relações continuativas o próprio Código de Processo Civil Brasileiro, expressamente, contempla a possibilidade de revisão julgada, que nada mais é que o acerto do comando sentencial aos novos fatos que o *decisum* encontra-se apoiado.

¹⁷² Miranda, Pontes. Tratado das Ações. Op. cit., p. 211.

¹⁷³ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.

¹⁷⁴ **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 194.

¹⁷⁵ O exemplo clássico de “relação jurídica continuativa” é o objeto da ação de alimentos.(Dinamarco, Cândido José. **Instituições de direito processual civil**, Vol. 3, 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p.311).

Tratando das relações jurídicas continuativas, no direito alemão, face a ZPO, o § 323 (equivalente ao nosso artigo 323) encontra-se disciplina específica, também, sobre as chamadas “condenações a prestações periódicas futuras”¹⁷⁶, onde se registra que havendo modificações fundamentais das circunstâncias que foram tidas em conta para a condenação ou determinação da quantia da prestação ou da duração da mesma, cada parte está autorizada a reclamar, ajuizando nova demanda para modificação da sentença.

A nova demanda conhecida entre nós como ação revisional, somente poderá ser ajuizada no direito alemão, em face do § 323, II, do ZPO, se os motivos para a alteração do julgado tenham surgido depois da audiência, de modo a ampliar a discussão da demanda ou por via exceção, desde que não for o caso de oposição. Nesse mesmo sentido, o § 767 do ZPO, quando trata do momento de se invocar a exceção.

Quando não se tratar de relações jurídicas continuativas, mas a execução do julgado restar impedido, totalmente ou parcialmente por novas circunstâncias, não há outro caminho a seguir, a não ser adaptar-se a execução do julgado à nova configuração fática. Para esses casos não haverá modificação do título executivo, que permanece íntegro, mas tão-só haverá a adaptação do efeito da *res iudicata* ao momento executivo.

Em alguns casos o exaurimento se dá pela vontade das partes, como na hipótese da transação. Outras vezes são circunstâncias fáticas, externas à vontade dos litigantes, que alteram as circunstâncias factuais do julgado ao tempo em que ele foi constituído, como na hipótese do julgado que concede o direito do locatário a permanecer no imóvel, mas o imóvel é destruído por uma enchente ou ainda na hipótese da empresa receber autorização para descarregar a mercadoria, mas o navio afunda antes de chegar no porto. A sentença foi modificada. Não! O que ocorreu foi uma modificação fática que altera a eficácia do título executivo. Os exemplos são até caricatos, mas revelam que a eficácia da coisa julgada não está imune às mutações que muitas vezes lhe retiram o efeito.

Liebman, por sua vez, parece se opor ao posicionamento acima lançado, quando se posiciona:

¹⁷⁶ Tradução pelo Autor para o português, da versão espanhola da ZPO de Leonardo Prieto Castro (Sem referências adicionais).

...a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e **torna assim imutáveis**, além do ato em sua existência formal, **os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.**¹⁷⁷(negritos inexistentes no original).

Pela só leitura do trecho acima transcrito poder-se-ia imaginar que o Autor não aceita que as mutações fáticas possam interferir na eficácia do título executivo. Tal equívoco é dissipado quando se analisa outro trecho de sua conhecida tese sobre a coisa julgada:

De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, **enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor.**¹⁷⁸(negritos inexistentes no original)

Desse modo, um exame sistemático da obra de **Liebman** e do ordenamento jurídico brasileiro, permitem extrair a impossibilidade de se atribuir à coisa julgada o atributo da intangibilidade fática.

Pontes de Miranda não discrepa dessa linha ao entender que o Código de Processo Civil se omitiu ao prever, expressamente, a cláusula “*rebus sic stantibus*”.¹⁷⁹

No direito espanhol, a questão é considerada superada, como se observa pela doutrina de **Jordi Nieva Fenoll**:

El problema es que ese resultado, es decir, que las circunstancias que motivaron una senencia van a cambiar probablemente em el futuro, entendemos que debe considerarse superado em la actualidad, científicamente hablando.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Liebman, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Op. cit., p. 51.

¹⁷⁸ Liebman, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Op. cit., p. 27.

¹⁷⁹ **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 192.

¹⁸⁰ Fenoll, Jordi Nieva. Op. cit., p. 249.

O Autor prossegue em seu exame, reforçando sua posição:

Por más que la cosa juzgada sea el resultado de la jurisdicción, la vida real siempre se acaba imponiendo, y es por tanto lógico que el fallo de una sentencia no dure para siempre, puesto que si regula una situación que ya no existe, no puede tener eficacia alguna.¹⁸¹

Muitos são os casos práticos em que se pode observar que o Poder Judiciário brasileiro vem realizando uma interpretação meramente literal dos dispositivos normativos positivados. Tal interpretação literal, tem gerado problemas reais quanto a aplicação do Instituto, conferindo-lhe um meio para o enriquecimento sem causa, notadamente no âmbito do direito público.

A coisa julgada possui um esgotamento intrínseco de efeitos por razões naturais, jurídicas ou lógicas que não pode ser desconsiderada pelo julgador, sob pena da coisa julgada servir não para proteger o julgado, mas para lhe atribuir sentido diverso à sua própria finalidade, em desrespeito aos mais mezinhos princípios jurídicos, como boa-fé, eticidade e vedação ao enriquecimento sem causa.

6. Eficácia da coisa julgada ultra-partes no regime do CPC.

O Código de Processo Civil brasileiro, art. 472, dispõe que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, salvo se no caso das ações de estado de pessoa, em que todos os interessados tiverem sido citados.

Partes no processo são aqueles que se encontram presentes no processo, quer pleiteando um direito próprio ou de terceiro (legitimação extraordinária), quer se opondo a tal direito, quer intervindo para auxiliar um dos litigantes (ex.: assistente simples). Em outro giro, partes na demanda, são aquelas que possuem pedidos contrapostos na demanda (o autor querendo a procedência o réu a improcedência do pedido).¹⁸²

Ao se tratar de assistente simples, o CPC expressamente dispõe que a coisa julgada não poderá ser discutida pelo terceiro (a autoridade da coisa julgada lhe

¹⁸¹ Fenoll, Jordi Nieva. Op. cit., p. 249.

¹⁸² Mourão, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 236-237.

atinge), salvo nas hipóteses previstas nos incisos do art. 55. É relevante destacar que o assistente simples não é parte na demanda, por isso, ele poderá ajuizar demanda própria discutindo seu direito nas hipóteses em que não teve plenas condições de defender sua pretensão, como consagra os incisos I e II do art. 55, do CPC.¹⁸³

Embora nossa legislação não verse, expressamente, sobre a eficácia da sentença sobre os herdeiros e sucessores é intuitivo tal extensão, como inclusive é o posicionamento da doutrina nacional mais aceita.¹⁸⁴

De outro lado, as chamadas ações de estado, quando todas os interessados são citados, faz coisa julgada *erga omnes*. Em tal circunstância, o julgado não poderá ser questionado por quem quer que seja. Se a sentença disse que João é filho de José, atentado-se para os requisitos do art. 472, do CPC, então não poderá haver rediscussão da demanda por terceiros.¹⁸⁵ É uma exceção à hipótese em que a sentença só possui efeitos entre as partes na demanda.

Não discrepa de tal disciplinamento a legislação portuguesa, que ressalta a possibilidade do ajuizamento de ações para a defesa de direitos subjetivos.

Eis o texto do art. 674 do CPC português:

Art. 674º Nas questões relativas ao estado das pessoas o caso julgado produz efeitos mesmo em relação a terceiros quando, proposta a acção contra todos os interessados directos, tenha havido opposição, sem prejuízo do disposto, quanto a certas accções, na lei civil.¹⁸⁶

Tal tratamento expresso no direito português, na proteção do direito de terceiros, não se afasta do direito nacional, que possui mecanismos de defesa aos

¹⁸³ Nery, Nelson. Código de Processo Civil. Op. cit., p. 237.

¹⁸⁴ Dinamarco, Cândido José, **Instituições de direito processual civil**. Vol. 3, 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 321. Em sentido expreso confira-se o Código de Processo Civil Modelo para a América Latina, que em seu art. 185, dispõe: “Art. 192, 1. La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal.” (**El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 137.)

¹⁸⁵ Este também é o posicionamento da legislação espanhola, como se observa na *Ley de Enjuiciamiento civil*(1/2000, de 7 de enero), que dispõe: Art. 222. [...] 2. “En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de sua inscripción o anotación en el Registro Civil.”

¹⁸⁶ Freitas, José Lebre de. **Código de Processo Civil anotado**. Vol 2. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, pp. 685-686.

terceiros atingidos na demanda, como a ação específica do terceiro para se opor à pretensão do vitorioso na demanda em que não foi parte.

A legislação espanhola em vigor, também possui tratamento similar, como se observa pela leitura da *Ley de Enjuiciamiento civil*(1/2000, de 7 de enero)¹⁸⁷, que dispõe:

Art. 222. Cosa juzgada material.

[...]

2. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso em que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentem la legitimación de las partes conforme a lo previsto em el artículo 11 de esta Ley.¹⁸⁸

A ZPO alemã ao versar sobre a questão da eficácia da coisa julgada perante terceiros, também não tem, em essência, tratamento diverso ao prever em seu §325 que a sentença firme produz seus efeitos em favor e em prejuízo das partes e das pessoas que sejam sucessores das mesmas depois da litispendência ou de ter adquirido a posse da coisa litigiosa, de tal sorte que uma das partes ou seu sucessor se tenha convertido em possuidor mediato.

Um caso concreto da complexidade do exame eficaz da coisa julgada perante terceiros, pode-se verificar no caso de demandas ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, buscando a concessão de verbas trabalhistas(horas extras, adicionais, p.ex.), as quais o INSS não é parte, nem é chamado para compor a lide.

Após a formação da coisa julgada, a parte vai ao INSS e postula a inclusão das verbas determinadas na Justiça obreira nos cálculos de seu benefício previdenciário(aposentadoria p.ex.). O INSS nega a revisão do benefício e o segurado ajuiza ação perante a Justiça Federal pleiteando a inclusão das verbas.

Em casos tais, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região vem concedendo a inclusão das verbas, basicamente, por entender que ao INSS cabia o dever de

¹⁸⁷ ESPANHA. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL(LEI 1/2000, DE 7 DE ENERO). MADRID: CIVITAS, 2000.

¹⁸⁸ O art. 11. da referida Lei versa sobre a legitimação extraordinária nas ações coletivas de interesse dos consumidores.

fiscalizar o recolhimento correto das contribuições previdenciária, nos termos do Art. 33, da lei n.º 8.212/91.

Por se tratar de matéria de prova, que os Tribunais superiores não possuem competência para reapreciá-la, abro um parêntese para examinar julgado do Tribunal Regional Federal. No aresto adiante transcrito, consagra-se a extensão da coisa julgada a terceiros, com se pode constatar:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ADICIONAL DE RISCO À RAZÃO DE 40%, RECONHECIDO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Apelação e remessa oficial de sentença que julgou procedente o pedido, para compelir o INSS a incluir o adicional de risco, reconhecido na Justiça Trabalhista, nos cálculos do benefício da segurada, ora apelada.

2. Tendo sido reconhecido, por decisão judicial transitada em julgado, que a apelada tinha direito ao adicional de risco, ela tem direito à revisão do benefício previdenciário, desde o ato da concessão.

3. Precedentes do Tribunal: "O dever de recolhimento das contribuições previdenciárias é de responsabilidade da empresa-empregadora. por outro lado, cabe ao INSS fiscalizar tais recolhimentos, de sorte que o segurado não pode ser penalizado pelo descumprimento de obrigação legal que não seja de sua exclusiva responsabilidade. precedentes. apelação provida." (TRF 5. Terceira Turma. AC nº 258505/SE. Rel. Des. Federal GERALDO APOLIANO. julg. em 31/03/2005. publ. DJU de 22/04/2005, p. 601). 4. Apelação e remessa oficial improvidas."

(TRIBUNAL - QUINTA REGIAO AC - Apelação Cível – 403467 Processo: 200585000027962 UF: SE Órgão Julgador: Primeira Turma DJ - Data::28/02/2008 Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante Decisão: UNÂNIME)¹⁸⁹

Em verdade, não há a figura da parte presumida no direito processual civil brasileiro. Inobstante o julgado possa atentar quanto a regra geral de que a coisa julgada não atinge terceiros, em verdade, há fundamento teórico para tal posicionamento.

Liebman já ensinou que a coisa julgada, em face da sua eficácia natural atinge não apenas as partes na demanda, como também aos terceiros para o processo(imperatividade).¹⁹⁰ A autoridade da coisa julgada, no entanto, vai atingir, apenas as partes na demanda. Na demanda ajuizada contra o INSS(que se recusou a aceitar a inclusão das verbas trabalhistas nos cálculos do benefício do segurado), ao Ente Público cabe a difícil tarefa de comprovar que o segurado não tem direito às verbas trabalhistas.

¹⁸⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 403467(200585000027962). REL.: DESEMBARGADOR FEDERAL Ubaldo Ataíde Cavalcante. ÓRGÃO: Primeira Turma. RESULTADO: V.U. FONTE: DJ - Data::28/02/2008 PAGINA: DISPONÍVEL: <<http://www.jf.jus.br/juris/>?.> ACESSO: 22/07/2008.

¹⁹⁰ Liebman, Enrico Tullio. Op. cit., pp. 49-51.

José Maria Tesheiner ao narrar um caso bastante semelhante ao acima mencionado, defende que a aplicação da teoria de **Liebman** em casos semelhantes implica em “inversão do ônus da prova”, constituindo-se extremamente difícil ao terceiro comprovar que o Segurado não realizou a atividade que lhe permitiu receber a verba trabalhista.¹⁹¹

De fato, em casos desse jaez, somente uma alteração legislativa poderia mudar o posicionamento judicial, que, em verdade, revela uma falha na teoria liebmaniana.

7. Elementos processuais integrantes da demanda.

Como já vimos desde o direito romano a teoria da *triae adem*(*tríplice identidade*) define os elementos necessários para a caracterização da coisa julgada. Mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, são os elementos essenciais para caracterizar a identidade de demandas e, portanto, a autoridade da coisa julgada.

Quanto às mesmas partes já examinamos supra, quanto ao pedido e à causa de pedir, algumas considerações merecem ser feitas.

De início, a causa de pedir são os fatos e os fundamentos fáticos e jurídicos usados para o ajuizamento da demanda. O Código de Processo Civil brasileiro, no art. 282, III, adotou a teoria da substanciação¹⁹², pela qual a causa de pedir é composta de 2(dois) elementos: a) causa de pedir remota; b) causa de pedir próxima.

A causa de pedir remota consiste na relação jurídica que une as partes, constituindo-se o fundamento de direito para o ajuizamento da demanda. Já a causa de pedir próxima são as razões de fato, o motivo pelo qual a demanda é ajuizada. Um elemento

¹⁹¹ Tesheiner, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença – crítica à teoria de Liebman. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, pp. 16-47, set.-out.1999.

¹⁹² “O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo fez ver que na inicial se exponha não só a causa próxima – os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido – como também a causa remota – o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação, como os Códigos alemão e austríaco. Por essa teoria não basta a exposição da causa próxima, mas também se exige a da causa remota.” (Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º Vol. 22ª edição revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2002, 164.)

fornece as razões para o ajuizamento da demanda(próxima), outro consiste no fundamento no liame jurídico que impõe as partes obrigações ou deveres(remota).

Leonardo Carneiro da Cunha apresenta elucidativo exemplo sobre o efeito prático da distinção estabelecida pela teoria da substanciação:

Assim, tome-se como exemplo uma ação de despejo por falta de pagamento. A causa de pedir remota, que é a relação jurídica mantida entre parte, indentifica-se, nesse caso, como a relação de locação, estratificada no respectivo contrato. Já a causa de pedir próxima consiste, nessa hipótese, no inadimplemento do réu, ou seja, na falta de pagamento, que fez com que o autor intentasse a demanda. Se por outro lado, a ação de despejo não fosse por falta de pagamento, mas por denúncia vazia, aí já se teria modificado a causa de pedir próxima; o motivo do ajuizamento seria outro, não se tratando mais da mesma demanda.¹⁹³

Da mesma forma, o pedido possui 2(dois) elementos básicos: pedido imediato e pedido mediato. O pedido imediato é a providência jurisdicional requerida perante o Estado-Juiz, já o pedido mediato consiste no bem pretendido em juízo.

Caso alguém requeira o pagamento de uma dívida no valor de R\$ 1.000,00. O pedido imediato é a sentença de condenação do réu e o pedido mediato é o dinheiro devido. Tais elementos são essenciais para a configuração da coisa julgada.

Moacyr Amaral Santos explica:

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva.

O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Aqui será o recebimento de um crédito; ali, a entrega de uma coisa, móvel ou imóvel, ou o preço correspondente.¹⁹⁴

¹⁹³ Cunha, Leonardo Carneiro da. Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan.2005, p. 112.

¹⁹⁴ Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Op. cit., pp. 163-164.

Nas ações declaratórias o pedido mediato se confunde com o pedido imediato, uma vez que pela entrega da prestação jurisdicional ter-se-á alcançada a pretensão do autor e atingida a composição da lide pela atuação do Estado-Juiz.

9. Contradição de coisas julgadas.

Cândido Rangel Dinamarco, defende que a sentença que reaprecia a demanda já protegida pela coisa julgada, deve prevalecer até que a ação rescisória seja julgada procedente anulando o segundo *decisum*. Afirma o Autor que: “...é inerente a todo ato estatal a revogação do antigo pelo novo, como acontece com as leis e os atos administrativos.”¹⁹⁵

Não me parece a solução mais correta a adotar. Acaso a parte beneficiada pelo 1º julgado busque a sua execução, como se poderá manter os efeitos da 2ª sentença, mesmo provisoriamente? Além disso, onde estará a proteção constitucional à coisa julgada?

No Brasil, a jurisprudência tem vacilado sobre os casos em que se registra mais de um julgado sobre a mesma demanda. Para alguns julgados prevalece o 1ª *decisum*, para outros deve prevalecer o 2º *decisum* e, ainda, para outros rejuza-se a demanda.

Para a hipótese em que houve a formação de coisa julgada sucessivas sobre a mesma demanda, mas a segunda foi forjada no Supremo Tribunal Federal Federal, posicionou-se o STF pela manutenção do 2º(segundo) julgado:

Rcl 5151 / MG - MINAS GERAIS RECLAMAÇÃO
Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 12/02/2008 Órgão
Julgador: Primeira Turma Publicação: DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC
28-03-2008 EMENT VOL-02312-03 PP-00509 Parte(s): RECLTE.(S): PEIXOTO
COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. ADV.(A/S):
GALDINO SILOS DE MELO E OUTRO(A/S). RECLDO.(A/S): DELEGADO
DA RECEITA FEDERAL EM UBERLÂNDIA (PROCESSOS
ADMINISTRATIVOS Nº 10675.003446-19, 10675.001558/2006-27 E
10675.001559/2006-71)INTDO.(A/S): UNIÃOADV.(A/S): PFN - CINARA
RIBEIRO SILVA KICHEL

EMENTA Reclamação. Decisão proferida em sede de agravo de instrumento contra decisão que não admitiu o extraordinário. Existência de decisões contraditórias, ambas com trânsito em julgado, sendo que a proferida nesta Suprema Corte é posterior. 1. Não cabe à autoridade executiva descumprir julgado da Corte Suprema com apoio em interpretação sobre o alcance da coisa julgada envolvendo decisões

¹⁹⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329.

conflitantes. 2. A existência de tema constitucional relevante deverá ser objeto, se o caso, de atividade jurisdicional de iniciativa na União, não sendo possível à autoridade impetrada desobedecer, sob qualquer argumento, o comando emanado da Suprema Corte do país. 3. Reclamação julgada procedente.

Decisão: A Turma julgou procedente o pedido formulado na inicial da reclamação, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 12.02.2008.¹⁹⁶

No STJ, em caso de *Habeas Corpus*, prevaleceu o 1º julgamento:

HC 35887 / PE
HABEAS CORPUS
2004/0076852-9 Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (1136) Órgão Julgador;T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento: 23/08/2007
Data da Publicação/Fonte: DJ 24.09.2007 p. 328
Ementa: HABEAS CORPUS – JULGAMENTOS CONFLITANTES FEITOS PELO MESMO TRIBUNAL- PREVALÊNCIA DO PRIMEIRO JULGAMENTO REALIZADO. SEGUNDO JULGAMENTO ANULADO. ORDEM CONCEDIDA. 1- Se a mesma matéria é alvo de habeas corpus e recurso em sentido estrito, ocorrendo resultados diversos, impõe-se à prevalência do primeiro julgamento, com acórdão já alcançado pela coisa julgada formal e material, porquanto, no segundo, nenhum fato novo foi examinado. 2- Ordem concedida.
Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.¹⁹⁷

A prevalência da 2ª coisa julgada, apresenta-se em contradição ao próprio texto constitucional que assegura à coisa julgada o atributo da autoridade(imodificabilidade). Não se pode conferir a 2ª coisa julgada tal atributo, como julgou o STF, no aresto acima transcrito, sob o argumento de manter o julgamento da Corte maior, sem atentar contra o texto constitucional.

O julgado do STF não pode ser maior que o texto constitucional que lhe fornece a força que quer sobrepujar. Se as decisões do STF encontram sua

¹⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL 5151 /MG. MIN. MENEZES DIREITO. JULGAMENTO: 12/02/2008 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA PUBLICAÇÃO: DJE-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-03 PP-00509. Disponível: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Disponível: 25/07/2008.

¹⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 35887 / PE HABEAS CORPUS Nº 2004/0076852-9. RELATOR(A): MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (1136) ÓRGÃO JULGADOR;T5 - QUINTA TURMA. DATA DO JULGAMENTO: 23/08/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 24.09.2007 p. 328. Disponível: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=35887&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso: 22/07/2008.

legitimidade na Constituição Federal, não me parece razoável a Corte Maior desconsiderar a norma constitucional(art. 5º XXXVI), sob o fundamento de prevalência de sua decisão.

De outra parte, o argumento da validade provisória da 2ª coisa julgada, enquanto não ocorre o julgamento da Ação Rescisória também é insatisfatório. Pois, como acima apontado, acaso a parte vitoriosa na 1ª demanda promova a execução do título executivo, restará inconsistente, por completo, o argumento lançado por **Dinamarco**.

Em caso de contradição de julgados transitados em julgado, somente a prevalência do 1º julgado atende aos requisitos constitucionais que garantem à coisa julgada o atributo de direito fundamental.

No direito português a questão encontra-se superada. O art. 675, do Código de Processo Civil Português dispõe:

Art. 675º. Casos julgados contraditórios

1. Havendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumprir-se-á a que passou em julgado em primeiro lugar.
2. É aplicável o mesmo princípio à contradição existente entre duas decisões que, dentro do processo, versem sobre a mesma questão concreta da relação processual.

Interpretando o dispositivo, a doutrina portuguesa diz que a Justiça portuguesa vem aplicando o dispositivo para entender que no caso de nova decisão de mérito sobre a mesma demanda, esta será considerada ineficaz no mesmo processo em que a 2ª decisão foi proferida.¹⁹⁸

Tal tratamento do direito português apresenta-se bem mais adequado e seguro que as vacilantes posições do direito nacional.

10. Conclusões do Capítulo

1. A coisa julgada é um Instituto essencial para garantir um mínimo de estabilidade e segurança jurídica à sociedade. Sem ela as demandas se eternizam, com ela alcança-se o chamado “justo possível”, de modo a permitir o fim do litígio e a paz social.

¹⁹⁸ Freitas, José Lebre; Machado, A. Montalvão; Pinto, Rui. Op. cit., p. 694.

2. A coisa julgada material, portanto, pode conceituar-se como a qualidade atribuída à sentença irrecorrível que ao apresentar a solução do Estado-Juiz à lide e às questões controvertidas na demanda, torna o conteúdo decisório imutável e indiscutível pelos litigantes, impedindo a renovação da demanda.

3. A sentença que julga improcedente o pedido por falta de provas, por algum fato alegado pelas partes, faz coisa julgada em seu sentido material, não podendo ser rediscutida em outro processo.

4. A compensação de valores já pagos em nada altera, macula ou atinge a coisa julgada. A coisa julgada possui um esgotamento intrínseco de efeitos por razões naturais, jurídicas ou lógicas que não pode ser desconsiderada pelo julgador, sob pena da coisa julgada servir não para proteger o julgado, mas para lhe atribuir sentido diverso, em desrespeito aos mais comezinhos princípios jurídicos, como boa-fé, eticidade, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

5. Muitos são os casos práticos em que se pode observar que o Poder Judiciário brasileiro vem realizando uma interpretação meramente literal dos dispositivos normativos positivados. Tal interpretação literal, tem gerado problemas reais quanto a aplicação do Instituto, conferindo-lhe um meio para o enriquecimento sem causa, notadamente no âmbito do direito público.

6. A interpretação dos arts. 474 e 333, do CPC não pode ser utilizada para permitir que a parte vitoriosa receba mais do que o título executivo já estabelecia, sob pena de violação clara ao princípio do enriquecimento sem causa.

7. Havendo mais de uma coisa julgada sobre a mesma demanda, a prevalência da 2ª coisa julgada, apresenta-se em contradição ao próprio texto constitucional que assegura à coisa julgada o atributo da autoridade(imodificabilidade).

8. Em caso de contradição de julgados transitados em julgado, somente a prevalência do 1º julgado atende aos requisitos constitucionais que garantem à coisa julgada o atributo de direito fundamental.

CAPÍTULO III - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DA COISA JULGADA.

1. Justificação do Capítulo

A coisa julgada encontra suas bases teóricas no princípio da segurança, sendo uma das suas expressões mais relevantes. Sem a segurança jurídica a sociedade não teria se erigido nas bases conhecidas, de modo que o exame de tal Princípio se constitui como ponto fundamental para a compreensão e aplicação do Instituto da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro.

Adverte-se que este Capítulo não tem a finalidade de fornecer ao leitor informações profundas sobre a evolução histórica da legalidade ou fazer detalhada exposição sobre as diversas escolas jurídicas referidas neste texto. Tais informações se encontram em excelente e ampla bibliografia, algumas citadas neste trabalho. O que se objetiva neste trecho do texto é fornecer alguns subsídios teóricos para auxiliar na compreensão das soluções jurídicas, ao final tomadas na dissertação, em face dos diversos questionados surgidos pelo exame da relativização da coisa julgada.

2. Antecedentes históricos da segurança jurídica

Para que o indivíduo possa planejar suas ações, faz-se necessário que as normas¹⁹⁹ que regulam sua conduta sejam dotadas de certo grau de grau de

¹⁹⁹ O conceito de norma exposto por **Hans Kelsen**, continua sendo relevante para a compreensão do fenômeno normativo. Diz **Kelsen**: “Com o termo <<norma>> quer-se significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.”(Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, p. 21). Tal conceito, no entanto, não explica a inserção dos princípios no gênero normativo. Do ponto de vista funcional **Robert Alexy** bem distingue regras e princípios, pontuando: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio.(**Teoria de los Drechos Fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 86-87.)

estabilidade. Tomando o regime monárquico absolutista como ponto de partida para esta análise²⁰⁰, as leis²⁰¹ outrora editadas pelo Monarca podiam ser revogadas ao seu alvedrio, de modo que a estabilidade era uma dádiva real.

A imprevisibilidade das ações do rei e a submissão dos indivíduos aos seus humores, geraram um ambiente propício ao surgimento de movimentos políticos que limitaram os poderes da monarquia.

O direito inglês foi precursor nas limitações da autoridade real por força normativa. A assinatura da chamada Carta Magna em 1215, pelo Rei João I, conhecido como João sem Terra, representou marco inicial de um longo processo evolutivo que transformou o reino inglês de uma monarquia absolutista a uma monarquia constitucional.²⁰²

A Revolução inglesa do Século XVII[Puritana(1640) e Gloriosa (1688)], de nítida índole burguesa²⁰³, destaca-se como “uma das primeiras manifestações de crise do Antigo Regime, identificado com a forma absolutista de Governo.”²⁰⁴

Luiz Roberto Barroso, apoiando-se em Robert Alexy e Ronald Dworkin, define a norma como o gênero que tem como espécies a regra e o princípio. “Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida...Princípios, por sua vez contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.” (Luís Roberto Barroso, **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios in Direito Constitucional em Evolução. Perspectivas**, Júnior, Paulo Gomes Pimentel (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2005, p. 173-174.)

²⁰⁰ Na monarquia absolutista o Monarca enfeixava em suas mãos todos os poderes estatais. O absolutismo francês é considerado o paradigma desse modelo político, que alcança seu apogeu com o Reinado de Luís XV(1661-1715), o chamado “Rei Sol”. (Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. **Toda a História – História Geral e História do Brasil**. Editora Ática. São Paulo: 2002, p. 173).

²⁰¹ O sentido de lei aqui empregado é o sentido formal que lhe atribui Limongi de França, no qual a Lei é “a forma fundamental de expressão do Direito.”(França, R. Limongi de. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 4ª edição. São Paulo: R.T., 1994, p. 25).

²⁰² Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 92.

²⁰³ Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. Op. Cit., p. 241.

²⁰⁴ Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. Op. cit., pp. 227-229.

O movimento revolucionário inglês do Século XVII foi marcado pelos embates políticos e militares entre a Monarquia e o Parlamento, que pretendia restringir os poderes da autoridade real.

Após longo processo histórico em que a Inglaterra esteve submetida a uma guerra civil, entre 1642 a 1645, em que houve a proclamação de uma breve República em 1649 e a restauração da Monarquia em 1660, o Parlamento impôs aos pretendentes do trono inglês (Maria Stuart e Ricardo de Orange) uma ampla Declaração de Direitos que foi assinada em 1689²⁰⁵ em que, entre outros dispositivos, fixou a *impossibilidade da autoridade real suspender as leis ou seu cumprimento*.²⁰⁶ Era o fim do absolutismo inglês.

Os ideais de limitação do poderes monárquicos não foram incorporados com facilidade pelos demais regimes políticos europeus. A França, p.ex., embora tenha realizado uma Revolução muito mais ampla que a Revolução inglesa, somente expurgou o absolutismo monárquico em fins do Século XVIII(1789).

3. O positivismo jurídico como fundamento para a segurança jurídica.

O fortalecimento da lei como fonte principal do direito e o conseqüente positivismo jurídico²⁰⁷ que dele decorreu, notadamente a partir do Século XIX, geraram uma ampla mudança na concepção do Direito, que abandona as características de estabilidade e durabilidade, próprias do jusnaturalismo pré-positivista, para um novo

²⁰⁵ Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. Op. Cit., pp. 227-229.

²⁰⁶ Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. Op. Cit., pp. 229.

²⁰⁷ João Maurício Adeodato. **Ética e Retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 194, esclarece que o positivismo jurídico não surgiu como oposição ao jusnaturalismo, no entanto, a ele se opôs em momento posterior. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, **Dicionário de Política**. Coordenador de Tradução: João Ferreira e Revisão Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Vol. 1. Brasília: editora UNB. 2000, p. 656, é radical ao afirmar que: “O jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina antitética à do positivismo jurídico”.

paradigma conceitual onde o Direito passa a ser tão mutável quanto as próprias alterações legislativas.²⁰⁸

A partir da edição do Código Civil de Napoleão em 1804, que inaugurou a fase das grandes codificações, o jusnaturalismo pouco a pouco foi sendo excluído como norte para a aplicação do Direito e chegou a tal ponto o seu descrédito que o “recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.”²⁰⁹ A cristalização dos princípios jurídicos nos ordenamentos jurídicos positivos, representou o exaurimento da função primordial do jusnaturalismo. Se tudo passou a ser positivado, então não havia mais razões para se recorrer aos postulados jurídicos inerentes “à natureza humana”.

Tércio Sampaio Ferraz enfoca a mudança de paradigma do direito que o fortalecimento do positivismo provocou. Diz o Autor, invocando **Luhmann**:

Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do Século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser usual: a idéia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao fenômeno da positivação do direito(Luhmann, 1972).²¹⁰

Expressivo nesse sentido é o posicionamento de **Ihering**, no Século XIX, ao apresentar a definição então tradicional de Direito:

A definição usual de direito reza: o direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação...O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição(proposição jurídica), mas uma proposição de natureza

²⁰⁸ Niklas Luhmann, apud Ferraz, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74.

²⁰⁹ Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenador de Tradução: João Ferreira e Revisão Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Vol. 1. Brasília: editora UNB. 2000, p. 659

²¹⁰ Ferraz, Tércio Sampaio. Op. Cit., p. 74.

prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar.²¹¹

Com o fim do absolutismo inglês e a ascensão do Parlamento como centro de controle normativo, houve um claro fortalecimento da segurança jurídica, gerando as condições necessárias ao surgimento de uma economia de mercado, como explica **Canotilho**:

...a segurança jurídica não estava garantida no Estado absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado.²¹²

Fazendo uma excelente narração da importância do positivismo jurídico na sociedade do Século XIX, especialmente no que se refere às conseqüências econômicas e sociais, invoca-se, ainda, a doutrina de **Tércio Sampaio Ferraz**, que afirma:

No sentido sociológico, positividade é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito. O antigo regime caracterizava-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais nos julgamentos dos fatos. Daí se originou um respeito mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer. Ao contrário, o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, em

²¹¹ Ihering, *Apud* Ferraz, Op. Cit., p. 99.

²¹² Canotilho, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 109.

alto grau, um detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis, não dependendo mais o caráter jurídico das condutas de algo que tivesse sempre sido direito (como acontecia com a predominância do direito consuetudinário).²¹³

Os movimentos políticos mais importantes do Século XVIII não estiveram desconectados das correntes jurídico-filosóficas então predominantes. O jusnaturalismo²¹⁴, era a corrente doutrinária dominante antes da ascensão do positivo jurídico e influenciou marcadamente a tradição constitucionalista inglesa, a Revolução Francesa de 1789 e a independência dos Estados Unidos da América, como explicam **Bobbio, Matteucci e Pasquino**.²¹⁵

Duas obras não podem deixar de ser referenciadas como alicerces teóricos do positivismo jurídico. A obra prima de **Montesquieu**, “O Espírito das Leis”, teórico da separação dos poderes e a obra “Dos delitos e das Penas”, de **Cesare Beccaria**, que é precursor de uma concepção liberal do direito.²¹⁶

²¹³ Ferraz, Tércio Sampaio. Op. Cit., pp. 74-75.

²¹⁴ Bobbio, Noberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenador de Tradução: João Ferreira e Revisão Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Vol. 1. Brasília: editora UNB. 2000, pp. 655-656, explica que: “O jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer.”

A seguir esclarecem os autores que o jusnaturalismo possui 03(três) versões fundamentais, que por sua vez deram origem a diversas correntes doutrinárias que predominaram em dado momento histórico. Não é pretensão deste trabalho investigar cada uma das diversas linhas doutrinárias, mas numa apertada síntese, pode-se dizer que o jusnaturalismo preponderante na idade antiga e medieval, esteve baseado no direito divino em que a lei é estabelecida “por força da divindade e por esta revelada aos homens.” Os autores narram que na obra de Sófocles “Antígona” o personagem homônimo se recusa a cumprir as ordens do rei, sob a alegação de que elas estavam em contradição às leis eternas, emanadas dos deuses. “Direitos inatos, estado de natureza e contrato social, conquanto diversamente entendidos pelos vários escritores, são os conceitos característicos do Jusnaturalismo moderno”, p. 658.

Na idade moderna prevalece a idéia de que existe um direito natural que poderia ser reconhecido com válido por todos os povos, sendo ditado pela razão, independente da vontade de Deus. Marcante nesse período é a obra de Hugo Grócio “*iure belli ac pacis*”, de 1625. O jusnaturalismo moderno influenciou o texto da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776, na qual homens possuem direitos inalienáveis, como direito à vida, liberdade, busca à felicidade e a Declaração dos Direitos do homem e dos cidadãos editada na França em 1789, nas quais são proclamados os direitos naturais à liberdade, igualdade, propriedade, entre outros.

²¹⁵ Bobbio, Noberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenador de Tradução: João Ferreira e Revisão Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Vol. 1. Brasília: editora UNB. 2000, pp. 658-659.

²¹⁶ Bobbio, Noberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Notas compiladas por Nélío Morra. Tradução Márcio Puglesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 39.

Em meados do Século XVIII **Montesquieu** editou o *Espírito das Leis*(1748), sendo considerada a obra que marcou a delimitação conceitual das diversas funções estatais(legislativo, executivo e judiciário). A obra relegou ao judiciário uma posição nitidamente inferior. O Autor observava a inconveniência prática de julgamentos diversos e contraditórios entre os julgadores, de modo que propugnou que os tribunais deveriam ser constituídos à medida que a necessidade de julgamento se fizesse necessária(sem “corpos permanentes”), de modo a anular o poder de julgar. Defendeu, ainda, que os julgamentos deveriam corresponder ao exato sentido da lei, uma vez que “Se eles fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.”²¹⁷

Em uma célebre passagem da obra, **Montesquieu** bem resume a visão que possui do Poder Judiciário, que, em verdade, nem ao menos considera um Poder em seu sentido material²¹⁸:

Porém os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.²¹⁹

Beccaria, por sua vez, em “*Dos delitos e das Penas*”, também reduz o papel do julgador a mero aplicador da lei, sem ao menos lhe atribuir a prerrogativa de interpretá-la. Em passagem luminar o Autor apresenta a fórmula silogística que vai nortear os julgamentos fundados no direito positivo. Diz **Beccaria**:

O juiz deve fazer um silogismo perfeito. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constringido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro.²²⁰

²¹⁷ Montesquieu. **O Espírito das Leis**. Tradução Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2002, p .88.

²¹⁸ Montesquieu. Op. Cit., p. 89: “Dos três poderes dos quais nós falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois...”

²¹⁹ Montesquieu. Op. Cit., p . 91.

²²⁰ Beccaria, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 19.

Bobbio explica que a subordinação dos juízes à lei, representou inegável contribuição à segurança jurídica, pois conferiu ao indivíduo a certeza que seu comportamento se encontra conforme à lei ou não.²²¹

O positivismo jurídico conferiu à segurança jurídica o papel de super-princípio²²², sem o qual os demais princípios não podem se concretizar adequadamente. Veja, p.ex., o que seria do direito penal sem o respeito à segurança jurídica. É difícil imaginar o direito penal sem respeitar postulados como “Não há crime sem lei anterior que o defina” e “Não há pena sem prévia cominação legal.” Tal é a importância da segurança jurídica que **Zaffaroni e Pierangeli**, ao versarem sobre o papel da segurança jurídica no direito penal, chegam a afirmar - a meu ver com certo exagero, quando generaliza sua posição para os demais ramos do direito -, que “No nosso entender, o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito.”²²³

Não se pode imaginar que o fortalecimento do direito posto, institucionalmente criado, mediante o comando estatal legal, tenha representado o apogeu da justiça ou mesmo de um Estado democrático de Direito.

4. Enfraquecimento do positivismo jurídico a partir da 2ª metade do Século XX.

Após longo processo evolutivo de fortalecimento do papel da lei no Direito, já no Século XX, as experiências dos Estados nazista e facista demonstraram que o positivismo jurídico estatalista (imposta pelo Estado) não poderia ser adotado nos moldes até então aplicados. Paradigmático é a evolução da posição de **Gustav Radbruch** que antes do regime nazista defendia a supremacia da segurança jurídica sobre a justiça e afirmava que a primeira era requisito para a segunda. Dizia **Radbruch**:

É mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas - a justiça e a recta finalidade - são realmente duas grandes preocupações do direito, todavia são

²²¹ Bobbio, Noberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Notas compiladas por Nélcio Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 40.

²²² Para Celso Antônio Bandeira de Melo, “...o princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra na base dele, em seu ponto de partida.” **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência**. Revista de Direito do Estado – RDE, Ano 2, nº 6, abril a junho de 2007.

²²³ Pierangeli, José Henrique; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93.

preocupações secundárias, sendo antes primacial, no sentir de todos, a terceira, ou seja, a da segurança e da paz social.²²⁴

A 2ª guerra mundial nos legou os elementos necessários para uma reformulação profunda na forma de *pensar o direito*. Novamente **Gustav Radbruch**, então nos idos de 1945, poucos meses depois do fim da grande guerra, revia suas posições em trabalho intitulado “Cinco minutos de Filosofia do Direito”, no qual propugnou que o direito positivo, por mais legal que pudesse parecer não poderia prescindir da justiça. É o que se pode extrair do seguinte trecho:

Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do Direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o carácter de jurídicas não poderá jamais deixar de lhes ser negados.²²⁵

Embora o positivismo jurídico do Século XIX já tivesse incorporado grande parte dos direitos, antes considerados como naturais, sua positivação e a impossibilidade de se invocar normas fora do sistema de direito positivo representou, naquela oportunidade, numa prisão normativa, de modo a impedir uma interpretação ética e humana do Direito, como a experiência do Estado nacionalismo alemão da 1ª metade do Século XX.

O processo de desprestígio do positivismo jurídico, como critério único de aplicação do direito, parece ser uma tendência de difícil reversão. Atualmente não mais se concebe a interpretação fria da lei, desapegada da possibilidade de confrontos com princípios jurídicos.

²²⁴ Radbruch, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 161:

²²⁵ Radbruch, Gustav. Op. Cit., p. 417.

Karl Larenz explica que a lei já foi considerada como fonte exclusiva ou preponderante do direito, mas que na aplicação atual do Direito as leis “requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são <materialmente justas>.”²²⁶

Uma nova forma de positivismo emerge da doutrina mais moderna, como resposta aos exageros do positivismo tradicional. Tal movimento jurídico chamado de pós-positivismo²²⁷ é referido na visão de **Luís Roberto Barroso** como a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.²²⁸

Tal mudança de paradigma na aplicação do Direito é identificada, por outros autores, como **Lênio Streck**, enfocando a Carta Magna, como o *novo constitucionalismo*.²²⁹ Em verdade, tais manifestações jurídicas são facetas de um mesmo processo de redefinição das bases do direito, motivado pelo advento da 2ª grande-guerra e o esgotamento teórico do positivismo tradicional.

Adverte **Streck** que para o direito brasileiro o novo constitucionalismo ainda não “aconteceu”. Diz o Autor:

O novo constitucionalismo — que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito — ainda não aconteceu. Veja-se, nesse sentido, que

(a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, bastando, v.g., ver o que fizemos com o mandado de injunção, “exigindo” uma “lei regulamentadora”, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte;

(b) continuamos a acreditar no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo;

²²⁶ Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª edição. Tradução José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 3.

²²⁷ Diz Paulo Bonavides que com o “pós-positivismo os princípios passam a ser tratados como direito.” (**Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 237).

²²⁸ Luís Roberto Barroso. , **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios in Direito Constitucional em Evolução. Perspectivas**, Júnior, Paulo Gomes Pimentel (Coordenador). Curitiba: Juruá, 2005, p. 174.

(c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsumtivo de interpretar, sucumbiu em face do giro lingüístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas);

(d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa.²³⁰

O novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo representa uma grande mudança na forma de interpretar o direito. Antes a interpretação iniciava-se pela lei e, eventualmente, chegava-se ao texto constitucional. Agora, com o novo constitucionalismo permite-se que a interpretação necessária sempre tenha a Constituição como referência obrigatória. Os princípios jurídicos deixaram uma posição subsidiária na interpretação e passaram ao papel principal. Para o neoconstitucionalismo, toda interpretação é uma interpretação constitucional.²³¹

Ao fazer um esboço evolutivo da interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito, **Marcelo Neves**, destaca o papel do positivismo jurídico que, inicialmente, tinha por escopo fundamental garantir a “primazia da segurança formal, passa pelo domínio da delimitação ou descoberta do sentido material e chega ao problema da incerteza condicionada pelo pluralismo e o dissenso estrutural da esfera pública.”²³²

Diante do quadro evolutivo do direito percebe-se que o direito positivo tradicional, já não atende as necessidades de uma sociedade moderna²³³ (ou tendente à moderna como no caso do direito brasileiro), que é palco de um contínuo embate entre regras, princípios e valores jurídicos, imersos em ordenamentos jurídicos cada vez mais complexos e que, infelizmente, em nosso caso nacional, tem cada vez mais dificuldade de se

²³⁰ **Crise de paradigmas Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40803,1#null>. Acesso em 15/05/2008.

²³¹ Moreira, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação.** Revista Forense, Vol. 396. Ano 104, p. 89-104, março-abril/2008, p. 95, ao tratar do neoconstitucionalismo o sentencia: “Toda decisão legislativa ou judicial está pré-regulada por uma norma constitucional.”

²³² Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

²³³ Ao tratar das características principais do Estado moderno, João Maurício Adeodato, invocando Niklas Luhmann, diz que são pré-requisitos para uma sociedade moderna: a) “pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas”; b) “crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito”; c) “relativa emancipação da ordem jurídica frente às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico...” (**Ética e Retórica – Para uma teoria da Dogmática Jurídica.** Saraiva, 2002, p. 207/209.) Pelas características objetivas da modernidade, o Estado brasileiro ainda não pode se enquadrar com um Estado moderno, ante a baixa “baixa emancipação da ordem jurídica frente às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico.” Tornar-se desnecessário, ante o grande volume de exemplos possíveis, citar casos em que réus poderosos (político ou economicamente) passam pouquíssimo tempo no cárcere, sob o argumento da violação aos direitos fundamentais, enquanto outros sem maiores recursos, ficam sob a custódia do Estado em tempo até superior à previsão máxima da lei.

manter como um sistema jurídico coerente. Como exemplo dessa própria dificuldade na manutenção da coerência registra-se os diversos questionamentos atuais sobre a aplicação da coisa julgada.

A solução esquemática binária do tipo válido ou inválido, não soluciona questões em que os princípios jurídicos, quer positivados ou não, são confrontados com regras jurídicas. De outro lado, o mundo encontra-se inserto num ambiente fluido de insegurança, na qual a certeza chega a ser um mito, pois se encontra condicionada à força dos discursos em confronto.²³⁴ Tal visão de mundo propugna a relativização das certezas científicas e vem contaminando diversas áreas do conhecimento, inclusive do direito, sendo chamada de pós-modernidade.²³⁵

5. Princípios da segurança jurídica e da confiança.

O princípio é o ponto de partida para a análise, interpretação e aplicação de qualquer sistema. **Celso Antônio Bandeira de Mello** afirma que princípio é o “mandamento nuclear de um sistema”²³⁶.

Canotilho, por sua vez, examina os princípios jurídicos, adotando-os como normas, nos seguintes termos:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem,

²³⁴ Diz Marcelo Neves: “Em uma perspectiva pós-moderna, Teubner sustenta “que a problemática do conflito à qual o direito está exposto não é a colisão de valores ideais, mas sim a colisão de discursos reais com diferentes lógicas próprias, que contêm um enorme potencial de autodanificação.”(Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 224)

²³⁵ Em trabalho destacado Eduardo C. B. Bittar revela as tendências da pós-modernidade: “A irrupção da pós-modernidade traz consigo as seguintes tendências, ainda em ascensão, em assentamento e em pleno processo de produção: à publicização do direito privado; à pulverização dos direitos; à falência da dogmática isolacionista; à quebra do paradigma de que a ciência jurídica só pode ser a ciência caracterizada pela pureza kelseniana(isolamento das questões ideológicas, históricas, políticas, sociais, axiológicas, éticas...); à despreocupação excessiva com a certeza terminológica e identificação de problemas reais, concretos e sociais como fulcro da reflexão jurídica, inclusive dogmática; à pulverização e multiplicação dos objetos de conhecimento, na medida da quebra do isolacionismo das dogmáticas, tendo por fulcro a importância da interdisciplinariedade que passa a invadir as concepções científicas tradicionais; à modificação dos cânones formais de produção do conhecimento; à confere-se atenção à contraculturalidade, ao direito inoficial, aos agentes e às agências alternativas do direito oficial, às forças sociais e à sua organização institucional alternativa; à discussão e tematização da descriminalização e da deformalização do direito.”(**O direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 370-371).

²³⁶ **Curso de Direito Administrativo**, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 573.

permitem ou exigem algo em termo de <<tudo ou nada>>, impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica.²³⁷

O Autor português distingue as regras dos princípios, afirmando que as regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivo, sem qualquer excepção(direito definitivo).”²³⁸

Robert Alexy, por sua vez, também separa princípios de regras e princípios, pontuando:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.²³⁹

Luiz Roberto Barroso, apoiando-se em Robert Alexy e Ronald Dworkin, define a norma como o gênero que tem como espécies a regra e o princípio, nos seguintes termos:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida...Princípios, por sua vez contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível.²⁴⁰

²³⁷ Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 533-534.

²³⁸ Canotilho, J.J. Gomes. Op. cit., p. 534.

²³⁹ **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2002, pp. 86-87.

²⁴⁰ Luís Roberto Barroso. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. Direito Constitucional em Evolução. Perspectivas. Júnior, Paulo Gomes Pimentel. Coord. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 173-174.

A segurança jurídica, tal como afirma **Ivo Dantas** é um princípio que “deve nortear todo o ordenamento jurídico”.²⁴¹ Tal princípio talvez seja uma das questões mais essenciais ao direito, sendo difícil imaginar o direito sem que tal postulado seja considerado como essencial.

A segurança jurídica é um daqueles conceitos jurídicos de difícil delimitação conceitual, mas de fácil percepção factual. Embora o indivíduo possa não saber definir a segurança, com certeza sabe dizer quando a possui. Segurança jurídica é um dado objetivo, mas principalmente é um sentimento de conforto, bem-estar e tranquilidade que o Direito proporciona aos indivíduos.

Theophilo Cavalcanti Filho, em trabalho que se tornou clássico no Brasil, pondera que a segurança, ao lado da ordem e da certeza são exigências de qualquer ordem jurídica positiva.²⁴²

Do ponto de vista conceitual vale a pena observar que o princípio da segurança jurídica pode se apresentar sob aspecto objetivo ou subjetivo. **J.J. Canotilho** distingue o princípio da segurança jurídica do princípio da confiança.

Diz **Canotilho** que a segurança jurídica está ligada a elementos objetivos pertinentes à ordem jurídica, como a “garantia de estabilidade jurídica” e a “segurança de orientação e realização do direito”, enquanto a proteção da confiança se refere aos elementos subjetivos da segurança jurídica como a “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.”²⁴³

A segurança jurídica pode ser compreendida em seu aspecto objetivo ou subjetivo. No aspecto objetivo a segurança jurídica refere-se aos limites da irretroatividade dos atos estatais, revelando-se claramente nos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. No aspecto subjetivo, como afirma **Couto e Silva**, o princípio:

²⁴¹ Dantas, Ivo. **Coisa Julgada inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência**. Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 2, nº 15, maio de 2002, p. 588.

²⁴² Cavalcanti Filho, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 51.

²⁴³ Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.

a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo que quando ilegais, ou b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações sempre em virtude da crença nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.²⁴⁴

No aspecto objetivo o ordenamento deve estar apto a proteger a segurança jurídica nas hipóteses eleitas pelo legislador. Esta proteção far-se-á por mecanismos processuais necessários e suficientes para a concretização efetiva dos direitos realçados como relevantes pela ordem jurídica. Quando o indivíduo, por sua vez, possui as condições de perceber que o Estado protege os seus direitos, surge-lhe o sentimento de confiança. A confiança se revela não apenas de que seus atos terão uma determinada conseqüência jurídica, como que os atos dos demais indivíduos da sociedade, em idêntica situação, estarão submetidos ao mesmo regramento. Da confiança surge a tranqüilidade jurídica, permitindo um ambiente propício ao pleno convívio social.

Há vários mecanismos que o direito cria para que a segurança jurídica seja preservada, muitas vezes privilegiando tal princípio a outros existentes no ordenamento jurídico. Quando a Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe que a Constituição Federal só poderá ser emendada pelo voto de ao menos 3/5 dos integrantes do Congresso Nacional (art. 60 § 2º), claramente opta por privilegiar a estabilidade do texto constitucional em detrimento da necessidade de mudança do conteúdo da Carta Magna.

De igual forma, quando o legislador do Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 205 que a prescrição das ações em geral ocorre após o transcurso de 10(dez) anos após a violação do direito, também privilegiou a estabilidade de uma situação juridicamente relevante em detrimento do direito do lesado obter provimento judicial condenatório.

²⁴⁴ Couto e Silva, Almiro. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. 27(57): 33-75, 2004, p. 37(pge. rs. gov.br/revistas/revista_pge_57_sup.pdf. Acesso em: 1º/04/2008)

O princípio da segurança jurídica encontra-se espreado em todo o ordenamento jurídico, de forma direta, como no caso do art. 2º, da Lei nº 9.784/99²⁴⁵ (Lei do Processo Administrativo), que consagra o princípio da segurança jurídica como norte condutor da Administração Pública brasileira ou de forma implícita, quando no texto constitucional, art. 5º, XXXIX²⁴⁶, garante que o crime a pena depende de lei prévia em tal sentido.

Há situações, no entanto, que o ordenamento jurídico sacrifica o princípio da segurança jurídica, em prol de outros princípios. O texto constitucional, p.ex., consagra, como regra geral, que o legislador não poderá cobrar tributo “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.” (art. 150, III, “a”). No caso, o princípio da segurança jurídica se revela em uma de suas facetas, no caso o princípio da irretroatividade, prevalecendo em confronto com a necessidade estatal de criação de novo tributo.

Ocorre que o próprio texto constitucional excepciona essa regra geral ao estatuir que a vedação não se aplica aos casos de empréstimo compulsório “para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência.” (art. 150 § 1º c/c art. 148, da CF). Na hipótese, o princípio da segurança jurídica cede espaço à necessidade de criação de nova espécie tributária em hipóteses extremas.

As hipóteses acima referidas dizem respeito ao princípio da segurança jurídica que é aplicável quer como limitação das iniciativas do poder público, quer para proteger os interesses dos particulares, sendo um princípio dirigido a qualquer pessoa (natural ou jurídica) que esteja submetida ao nosso ordenamento jurídico.

²⁴⁵ Lei nº 9.784/99:

Art 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²⁴⁶ Art. 5º

[...]

“XXXIX. não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal;”

O princípio da segurança jurídica não apenas é endereçado ao legislador, mas também ao poder executivo e ao poder judiciário, alcançando os particulares em geral. Quando alguém firma uma promessa de compra e venda de bem imóvel, com cláusula de irrevocabilidade, deixa de poder desistir do negócio. Faculta-se, no entanto, ao promitente comprador, após o cumprimento de sua obrigação, obter a adjudicação judicial, independentemente da vontade do vendedor (art. 1418, do CC/2002). Vê-se, assim, que a segurança jurídica é um princípio que não discrimina beneficiários, sendo uma benesse ínsita ao ordenamento jurídico que garante maior estabilidade nas expectativas dos jurisdicionados.

6. A mitigação do princípio da segurança jurídica.

Quando a Constituição Federal garante, expressamente, que a lei não poderá prejudicar a coisa julgada, quer dizer que o instrumento hábil protetivo do instituto não poderá ser maculado por lei posterior que lhe garante tal *status*.

De logo, deve ser afastada a tese de que a segurança jurídica e suas expressões institucionais (coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido), sejam princípios absolutos. Embora a segurança jurídica seja um elemento essencial para a estrutura do Estado, como adverte **Canotilho**,²⁴⁷ ela não está infensa a confrontações valorativas com outros princípios em face aos casos concretos. Tal idéia se aplica a qualquer preceito constitucional, não havendo exceções. A idéia do conceito absoluto, do direito absoluto foi relativizada com a pós-modernidade e o pós-positivismo.

Tal relativização da segurança jurídica e, por conseqüência, da coisa julgada, não pode ser adotada como critério geral, sob pena de se perder todo o avanço doutrinário que a segurança jurídica representa para o direito.

Tércio Sampaio Ferraz, em trabalho específico sobre o tema, reconhece a razoabilidade da flexibilização da coisa julgada, mas aponta para seus perigos:

²⁴⁷ Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 257.

Ora, se é verdade que o instituto da coisa julgada foi pensado, no Estado Liberal²⁴⁸, para estabilizar a decisão, garantindo as condições para que os cidadãos pudessem perseguir seus objetivos, por sua conta, no Estado Social, uma flexibilização da coisa julgada em nome da justiça (social) parece plausível, mas deve ser examinada com cuidado. Entendida a flexibilização como um instrumento que pode viabilizar a constante intervenção do Estado na transformação da sociedade, a coisa julgada deveria ceder diante da sentença injusta, pois poderia significar, por exemplo, a manutenção de uma decisão que, transitada em julgado e prescrito o prazo para a propositura de uma ação rescisória, viesse a desconsiderar uma relação de paternidade posteriormente confirmada pelo exame de DNA. O que não deixa de colocar o problema da crise dos equilíbrios sociais.²⁴⁹

Atualmente há diversos autores que discute a relativização da coisa julgada, muitos deles apenas invocam razões de justiça para a mudança do paradigma que garantem a estabilidade da decisão judicial.²⁵⁰

A tese parece-me perigosa, quando se encontra apoiada, tão-só, na idéia de justiça individual. Uma razão muito mais sólida para a relativização da coisa julgada é que ela deve guardar coerência com o ordenamento jurídico, especialmente em face da Constituição Federal.

7. Princípio da segurança em confronto com o princípio da justiça em face da coisa julgada.

Entre as diversas teorias sobre a construção da coisa julgada, destacam-se aquelas que procuram sua justificação como *ficção da verdade*(Savigny), doutrina que visa atribuir ao Instituto uma justificação de caráter político apoiada na necessidade de prestigiar a autoridade da jurisdição, confundindo o provimento judicial com a verdade produzida em juízo. Couture critica tal doutrina ao afirmar que a teoria olvida dos diversos casos em que a coisa julgada não é representativa de uma ficção de verdade, mas

²⁴⁸ Chiovenda explica que a autoridade da coisa julgada no direito romano era admitida por uma razão de ordem prática: “pela suprema exigência da vida social, de que haja certeza e segurança no gozo dos bens da vida...” (Chiovenda, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, p. 121.)

²⁴⁹ Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica, Coisa julgada e Justiça**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica Vol. I, nº 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 268.

²⁵⁰ Por todos autores, cita-se José Augusto Delgado(**Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Revista de Processo. n. 103. Ano 26. Jul-Set de 2001. Revista dos Tribunais).

representa a própria verdade real.²⁵¹ O Autor uruguaio destaca, invocando **Scaccia**, dos exageros que tal concepção pode levar:

La cosa juzgada hacer de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado em redondo; altera los lazoas de la sangre y cambia lo falso em verdadero.²⁵²

Pontes de Miranda também questiona tal doutrina ao afirmar que ela não apresenta justificativa para os casos em que ocorre a rescisão do julgado processualmente valido e injusto, no qual se afasta a ficção legal atacada.²⁵³

Pontes ainda em seu Tratado das Ações, apresenta diversas teorias sobre a justificação da coisa julgada, entre outras, *Lex specialis* (Oskar Bülow), a qual renova a mesma crítica feita em face da teoria da presunção de verdade. Economização da renovação dos processos (J. Chr. S Schwartz, Konrad Hellwig, E. Bötticher), em que também questiona tal doutrina defendendo que tal finalidade não poderia justificar a decisão justa e injusta. Necessidade de segurança extrínseca (Rudolf Pollak, Franz Klein, A. Löffler, Hans Sperl e Pontes de Miranda), que se contrapõe à justiça de direito material ou segurança intrínseca (François Gény e A.S. Schultze).

O Autor alagoano critica a doutrina da segurança intrínseca sob o argumento de que “a perfeição, oriunda da obtenção possível (crescente) da segurança intrínseca ou justiça de direito material, é fim, e não elemento de definição.”²⁵⁴

Inquestionavelmente a doutrina prevalente entende a coisa julgada como Instituto que garante a segurança jurídica, lastreada na presunção de verdade que ela possui²⁵⁵ e na impossibilidade de rediscussão da causa (autoridade²⁵⁶), implicando, na

²⁵¹ Eduardo J. Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002, p. 333.

²⁵² Couture. Op. Cit., p. 330.

²⁵³ Miranda, Pontes. **Tratado das Ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998, p. 238.

²⁵⁴ Miranda, Pontes. **Tratado das Ações**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo 1. Campinas: Bookseller. 1998, pp. 238-239.

²⁵⁵ Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002, p. 333, afirma: “Poco ha progressado la doctrina en esta línea de reflexiones. En todo caso, siempre resulta muy ilustrativo observar que la doctrina dominante, que sigue siendo aún la de presunción de verdad...”

prática, limite ao exercício do poder jurisdicional na escolha da decisão mais adequada (correta e justa).

Recentemente em face da introdução dos arts. 475-L § 1º e 741, parágrafo único, do CPC (examinados adiante em Capítulo específico), em face da Lei nº 11.325/05. Os dispositivos normativos excepcionaram a proteção conferida à coisa julgada e surgiram como resposta a um processo doutrinário que vem sendo liderado, há algum tempo, por **José Augusto Delgado**, atual Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça - STJ e, posteriormente, foi secundado por outros doutrinadores de renome, como **Cândido Theodoro Júnior** e **Cândido Rangel Dinamarco** e encontra-se pautado, fundamentalmente, pela busca de um ideal de justiça, revelado pela necessidade de conformidade da sentença com a Constituição.

Delgado exalta a questão da justiça, como princípio mitigador da segurança, concretizada pelo instituto da coisa julgada. O Autor parte de um conceito tradicional de coisa julgada, entendendo-a como a sentença dotada de irretratabilidade não alcançável por qualquer recurso. Em seguida, atribui à coisa julgada o pressuposto de justiça, certeza e verdade, aproximando-se de **Savigny**, e questiona as sentenças exaradas em contradição ao texto constitucional, chamando-as de sentenças injustas. Afirma o Autor:

Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais.

[...]

A justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças.²⁵⁷

²⁵⁶ Chiovenda. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Trad. da 3ª edição italiana. Jose Calais y Santalo. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1977, p. 441.

²⁵⁷ Delgado, José Augusto. **Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas** – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Revista de Processo. n. 103. Ano 26. Jul-Set de 2001. Revista dos Tribunais, p. 9-36.

A idéia de justiça de decisões judiciais requer, necessariamente, um breve exame do próprio papel do Poder Judiciário no momento atual. **Guerra** nos lembra a concepção de **Montesquieu** na qual o juiz era mera “boca da lei”:

“La justificación clásica del poder del juez, justificación que aún sigue representado el núcleo central de la legitimación del juez em el Estado democrático, es la que deriva de la exposición realizada por Montesquieu em 1745: ‘los jueces de la Nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la lei, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes’.²⁵⁸

Tal concepção, obviamente, não justifica o papel atual que o Poder Judiciário vem desempenhando em nossa sociedade.

O Juiz, inegavelmente, é um ator social e como tal, seu atuar é cercado de expectativas para os que direta ou indiretamente são influenciados por suas decisões. As Partes desejam que o direito em controvérsia seja julgado de acordo com seus interesses pessoais, já a sociedade deseja o fim das tensões, a paz e a harmonia entre seus cidadãos. É certo que o Poder Judiciário tem papel relevante em viabilizar o desejo social de paz mas, inegavelmente, sua atuação não pode atender a todos os reclamos da sociedade, estando limitada ao ordenamento jurídico.

No que respeita ao Poder Judiciário, a sociedade espera que as decisões sejam proferidas com **rapidez, segurança/correção e justiça**. A rapidez processual pode ser objetivamente determinada, quando a lei estipula prazo para que o juiz possa decidir, ou mesmo quando atribui prioridade no julgamento e tramitação para determinadas causas, como o mandado de segurança. O próprio Estado procura assegurar a segurança/correção do julgado (ao menos formalmente) quando prevê mecanismos de aprimoramento das decisões, como os recursos e as ações impugnativas (rescisória e as *querellas nulitatis*). Atingir o ideal de justiça, no entanto, vai depender dos mais diversos critérios, que praticamente inviabilizam qualquer iniciativa estatal de lhe impor paradigmas.

²⁵⁸ Guerra, Luis Lopes. **La legitimidad democrática del juez**. Cuadernos de Derecho Publico. Instituto Nacional de Administración Pública. 1. Madrid: Mayo-agosto. 1997, p. 50.

A noção de justiça, extrapola, em muito, o velho ensinamento de **Ulpiano** “*dar a cada um o que é seu*”.²⁵⁹ Ser justo é uma noção particular, individual, sendo inviável adotar critério normativo que atenda a todos os casos hipotéticos. Cada pessoa possui seus paradigmas peculiares de justiça que se formam à medida que a personalidade se consolida, desde tenra idade. Mesmo após a idade adulta os critérios particulares de justiça, são alterados e modificados por situações diversas, notadamente por nossas experiências pessoais.

Kelsen, há muito, já atentou para a inviabilidade prática de responder a simples pergunta do que seja justiça. Diz ele:

...o que é a justiça?

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta.²⁶⁰

A noção de justiça vai variar, também, de acordo com o sentimento de cada sociedade, de cada pessoa e em fase de determinado momento histórico. O que é para nós é justo no momento pode não ser justo no futuro. Nem o que foi justo no passado, também no o é no presente. A justiça é um critério jurídico-social de grande variabilidade.

Nessa gama de incertezas, quando nosso critério de justiça sofre mutações, como é possível conferir justiça às decisões, sob o fundamento de se atender aos desejos da sociedade?

Entende-se que o critério peculiar de justiça do julgador, não pode dominar sua atuação, uma vez que o plexo valorativo do julgador, embora relevante para o *decisum*, não deve ser usado como fundamento para a solução da controvérsia a ser examinada.

Em verdade, quando o magistrado atua ele o faz de acordo com o ordenamento jurídico (Um complexo de leis, princípios e institutos jurídicos, que são postos à sua disposição para a solução da causa). É óbvio que o julgador não pode desvirtuar os instrumentos jurídico-lógico-positivos, de acordo com seus critérios particulares, pois se

²⁵⁹ “*Justitia est constans et perpetua volutas jus suum cuique tribuendi*(Ulpiano. Dig. 1,1,10)” *apud* Rolim, Antonio Luiz. **Instituições de Direito Romano**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 131.

²⁶⁰ Kelsen, Hans. **O que é justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

assim o fizer, seu atuar será meramente arbitrário e certamente ofenderá uma das expectativas da sociedade que é a correção da decisão judicial, à luz do ordenamento jurídico em vigor e não com base na visão de justiça do prolator da decisão.

A atuação do magistrado está jungida ao ordenamento jurídico. Muito bem! Mas uma atuação desprovida de erros, tecnicamente perfeita, pode não atender aos reclamos da sociedade, como atender também o desejo social de Justiça?

Cabe observar-se, ainda, que a norma traz – necessariamente – o sentimento de justiça da sociedade, legitimamente produzida pelos representantes da sociedade. É óbvio que a justiça não se alcança no plano genérico, próprio das normas, mas passa, necessariamente, pela aplicação do julgador.

Nesse sentido, **Almiro Couto e Silva** observa que se costuma contrapor segurança jurídica e justiça. O Autor defende, no entanto, que a diferença é mais aparente do que real, pois a segurança jurídica já é uma forma de se expressar a justiça. Diz o Autor:

Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.²⁶¹

O julgador, de outro lado, não pode, repito, extravasar seus sentimentos e paixões pessoais no **decisum**. Antes de qualquer sentimento ou desejo pessoal não se pode esquecer que a atividade judicante representa a expressão de um serviço público²⁶², o qual deve ser realizado de acordo com as balizas que o ordenamento jurídico lhe fornece.

²⁶¹ Couto e Silva, Almiro. Op. cit.

²⁶² Embora o Julgador, tecnicamente, seja classificado como agente público, na espécie Agente Político (Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Azevedo, Eurico; Aleixo, Décio, Burle Filho, José. São Paulo: Malheiros. 1997, 74), titularizando a condição de órgão estatal (centro de competência), é inegável que sua atuação e sua própria existência como agente estatal, tem a função de servir ao público. Por isso, endosso, integralmente, as idéias, há muito defendidas pelo MM. Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt, que ao menos desde os idos da década de 90, quando tive a oportunidade de ser seu Monitor na Cadeira de Direito Comercial I, da Faculdade de Direito do Recife – UFPE, costumava afirmar em conversas nos corredores daquela tradicional Faculdade, que o Juiz antes de tudo é um servidor público. Tal posição, foi

Nessa encruzilhada jurídica, diante das alternativas: justiça e norma positivada, qual o caminho a seguir? Numa visão meramente formal o juiz opta pela norma e desculpa-se, implicitamente com a sociedade, sob o fundamento básico de não poder extravasar do seu âmbito de atuação. Para outros, adeptos de correntes ditas libertárias, como o direito alternativo, alcança-se a Justiça a qualquer custo, independentemente das normas e mesmo em contradição ao ordenamento jurídico.

Toda decisão judicial deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de invalidade, independentemente de estar apoiada nos critérios mais robustos de justiça. É que da mesma forma que o Julgador é investido na função jurisdicional por força da lei, também sua atuação se baseia nas normas que garantem seu atuar. Se a judicatura se faz ao arrepio do ordenamento jurídico, então, apenas aparentemente tem-se atuação jurisdicional legítima, uma vez que o fundamento de sua validade, deixa de ser a lei(e no ápice da pirâmide normativa a Constituição) e passa para o plano do arbítrio.

A justiça ou injustiça da sentença, como critério fluído, é perigosa, como nos adverte **Nelson Nery**, ao interpretar a flexibilização da coisa julgada no direito nazista:

Adolf Hitler assinou em 15.7.1941, a Lei para a Intervenção do Ministério Público no Processo Civil, dando poderes ao *parquet* para dizer se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão(art. 2º da Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen [StAMG] – RGB1 I, p. 383). Se o Ministério Público alemão entendesse que a sentença seria injusta, poderia propor ação rescisória(Wiederaufnahme des Verfahrens) para que isso fosse reconhecido.

[...]

Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento de totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com a democracia.

A atuação do julgador, no entanto, não está jungida a uma camisa-de-força normativa, posto que o ordenamento jurídico, no amplo espectro de princípios(positivados ou não) e institutos jurídicos, permitem que o julgador atue – sempre – conferindo Justiça.

integralmente renovada, em agosto de 2007, em seu discurso de posse como Desembargador Federal no TRF – 5ª Região a que tive oportunidade de me encontrar presente.

É óbvio que em dados casos o julgador se vê diante da perplexidade do mundo real. Se a solução justa – no entender do julgador – está divorciada da lei, nem há mecanismos de “drible normativo” ou superação principiológica, o que se deve fazer? O julgador não é Deus, nem é dotado do poder de solucionar os problemas que escapam de sua competência (inclusive para criar leis inexistentes). Se as normas não refletem o desejo da sociedade, nem há normas que agasalhem a pretensão deduzida em juízo, então o Juiz também não possui a legitimidade para criá-las. No âmbito interpretativo o poder jurisdicional é amplo, inclusive, porque a norma pode e deve ser renovada a partir das interpretações judiciais.

As normas do ordenamento jurídico apresentam um critério objetivo de justiça, tendo como paradigma a conformidade da sentença ao texto constitucional. **Dantas**²⁶³, por sua vez, ao estudar a posição de **José Augusto Delgado**, repele a denominação “sentença injusta”, por considerar uma expressão com forte carga filosófica e até emocional, esclarecendo, com razão, do ponto de vista objetivo, que a expressão mais adequada é “sentença inconstitucional”.

8. A mudança de entendimento das decisões judiciais em confronto com a segurança jurídica.

Uma das questões mais relevantes e recorrentes sobre a segurança jurídica, principalmente no campo do direito tributário, é a hipótese em que os tribunais vêm exarando decisões pela inconstitucionalidade/ilegalidade de determinada norma tributária. Tais decisões, muitas vezes, beneficiam milhares de contribuintes, que deixam de recolher o tributo ou o recolhem em condições mais favoráveis. As decisões judiciais, em bom número de casos, perduram por vários anos, fazendo com que os contribuintes sejam levados a um sentimento de certa confiança quanto aos critérios de recolhimento fixados pela justiça. Essa aparente confiança pode estimular os contribuintes a realizarem investimentos ou planejarem suas atividades levando em consideração os cenários legais até então definidos pelos tribunais. Algumas dessas decisões judiciais transitam em julgado, sendo executadas,

²⁶³ Dantas, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência**. Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 2, n. 15, maio de 2002, p. 606: “Neste sentido, a expressão decisão injusta, como o admite JOSÉ AUGUSTO DELGADO, por trazer em si uma forte carga de natureza filosófica ou mesmo emotiva, quer nos parecer que deva ser encarada, naqueles casos em que fere, por exemplo, a Moralidade Administrativa ou Direitos Fundamentais, ou ainda “violação ao meio ambiente e destruição das condições do próprio habitat do ser humano” (HUGO NIBRO MAZZILI), **não como injustas, mas inconstitucionais mesmo**, em razão de ferirem princípios constitucionais postos na Constituição. A simples substituição de injusta por inconstitucional já põe, por si só, limites a abusos que se desejem praticar.” (negritos nossos)

integralmente, pelos empresários. Nesse caso, a questão encontra-se superada, salvo eventual interposição de ação rescisória.

Em outros casos a decisão judicial, embora transitada em julgado, ainda não foi executada e, nesse caso, é de se examinar o caso à luz da aplicação dos art. 475-L, § 1º, do CPC e 741, parágrafo único, do CPC. Para não repetir matéria, remete-se o leitor para Capítulo específico sobre o tema.

Pode ocorrer, ainda, que a decisão judicial de última instância considere legais/constitucionais as normas questionadas. No caso, após anos efetuando recolhimentos em padrões menos onerosos, os contribuintes acumulam, invariavelmente, um elevado passivo para com o fisco, de modo que a decisão judicial de última instância representa a configuração de um grande ônus.

A questão pode ter contornos quase dramáticos quando o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado pela inconstitucionalidade das normas e depois muda o seu entendimento, considerando-as constitucionais. Nesses casos, têm os contribuintes, invariavelmente, pleiteado a modulação temporal dos efeitos da decisão judicial para que seja aplicável *ex-nunc*, de modo a impedir um pesado pagamento de valores não-recolhidos. Um dos casos recentes mais festejados se deu com o creditamento do IPI de insumos adquiridos e beneficiados com a alíquota zero²⁶⁴.

Quando a hipótese é diversa, ou seja, quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade da norma tributária ou mesmo de outra natureza, a Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999, estabelece em seu art. 27²⁶⁵, que:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo

²⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal a partir de 18/12/2002, com o RE 350446/PR, por 9(nove) votos a 1(um), vencido o Ministro Ilmar Galvão e vinha reconhecendo a possibilidade de creditamento do IPI nos casos de insumos submetidos à alíquota zero do IPI. Em 15/02/2007, com a nova composição da Corte, nos autos do RE 353.657-5/PR, com 6(seis) votos favoráveis e 5(cinco) contra, o Supremo Tribunal Federal entendeu por rejeitar a tese do creditamento do IPI de insumos adquiridos com alíquota zero. Durante o julgamento ficou comprovado que embora o STF tenha editado várias decisões em tal sentido, em todos os casos a Fazenda Nacional apresentou recurso que ainda estavam pendentes de julgamento, de modo que não havia, propriamente, decisão transitada em julgado. (<http://www.stf.gov.br>. Acesso em 10/05/2008).

²⁶⁵ O STF vem se posicionando pela possibilidade de aplicação da norma, quer no controle concentrado, quer no controle difuso de constitucionalidade, como se pôde constatar no RE 353.657/PR.

Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.²⁶⁶

Tal norma foi reproduzida na Lei nº 9.882, de 3.12.1999²⁶⁷, art. 11, no entanto, como se pode conferir por seu teor não contempla a possibilidade de “modulação temporal de seus efeitos” quando o STF declara a constitucionalidade.

A norma consagra a possibilidade de modular os efeitos temporais da decisão(efeitos prospectivos), tão-só porque no caso de declaração de inconstitucionalidade há uma presunção de constitucionalidade das normas editadas pelo Estado, diferentemente do que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, que subverte tal postulado.

No caso em que a Corte Suprema examina a questão pela primeira vez, reconhecendo a constitucionalidade da norma, penso que não há maiores dificuldades em defender que as decisões judiciais reformadas não impõe qualquer limitação ao fisco.

Na hipótese, no entanto, em que a Corte Suprema muda seu entendimento, após já ter proferido decisões anteriores em sentido diverso, sem dúvida há aparente choque entre a sensação(confiança) de segurança jurídica que as decisões do STF deixam transparecer e os limites normativos dos efeitos das decisões judiciais em nosso ordenamento jurídico positivo. Tal situação já ocorre com a mera decisão do STF, mesmo que penda sobre ela eventual exame de embargos de declaração. Quando a hipótese é de trânsito em julgado, resta inequívoca a sensação de confiança. Em outras palavras, instaura-se um conflito entre perspectivas diversas de segurança jurídica.

A decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a Corte maior do País, possui um peso jurídico difícil de aquilatar com precisão. Celso Antônio

²⁶⁶ Embora possa parecer sedutor aprofundar-me no entendimento da Corte Suprema sobre a segurança jurídica, penso que tal investigação demandaria um trabalho específico que, no momento, não posso conciliar com o presente texto.

²⁶⁷ Lei que dispõe sobre o “processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.”

Bandeira de Mello, em parecer recente²⁶⁸, defendeu a modulação dos efeitos da decisão judicial para as hipóteses de declaração de constitucionalidade, especialmente no caso da mudança de posicionamento do STF e, em particular, na hipótese de creditamento de IPI de insumos adquiridos e beneficiados com a alíquota zero. Merece observar-se que o referido texto foi escrito antes do julgamento do RE nº 353.657-5, quando restou demonstrado que os precedentes invocados não haviam transitado em julgado. De qualquer modo, a posição do Autor merece referência:

“Como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal goza do atributo jurídico da derradeira dicção do Direito algo, pois, muito mais forte do que a chamada presunção de legitimidade dos atos administrativos, há de se entender *a fortiori*, que os cidadãos devem presumir que a Corte suprema ao formular intelecções e dicções que de direito estava obrigado a exprimir, o fez de modo juridicamente correto e que, então, os cidadãos nos comportamentos empresariais que com base neles assumiram, estavam a proceder sob o conforto e proteção do Direito.”²⁶⁹

Inobstante se reconheça, com **Karl Larenz** que as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente quando vigentes por longo período, constituem-se num impróprio, mais usual “Direito Judicial”, alerta-se que o referido Direito é muito mais ilusório do que real, por não estar contemplado no ordenamento jurídico.²⁷⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu em seu parecer pela aplicação do precedente do STF, tão-só, a partir da publicação do novo aresto²⁷¹. Tal posicionamento, embora possa parecer contundente, se afasta, em muito, dos efeitos

²⁶⁸ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, Ano 2, nº 6, p. 327-338, abril a junho de 2007.

²⁶⁹ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 331.

²⁷⁰ Defende Karl Larenz: “Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do <Direito vigente>, se o <Direito judicial> se equipara ao Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, então indubitavelmente <vinculados> aos precedentes como estão, por exemplo, a lei. Não é o precedente como tal que <vincula>, mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada. (**Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 522).

²⁷¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de, **Segurança jurídica e mudança de jurisprudência, Revista de Direito do Estado – RDE**, Rio de Janeiro, Ano 2, nº 6, p. 327-338, abril a junho de 2007, p. 338: “Isto tudo posto e considerando as indagações da Consulta respondo: I – havendo alteração da jurisprudência do STF em relação aos créditos do IPI no caso de alíquota zero pode – e mais que isto deve – ser conferido efeitos prospectivos a este novo entendimento para que sejam alcançados apenas os fatos ocorridos a partir da publicação do acórdão que consubstancie a nova orientação.

II – É visceralmente incompatível com os princípios constitucionais da boa-fé da segurança jurídica da proteção à confiança e da irretroatividade tributária conferir efeitos retroativos (*ex-tunc*) à nova jurisprudência não reconhecendo como bons e válidos os atos praticados pelo contribuinte antes da referida alteração.”

normativos que o ordenamento jurídico conferiu às decisões judiciais do STF, pois a estas não se consagra, em controle difuso, as mesmas prerrogativas conferidas pela lei em sentido estrito.²⁷²

Uma das prerrogativas que a lei possui e que as decisões do STF em controle difuso não contempla é o caráter de generalidade(efeito *erga omnes*). Não se olvide que a decisão emanada pelo STF, em casos tais não tem força cogente além das partes envolvidas na demanda. É o que se pode extrair da interpretação, a contrário senso, do art. 102 § da CF, c/c o art. 52, X, da Carta Magna, bem como de acordo com o entendimento da doutrina dominante.²⁷³

No caso em que a demanda, em caso concreto, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, não me parece razoável que em sede de execução possa-se impedir a execução de título judicial regularmente fundado em face de outro aresto editado posteriormente pelo STF.

Em primeiro lugar, observa-se que o título judicial formado pelo Supremo Tribunal Federal preenche todos os requisitos constitucionais para ser executado e a nova decisão judicial em controle difuso só pode fazer coisa julgada para as partes envolvidas na demanda, de modo que não se pode estender tal julgamento para o caso anteriormente julgado, sob pena de criarmos efeitos *erga omnes* sem previsão constitucional.

Em segundo lugar, os dispositivos que consagram a relativização da coisa julgada, arts. 475-L, §1º ou 741, parágrafo único, ambos do CPC, embora estabeleçam a inexecução de título judicial fundado em “lei ou ato normativos 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”, não soluciona a hipótese em que há duas decisões emanadas da Corte maior, cada qual em sentido diverso. É importante observar que nosso

²⁷² Mesmo no direito norte-americano, como se sabe, onde somente existe o controle difuso de constitucionalidade, as decisões judiciais da Suprema Corte não possuem o condão de revogar ou ab-rogar a lei inconstitucional. Ela continua em vigor, no entanto, pela doutrina do *stare decisis* ela possui efeitos *erga omnes*. Situação interessante ocorre quando a Corte Suprema americana prolata nova decisão em sentido contrário(pela constitucionalidade da norma). Nesse caso, a lei volta a ser aplicada desde o momento em que foi editada.(Keith S. Rosenn. **Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada**. Tradução de Paulo Gomes Pimentel Júnior. Direito Constitucional em Evolução Perspectivas. Coordenação de Paulo Gomes Pimentel Júnior. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 125-154)

²⁷³ Sacha Calmon Navarro Coelho em seu **Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**, consagra tal entendimento: “Aqui a decisão da Suprema Corte tem efeitos *ex tunc e inter partes*. O efeito *erga omnes* fica a depender do Senado Federal, ao qual, a teor do art. 52, X, compete suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.(Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 193).

ordenamento jurídico não consagra a reforma da decisão, quando uma decisão mais recente é exarada. A reforma dos julgados só pode ocorrer em procedimento judicial previamente estabelecido e de forma expressa.

Em terceiro lugar, o ordenamento jurídico assegura um núcleo mínimo de segurança jurídica aos indivíduos conferindo às decisões da Corte Suprema um *status* de imodificabilidade e plena eficácia, que não podem ser maculadas por decisões posteriores da mesma Corte. Os indivíduos quando ajuízam suas demandas devem estar atentos a dois paradigmas, sem os quais não podem ter certeza que são vencedores na demanda: o primeiro é que a decisão judicial adotada transitou em julgado(soberanamente²⁷⁴); o segundo é que aquela decisão judicial não se encontra em contradição com a decisão emanada da mais alta Corte, acaso já tenha sido proferida. Exigir um requisito adicional, vinculando a decisão judicial ao posicionamento do STF ao tempo de execução do título judicial, parece-me tornar letra morta a garantia constitucional conferida à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica.

Acaso a decisão da Corte intermediária(TJ's, TRF's ou STJ) tenha transitado em julgado antes da mudança de paradigma do STF, penso inaplicável, também, o disposto no art. 471-L, § 1º, do CPC, pois a segurança jurídica protege a boa-fé dos indivíduos. A situação é diversa no caso em que a decisão da Corte intermediária ainda pode ser modificada por recurso interposto. Nesse caso, é impossível falar-se em segurança jurídica, pois nosso sistema processual civil prevê a possibilidade da reforma da decisão judicial. Enquanto não houver o trânsito em julgado pela pendência de recurso é óbvio que a decisão judicial, por mais embasada que esteja é meramente provisória e deve ser entendida como tal.

9. Conclusões do Capítulo

1. Para que o indivíduo possa planejar suas ações, faz-se necessário que as normas que regulam sua conduta sejam dotadas de certo grau de grau de estabilidade.

²⁷⁴ Decorrido o biênio para a propositura da ação rescisória, considera-se que “há coisa soberanamente julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória.” (Marques, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. III, 2ª parte, 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Saraiva, 1976, p. 249.)

2. O fortalecimento da lei como fonte principal do direito e o conseqüente positivismo jurídico que dele decorreu, notadamente a partir do Século XIX, geraram uma ampla mudança na concepção do Direito, que abandona as características de estabilidade e durabilidade, próprias do jusnaturalismo pré-positivista, para um novo paradigma conceitual onde o Direito passa a ser tão mutável quanto as próprias alterações legislativas.

3. O positivismo jurídico conferiu à segurança jurídica o papel de super-princípio, sem o qual os demais princípios não podem se concretizar adequadamente.

4. Embora o positivismo jurídico do Século XIX já tivesse incorporado grande parte dos direitos, antes considerados como naturais, sua positivação e a impossibilidade de se invocar normas fora do sistema de direito positivo representou, naquela oportunidade, numa prisão normativa, de modo a impedir uma interpretação ética e humana do Direito, como a experiência do nacionalismo alemão da 1ª metade do Século XX.

5. O novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo representa uma grande mudança na forma de interpretar o direito. Antes a interpretação iniciava-se pela lei e, eventualmente, chegava-se ao texto constitucional. Agora, com o novo constitucionalismo permite-se que a interpretação necessária sempre tenha a Constituição como referência obrigatória. Os princípios jurídicos deixaram uma posição subsidiária na interpretação e passaram ao papel principal. Para o neoconstitucionalismo, toda interpretação é uma interpretação constitucional.

6. O princípio da segurança jurídica não apenas é endereçado ao legislador, mas também ao poder executivo e ao poder judiciário, alcançando os particulares em geral.

7. A doutrina prevalente entende a coisa julgada como Instituto que garante a segurança jurídica, lastreada na presunção de verdade que ela possui²⁷⁵ e na

²⁷⁵ Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002, p. 333, afirma: “Poco ha progresado la doctrina en esta línea de reflexiones. En todo caso, siempre resulta muy ilustrativo observar que la doctrina dominante, que sigue siendo aún la de presunción de verdad...”

impossibilidade de rediscussão da causa (autoridade²⁷⁶), implicando, na prática, limite ao exercício do poder jurisdicional na escolha da decisão mais adequada (correta e justa).

8. Toda decisão judicial deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de invalidade, independentemente de estar apoiada nos critérios mais robustos de justiça.

9. Da mesma forma que o Julgador é investido na função jurisdicional por força da lei, também sua atuação se baseia nas normas que garantem seu atuar. Se a judicatura se faz ao arripio do ordenamento jurídico, então, apenas aparentemente tem-se atuação jurisdicional legítima, uma vez que o fundamento de sua validade, deixa de ser a lei (e no ápice da pirâmide normativa a Constituição) e passa para o plano do arbítrio.

10. Inobstante se reconheça, com **Karl Larenz** que as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente quando vigentes por longo período, constituem-se num impróprio, mais usual “Direito Judicial”, alerta-se que o referido Direito é muito mais ilusório do que real, por não estar contemplado no ordenamento jurídico. Há hipóteses, no entanto, que o próprio direito positivo consagra às decisões judiciais um caráter de imperatividade, como no caso das chamadas súmulas vinculantes (103-A, CF). Em realidade, decisões reiteradas dos tribunais, por si sós, não possuem status de direito positivo, nem a ele se equiparam.

11. No caso em que houve mudança de jurisprudência do STF e a demanda, no caso concreto, já tenha sido julgada pela Corte Maior, não é razoável que em sede de execução possa-se impedir a execução de título judicial regularmente formado, em face de outro aresto editado posteriormente pelo STF.

²⁷⁶ Chiovenda. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Trad. da 3ª edição italiana. Jose Calais y Santalo. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1977, p. 441.

CAPÍTULO IV – O DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA.

1. Justificativa do Capítulo

A categorização jurídica da coisa julgada, do ponto de vista constitucional, permite examinar a importância e aplicação do Instituto para o ordenamento jurídico brasileiro.

Os critérios de aplicação do direito positivo variam, em certa medida, de acordo com a categoria das normas que estejam em análise. As normas constitucionais, pelo ápice hierárquico que ostentam, possuem prerrogativas garantidoras de estabilidade, de modo que não podem ser alteradas sem que se dê por um procedimento legislativo mais rigoroso que as demais normas do ordenamento jurídico.

Entre as normas constitucionais há algumas que possuem um *status* superior, de modo que nem mesmo o legislativo ordinário pode-lhes afetar a vigência ou lhes alterar o teor, são as chamadas normas fundamentais, que somente podem ser modificadas pela iniciativa de um corpo legislativo, expressamente, eleito para tal finalidade.

De outro lado, as normas constitucionais são hierárquico-vinculantes às demais normas do ordenamento jurídico, não lhes podendo contrariar o sentido ou finalidade.

Dessa forma, a definição do *status* constitucional do Instituto da coisa julgada apresenta-se essencial para subsidiar muitas das conclusões adotadas neste texto.

2. Relevância do estudo constitucional.

Do ponto de vista meramente topográfico a coisa julgada é expressamente consignada no texto constitucional entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXVI).

Diz a norma constitucional:

Art. 5º [...]

[...]

XXXVI - A lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Tal posição constitucional não parece ser suficiente para lhe garantir a posição de direito fundamental, como apregoam alguns autores, cujos trabalhos adiante serão examinados. A exclusão da qualificação constitucional da coisa julgada, vem subsidiando os defensores da chamada “relativização da coisa julgada”²⁷⁷, bem como estudos que versam sobre o mesmo assunto, embora concluam pela possibilidade de relativização da coisa julgada, a conceituam como direito fundamental ou, tão-só, como direito constitucional, mas cuja eficácia é limitada ao Poder Legislativo.

De logo, destaco não ser pré-requisito à tese da relativização da coisa julgada, a exclusão da coisa julgada como direito constitucional ou direito fundamental. Muito embora sejam muitos os trabalhos produzidos sobre a coisa julgada poucos são os doutrinadores que examinam o caráter topográfico da coisa julgada e, entre estes, a maioria tratam do tema com nítida superficialidade.

A categorização constitucional da coisa julgada, parece-me essencial para a interpretação do Instituto jurídico, que inegavelmente, possui nítida posição híbrida, pois se coloca entre o direito constitucional e o direito processual civil, como defende **Dinamarco:**

Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman ou ao direito processual material, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico.²⁷⁸

²⁷⁷ As teorias da “relativização da coisa julgada” vêm se forjando nos últimos anos como escritos que questionam o papel da coisa julgada e sua autoridade(imutabilidade), quando em confronto com princípios constitucionais, com o princípio da justiça e da suprallegalidade constitucional. Destaca-se que embora tenham ganhado força nos últimos anos, com escritos de autores festejados, como Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco e Teresa Arruda Wambier, o tema não é propriamente novo pois no início da década de 90 registra-se trabalho inovador da lavra do atual Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, que lançou o Livro “Contribuição à Coisa Julgada”, quando apresentou uma verdadeira tese relativista.

²⁷⁸ Dinamarco, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo. n.109, ano 28, jan.-mar, 2003, p. 23-24.

De fato, não se pode examinar o tema escolhido nesta Dissertação sem a devida investigação no campo do direito processual e direito constitucional. Cada área do direito referido fornece elementos essenciais para subsidiar as questões examinadas neste texto.

3. Conceito de direito fundamental

3. 1. Noções gerais

Direitos fundamentais como a própria designação indica, não são direitos ordinários, comuns, que visam atribuir, tão-só, o suporte jurídico a determinado bem da vida. São direitos que por suas características essenciais ao ordenamento jurídico “encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.²⁷⁹

Gilmar Ferreira Mendes destaca que os direitos fundamentais, na sua concepção tradicional, são conhecidos como direitos de defesa “destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.”²⁸⁰

Joana de Moraes Souza Machado Carvalho, em trabalho monográfico, identifica os direitos fundamentais como princípios jurídicos “positivamente vigentes numa ordem jurídica constitucional, que traduzem a concepção de dignidade da pessoa humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.”²⁸¹

Na concepção tradicional, na clássica visão de **Noberto Bobbio**, os direitos fundamentais podem ser classificados quanto às gerações:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou não-agir do Estado; aos segundo, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações,

²⁷⁹ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Triunais, 2007, p. 54.

²⁸⁰ Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 301.

²⁸¹ Carvalho, Joana de Moraes Souza Machado. A Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021943.pdf>. Acesso em: 06/08/2007>

suas espécies são sempre – com relação os poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta gerações, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.²⁸²

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, por sua vez, ensinam que:

Direitos fundamentais são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.²⁸³

Os direitos fundamentais evoluíram, em boa parte, em função da influência política dos grupos sociais e políticos. **Noberto Bobbio** diz, ao usar a expressão “direitos do homem”²⁸⁴ que:

...os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²⁸⁵

Os direitos fundamentais se aplicam a todos os níveis estatais e a todos os poderes do Estado, inclusive o Poder Judiciário²⁸⁶. Tal aplicação não apenas é

²⁸² Bobbio, Noberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 3ª. Reimpressão, p. 26

²⁸³ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Triunais, 2007, 54.

²⁸⁴ Dimoulis, Dimitri e Martins, Leonardo (Op. cit. p. 53) explicam que a expressão “direitos fundamentais” estaria reservada, apenas, aos direitos positivados no texto constitucional, diversamente dos direitos humanos que são direitos “supra-positivos”. Nessa mesma linha é Canotilho: “As expressões <<direitos do homem>> e <<direitos fundamentais>> são frequentemente utilizados como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigente numa ordem jurídica concreta.”(Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 517)

²⁸⁵ Bobbio, Noberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 3ª. Reimpressão, p. 25.

²⁸⁶ Diz Gilmar Ferreira Mendes. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 301: “Como observado, enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo **ou mesmo, do Judiciário**. (*negritos inexistentes no original*)”

crucial na interpretação do conteúdo das emanções do Judiciário, diante dos diversos confrontos entre direitos fundamentais e não-fundamentais, como também entre os próprios direitos fundamentais.

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais é relevante para aferir a validade das decisões judiciais, sendo um dos pontos mais controvertidos no atual direito processual civil, sob a epígrafe da coisa julgada inconstitucional.

3.2. Eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não apenas são institutos protetivos contra a ação do poder público, mas também se prestam a defender os indivíduos da atuação do particular.²⁸⁷

Os direitos fundamentais passaram a ser aplicáveis às relações de direito privado, em boa parte, pela crescente influência política e econômica que os grupos privados exercem na sociedade. A partir da idéia superada de uma livre iniciativa sem freios, com a quebra da bolsa de valores de Nova York de 1929, fica patente que os direitos fundamentais não podem ser desconectados de sua influência nas relações entre os privados. Tal tema matura-se a partir da década de 50 do século passado na qual a “questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares” passou a ser intensamente debatida na Jurisprudência alemã, como no traz **Gilmar Ferreira Mendes**²⁸⁸.

Pode-se constatar duas teorias básicas sobre a aplicação dos direitos fundamentais: na primeira a aplicação é vertical. O Estado encontra-se limitado a agir em face do conteúdo constitucional. Na segunda é horizontal, também chamada de “efeitos perante terceiros” pela doutrina alemã.²⁸⁹ A eficácia horizontal, por sua vez, pode ser: eficácia imediata ou direta. A aplicação imediata embora tenha chegado a ser aceita na

²⁸⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. 3ª. Ed..São Paulo: Saraiva, p. 301

²⁸⁸ Mendes, Gilmar Ferreira, Op. Cit., p. 120-121.

²⁸⁹ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Triunais, 2007, p. 108.

Alemanha pelo Tribunal Superior do Trabalho, posteriormente foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional, como afirma **Gilmar Ferreira Mendes**²⁹⁰.

Os direitos fundamentais, como visto, se aplicam primordialmente ao Estado, mas não se limitam a ele, pois indiretamente o particular tem a obrigação de respeitar os dispositivos normativos constitucionais (como o respeito à vida, à saúde, ao domicílio, a coisa julgada, etc). É indireta, no entanto, porque o comando normativo constitucional não obriga o particular, não sendo propriamente uma norma que preveja sanção por sua violação, o que somente é garantido pela norma infraconstitucional.

Versando sobre a eficácia dos direitos fundamentais explicam **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins**:

Assim sendo, os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringi-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desrespeitará os direitos dos indivíduos. Isso constitui o efeito vertical dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada.

291

No direito brasileiro, a Constituição Federal disciplina que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”(art. 5º, § 1º). Tal dispositivo constitucional não traz comando que albergue a chamada aplicação direta dos direitos fundamentais, mas lhe proporciona um “efeito de irradiação”, sobre a legislação comum, proporcionando-lhe a eficácia indireta ou mediata²⁹².

²⁹⁰Idem, p. 122-125.

²⁹¹ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Triunais, 2007, p. 107-108.

²⁹² Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo, **Ob. Cit.**, p. 110: “Mesmo quando o legislador não leva em consideração uma situação de poder que possa prejudicar a parte mais fraca, as normas infra-constitucionais devem ser interpretadas à luz (irradiação!) dos direitos fundamentais, permitindo o respeito da ordem constitucional que não tolera violações dos direitos fundamentais, mesmo quando esta provém de particulares.”

A interferência dos direitos fundamentais na atividade privada “está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros”, como diz **Gilmar Ferreira Mendes**²⁹³, no entanto, pode concluir-se com **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins** que:

Em sede conclusão, há de se firmar que o efeito horizontal tem caráter mediato/indireto e, excepcionalmente, caráter imediato/direto. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel(efeito irradiação) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional.²⁹⁴

Costuma-se distinguir, outrossim, os direitos fundamentais das garantias necessárias ao seu exercício. **Canotilho**, no entanto, relativiza tal distinção ao afirmar que “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos.”²⁹⁵

Embora se reconheça a diversidade conceitual entre direitos e garantias, como salienta **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins**²⁹⁶, para a análise que ora se empreende a distinção é irrelevante, ante a identidade de conseqüências jurídicas na categorização jurídica do instituto da coisa julgada.

4. Coisa julgada como espécie de direito fundamental

A classificação jurídica da coisa julgada como direito fundamental é incontestado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que o próprio texto constitucional lhe fornece tal *status*. Os críticos a tal enquadramento defendem que a coisa julgada foi apenas dirigida ao legislativo, invocando uma interpretação restritiva do texto constitucional(art. 5º, XXXVI).

²⁹³ Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p. 130.

²⁹⁴ Mendes, Gilmar Ferreira, **Op. Cit.**, p. 113.

²⁹⁵ Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.

²⁹⁶ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Op. Cit.**, p. 80.

Canotilho invoca a Constituição Portuguesa e explica o amplo caráter de cogência dos direitos fundamentais:

Aos tribunais cabe a tarefa clássica da <<defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos>> (CRP, artigo 205.º/2). Os tribunais, porém, não estão apenas<<ao serviço da defesa de direitos fundamentais>>; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais. Esta vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-s: (1) através do processo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais.

A categorização jurídica da coisa julgada como direito fundamental ou direito processual vem sendo tratada, de relance, pela grande maioria dos estudiosos sobre as questões atuais da coisa julgada no direito brasileiro. Entre os vários autores que versam sobre a coisa julgada, distinguem-se aqueles que excluem a coisa julgada como direito constitucional/fundamental e aqueles que atribuem tal natureza ao instituto. Eis as posições:

4.1. Contra a coisa julgada ter sede constitucional ou limitando seu alcance à lei.

a) José Augusto Delgado

O Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça – STJ vem liderando a doutrina dos defensores da chamada relativização da coisa julgada. Em denso artigo, após identificar a natureza dúplice da coisa julgada: constitucional e infraconstitucional, o Autor exara posicionamento restritivo do art. 5º, XXXVI, da CF, nos seguintes termos:

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada.²⁹⁷

²⁹⁷ Delgado, José Augusto. **Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas** – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Revista de Processo. n. 103. Ano 26. Jul-Set de 2001. Revista dos Tribunais, p. 13.

E quanto a possibilidade de supressão do Instituto afirma:

Consoante se observa, é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos institutos de seu controle, **ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.**

b) **Guilherme Puchaski Teixeira**

O Autor defende que a norma constitucional dirige-se, apenas ao legislador constitucional e o Instituto pode ser extinto sem mágoa constitucional, arrimando-se em **José Maria Tesheiner**²⁹⁸:

Nesse contexto, percebe-se que eventuais alterações no instituto da coisa julgada, em sua natureza, contornos e limites, **'ou mesmo a extinção do instituto'**, como afirma JOSÉ MARIA TESHEINER, não encontraria óbice na Constituição Federal.(negrito inexistente no original)²⁹⁹

c) **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

O Autor também nega o caráter constitucional da coisa julgada, em obra de leitura obrigatória sobre o tema, com contundente posição:

Aliás, outro equívoco na aplicação do instituto da coisa julgada é entendê-lo como de natureza constitucional, passando daí a tratá-lo como se fosse único em qualquer dos ramos do direito.³⁰⁰

[...]

Consoante se observa, é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação

²⁹⁸ Tesheiner, José Maria Rosa. **Relativização da coisa julgada.** Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. n. 23, Ano 2, nov, 2001, p. 13.

²⁹⁹ Teixeira, Guilherme Puchaski. **Ampliação das hipóteses de relativização da coisa julgada: análise sob o ponto de vista da conveniência.** Revista Jurídica. Ano 54, Dezembro de 2006. n° 350. Porto Alegre: Notadez, p.60.

³⁰⁰ Lima, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

de novos instrumentos de seu controle, ou **até na sua supressão, em alguns casos ou todos os casos.**³⁰¹(negritos nossos)

O referido Autor, no entanto, chega a vislumbrar aspectos constitucionais da coisa julgada, quando afirma em sua obra monográfica:

Consoante se observa da leitura do dispositivo, a regra nele insculpida se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobredireito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador ou seja, ao legislador é interdito ao Poder legiferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre ‘coisa julgada’ que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.³⁰²

Tais interpretações colidem, frontalmente, com o posicionamento de **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins**, quando afirmam que os direitos fundamentais não podem ser abolidos por legislação infraconstitucional.

“Os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinário acrescentar outros, **mas não tendo a possibilidade de abolir os tido como fundamentais.**”³⁰³ (negritos nossos)

Canotilho destaca haver limites que o legislador ordinário não pode ultrapassar, sob pena de usurpar a competência do legislador constituinte.

Versando sobre o Princípio da Salvaguarda do Núcleo Essencial no direito português, **Canotilho** afirma que o legislador ordinário, mesmo quando autorizado, não pode suprimir o que ele chama de “núcleo essencial dos direitos”.³⁰⁴

³⁰¹ Idem, p. 86.

³⁰² Idem, p. 84.

³⁰³ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

³⁰⁴ Princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º/3)

A idéia fundamental desse requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos. (Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 618)

Tal princípio, embora não tenha sido expressamente mencionado no direito brasileiro é de todo aplicado ao caso brasileiro. Independentemente de não haver previsão semelhante ao art. 18º/3³⁰⁵ da Constituição Portuguesa, nossa Constituição também salvaguarda o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em face da supremacia das normas constitucionais sobre as normas ordinárias.

No direito brasileiro, os direitos fundamentais recebem “proteção extra” na Constituição Federal (art. 60 § 4º)³⁰⁶, impedindo a admissibilidade não apenas de legislação ordinária, como também qualquer **emenda constitucional** tendente a “abolir” os chamados direitos fundamentais.

A proibição constitucional de “abolir” os direitos fundamentais, parece não ter a amplitude de impedir que emenda constitucional possa reduzir ou limitar o alcance dos direitos fundamentais.

No caso, como a coisa julgada exige a edição de norma que lhe forneça seu substrato regravativo, não me parece eivada de inconstitucionalidade a lei ordinária que lhe forneça contornos que impliquem em alteração ou redução do seu conteúdo, tendo como paradigma a legislação anterior. A supressão do Instituto, à toda evidência, é atentatória ao chamado “núcleo duro” da Constituição brasileira.

d) **Humberto Theodoro Júnior**

O Autor também procura afastar o carácter constitucional do Instituto da coisa julgada, quando diz:

³⁰⁵ Artigo 18.º

[...]

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.
Disponível em:
http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm Acesso em: 12/08/2007.

³⁰⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais.

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, **não tem sede constitucional**, mas resulta, antes, de norma contida no CPC(art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior. (negritos nossos)³⁰⁷(negritos nossos)

A impossibilidade do legislador ordinário suprimir o direito fundamental à coisa julgada é consequência do ordenamento jurídico pátrio. É que o texto constitucional deve ser interpretado de acordo com sua teleologia e com base na própria evolução do Instituto no direito constitucional brasileiro. Não é demais lembrar que antes da consolidação jurídica da expressão da coisa julgada nos textos nacionais, a Carta de 1824 já previa a proteção do *decisum* contra novas decisões.

Dizia o texto constitucional de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

XII – Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

Na Constituição de 1891, a proteção da coisa julgada é extraída por uma interpretação à contrário senso. O texto constitucional afirmava:

Art. 81. Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar, ou confirmar a sentença.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a trazer a expressa proteção à coisa julgada(art. 113, item 3), nos seguintes termos:

³⁰⁷ Theodoro, Humberto Júnior. **A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional(CPC, Artigo 741, Parágrafo Único)**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Ano V, nº 29 – Maio-Jun. 2004, p. 17.

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Constituição de 1937 não trouxe qualquer referência protetiva à Coisa Julgada. O próprio texto constitucional, ao contrário, previa a possibilidade do Congresso Nacional tornar sem efeito a decisão definitiva do STF (art. 96, parágrafo único).³⁰⁸

A partir da Constituição de 1946, as Constituições brasileiras passaram a proteger, expressamente, a coisa julgada: 1946: art. 141 § 3º; 1967: art. 150 § 3º, 1988: art. 5º, XXXVI.

Desse modo, fica evidente que a autoridade da coisa julgada é da tradição do nosso direito constitucional, de modo que sua presença nos textos constitucionais não podem ser interpretados como inúteis. Sua importância é crucial para a segurança jurídica e para um convívio social minimamente estável entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

4.2. A favor do caráter constitucional da coisa julgada, destacam-se os seguintes autores:

a) Francisco Wildo Lacerda Dantas

Arrimando-se em Carlos Cossio, Hans Kelsen e Francesco Ferrara, defende o Autor o caráter constitucional da coisa julgada, mesmo destacando a necessidade de correção dos alegados “excessos da coisa julgada”. Afirma o Autor:

Em resumo: muito embora se deva enfrentar o tema buscando corrigir os excessos da coisa julgada, de que a sentença – que lhe serve de fundamento – não deve tomar como princípio que esta se resume à mera aplicação da norma, pois embora a sentença se resume à mera aplicação da norma, pois embora a sentença crie direito, o revela na sua dimensão concreta. Penso que a coisa julgada consiste numa garantia constitucional. Diversamente do que escreveram autorizados autores, não

³⁰⁸ Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessário ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de Alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

me parece que a constituição não a tenha regulado e que a questão deva ser examinada no plano da lei ordinária. Não é assim.

b) **José Carlos Barbosa Moreira**

Criticando a posição de **Humberto Theodoro Júnior**, se posiciona o Autor pelo caráter constitucional da coisa julgada, invocando o amplo caráter eficaz da coisa julgada na moldura constitucional brasileira. Eis o texto:

A exemplo de suas antecessoras, estabelece a Carta de 1988 que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 5º, XXXVI). Leitura superficial desse texto verá nele simples regrade direito intertemporal: aí se consagra limitação tradicional à retroeficácia da lei. Todavia, por sob o singelo enunciado, palpita realidade bem mais rica.

Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I (Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos) do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, fine.

[...]

A garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, LIV). Como é pacífico, deve ser interpretada com largueza a disposição que a ele se refere: não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas.

[...]

Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, da maneira legalmente prescrita.

c) **Cândido Rangel Dinamarco**

Embora revele posicionamento favorável à tese do alargamento da extensão da coisa julgada³⁰⁹, **Dinamarco** afirma que o legislador constituinte disse menos do que queria ao redigir o art. 5º, XXXVI e defende que a coisa julgada também se aplicaria

³⁰⁹ Título de artigo do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, do TRF – 5ª Região, **Revista do CEJ**, Brasília nº 13, p. 74/79, jan./abr.2001.

ao Poder Judiciário, afirmando que “é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar.”³¹⁰

Adverte o Autor, também, a impossibilidade da lei retroagir para atingir as decisões judiciais atingidas pelo manto da coisa julgada. Diz o Autor:

Por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regrada em sentença irrecorrível, como também os juízes são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as partes já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.

Tal retroatividade também é chamada de retroatividade máxima, ou restitutória e proíbe que a lei nova venha atacar a “coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição).”³¹¹

d) Gisele Santos Fernandes Góes

A Autora também defende o caráter constitucional da coisa julgada, inclusive como direito fundamental:

...na topografia do Texto Constitucional, **esse é instituto é um direito fundamental** e, nesse rumo, é uma cláusula pétrea, de conformidade com o § 4º, do art. 60, da CF/88.

[...]

Em sendo assim, a coisa julgada é norma-princípio constitucional é não mera norma-regra do diploma processual civil, de conformidade com a terminologia

³¹⁰ Dinamarco, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo. n.109, ano 28, jan.-mar, 2003, p. 23.

³¹¹ Os graus de retroatividade foram examinados no Voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493, quando transcreve lição de Mattos Peixoto[Limite Temporal da Lei. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (Vol. IX, p 9 a 47)]:

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui às partes ao *status quo ante*), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos.

[...]

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificado antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos.

Enfim, a retroatividade é mínima quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de usuris, 26,2, e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data de sua obrigatoriedade.”

empregada por Dworkin, como núcleo que irradia e imanta todo o ordenamento jurídico, sendo a sua mitigação fator de exceção, o qual deve estar peremptoriamente previsto no sistema.(negritos inexistentes no original).³¹²

e) **Luiz Guilherme Marinoni**

O Autor se filia aos que defendem o caráter constitucional da coisa julgada, nos seguintes termos:

A coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como sub-princípio que lhe dá conformação. Não há como aceitar a tese de José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, no sentido de que a garantia da coisa julgada material, insculpida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. **Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado(em geral) e dos particulares.** Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em ‘princípio da intangibilidade do caso julgado’ como garantidor da ‘segurança jurídica’.(negritos inexistentes no original)³¹³

f) **Nelson Nery**

O Autor, em veemente artigo, defende não apenas que a coisa julgada está prevista e garantida no art. 5º, XXXVI, da CF, como também estaria protegida pelos fundamentos da República Federativa do Brasil(art. 1º, CF). Eis o posicionamento:

Há determinados institutos no direito, de natureza material (v. g., decadência, prescrição) ou processual (v.g., preclusão), criados para propiciar segurança nas relações sociais e jurídicas. A coisa julgada é um desses institutos e tem natureza constitucional, pois é, como vimos no comentário anterior, elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*) e um de seus elementos de existência (e simultaneamente, garantia fundamental – CF 5º, XXXVI) que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4º, I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não

³¹² Góes, Gisele Santos Fernandes. A “**Relativização**” da coisa julgada: exame crítico(exposição de um ponto de vista contrário), p. 253-254.

³¹³ Marinoni, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material.** Disponível em: [htt:www. Marinoni. Adv.](http://www.Marinoni.Adv) Acesso em: 20/06/2007.

podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior.³¹⁴

Entre os diversos Autores consultados para este trabalho, a grande maioria defende o caráter constitucional da coisa julgada, como é a posição de **Alexandre Freitas Câmara**³¹⁵, **Teresa Arruda Alvim Wambier** e **José Miguel Garcia Medin**³¹⁶ e **Leonardo Greco**³¹⁷.

Os diversos posicionamentos dos Autores mencionados revelam o intenso debate doutrinário sobre o tema, à toda evidência a coisa julgada revela-se como direito fundamental com efeitos processuais, cuja finalidade clara é limitar a atuação estatal, mas não se circunscrevendo, apenas a ela, como acima descrito, como afirmam **Dimitri Dimoulis** e **Leonardo Martins**:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual, e conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.³¹⁸

Gustavo Ferreira Santos³¹⁹, ao analisar o papel dos direitos fundamentais e as pré-condições da democracia, entende não ser possível submetê-los ao mesmo tratamento conferido aos demais dispositivos constitucionais, por estarem tais direitos numa “espécie de ‘terreno proibido’”, inafiançado às regras da maioria, instrumentalizada pelas ações do Poder Legislativo.

³¹⁴ Nery, Nelson Júnior. **A polêmica sobre a relativização(desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de direito**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico.Coordenação Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 261.

³¹⁵ Câmara, Alexandre Freitas. **Relativização da Coisa Julgada Material**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico.Coordenação Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 22.

³¹⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim; Medin, José Miguel Garcia. **Relativização da Coisa Julgada**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico.Coordenação Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 342.

³¹⁷ Greco, Leonardo. **Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico.Coordenação Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 223.

³¹⁸ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

³¹⁹ **Direitos Fundamentais e Pré-Condições da Democracia**, Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife: TRF – 5ª Região, nº 15, agosto de 2007, p. 152.

Doutrina **Gustavo Ferreira Santos** sobre os limites lógico-políticos da atuação do legislativo frente aos direitos fundamentais, vaticinando:

Há uma fixação prévia de direitos na Constituição, essenciais à própria democracia, já que os diversos grupos que disputam posições estarão submetidos aos seus conteúdos. Funcionam os direitos fundamentais como limites aos poderes constituídos e, até mesmo ao poder de reforma.

Deste modo, resta claro que se a coisa julgada como direito fundamental que é não pode ser extinta por reforma constitucional, quanto mais seria admitida sua extirpação por lei ordinária.

5. Colisão de Direitos Fundamentais

5.1. Conceito

Em não havendo reservas legais que autorizem a limitação pelo legislador de um direito fundamental, este poderá ser limitado pelo chamado direito constitucional de colisão ou colidente, não se podendo falar em direito fundamental “ilimitado”.³²⁰

Para que haja uma verdadeira colisão de direitos fundamentais não é suficiente que o intérprete opte em aplicar mais de um direito fundamental aplicável (concorrência), mas é essencial que os direitos fundamentais estejam contrapostos, de modo que apenas um pode prevalecer (ou preponderar) na aplicação do caso jurídico em discussão.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que a concorrência ocorre quando:

...o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente (o exame demonstrará a procedência ou não desta presunção) atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.³²¹

³²⁰ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 163.

³²¹ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo, Op. cit., p. 169.

Já a colisão entre direitos fundamentais se dá quando “*in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular.”³²²

Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, afirma que “Fala-se em colisão entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares.”³²³

Canotilho assinala que o conflito entre direitos fundamentais ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.” O Autor português diz que a colisão pode ocorrer em face de vários titulares de direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.³²⁴

5.2. Soluções para os conflitos entre direitos fundamentais

A forma tradicional de solução de conflitos entre normas é o critério da validade. Uma norma prevalece em face de outra, utilizando-se a hierarquia das normas que regulam o ordenamento jurídico.³²⁵ A norma de hierarquia superior prevalece sobre a regra de menor hierarquia. A norma posterior derroga a norma anterior.³²⁶ Quando se trata de direitos fundamentais os critérios de solução de conflitos não decorrem do exame da

³²² Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo, Op .cit., p .170.

³²³ Mendes, Gilmar Ferreira. Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 77.

³²⁴ Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 643.

³²⁵ Kelsen explica: “A ordem jurídica que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenados no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nesses termos – é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.” (Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 310.)

³²⁶ Detalhando bem a questão Kelsen. **Teoria Purado do Direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, pp. 285-289.

validade, mas por critérios diversos, nos quais se privilegia um direito em detrimento do outro, embora ambas tenham validade.

Os direitos fundamentais podem ser limitados pela legislação, quando a própria Constituição assim estabelecer, nos casos em que a Carta Maior, remete à legislação infraconstitucional a delimitação do seu alcance ou quando ele é aplicado, no caso concreto, pelo Poder Judiciário.

Versando, especificamente, sobre a relativização da coisa julgada, **Porto** assinala que vem sendo observada a:

“relativização da coisa julgada para além das hipóteses nominadas e, igualmente, para além da forma consagrada pela ordem jurídica processual, ou seja, a proposta através de catálogo exposto e técnica determinada, usada para invalidar o pronunciamento jurisdicional transitado em julgado, é superada, nascendo nova e informalizada conduta processual.”³²⁷

Falando sobre os conflitos entre direitos fundamentais ensinam **Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins**:

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflito são duas. Em primeiro lugar, a interpretação sistemática da Constituição, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu.

A segunda ferramenta é o critério da proporcionalidade...³²⁸

A interpretação sistemática do texto constitucional não representa uma novidade nos critérios interpretativos, uma vez que tal alternativa é usualmente escolhida para a solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais.

5.3. Princípio da proporcionalidade como critério solucionador de colisões entre direitos fundamentais

³²⁷ Porto. Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 129.

³²⁸ ³²⁸ Porto. Sérgio Gilberto. Coisa Julgada Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 171-172.

Já a aplicação do princípio/critério da proporcionalidade é a via própria para a solução das colisões entre direitos fundamentais.

A proporcionalidade geralmente é usada como princípio no qual se avalia a necessidade e adequação da medida usada, como ensina **Canotilho**:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à <<carga coactiva>> da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.³²⁹

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³³⁰ explicam que o princípio da proporcionalidade foi inicialmente desenvolvido pelo direito alemão, notadamente a partir da década de 50 do século passado, onde foi exportado para diversos países.

Joana Carvalho defende que o princípio da proporcionalidade encontra-se centrado nos sub-princípios da adequação(conformidade), necessidade(exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.³³¹

O sub-princípio da adequação se revela pela congruência entre a medida adotada e o fim da norma, de modo que a opção escolhida tenha a idoneidade mínima de obter os efeitos preditos pela norma.

O sub-princípio da necessidade e exigibilidade mostra-se pela opção mais barata, prática e menos onerosa entre as demais que se encontram à disposição do intérprete.

Joana Carvalho explica que no sub-princípio da necessidade o intérprete escolhe entre as diversas formas de:

³²⁹ Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 383-384.

³³⁰ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 179.

³³¹ Carvalho, Joana de Moraes Souza Machado. A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 101. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021943.pdf>> Acesso em: 06/08/2007.

“concretização de determinado direito fundamental, aquela que for menos gravosa ao direito colidente, isto porque não poderá de forma alguma considerar inválido o princípio que ora se encontra em estado de colisão. A medida, para ser considerada como necessária, deverá ser a menos prejudicial a direitos dos indivíduos.”³³²

Na proporcionalidade em sentido estrito aplicam-se critérios de otimização, de modo a utilizar o meio razoável em proporção ao fim visado, diante das diversas alternativas jurídicas à disposição evitar o ônus mais elevado.

Robert Alexy apresenta elucidativo exemplo sobre a aplicação do princípio da ponderação:

Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin F com el principio P1, o F es idéntico a P1. Existen, por lo menos, dos médios, M1 y M2, que son igualmente adecuados para lograr o promover F. M2 afecta menos intensamente que M1, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental com carácter de principio, P2. Bajo estos presupuestos, para P1, es igual que se elija M1 o M2. P1 no exige que se elija M1, en lugar de M2 o M2 em lugar de M1. Para P2 no es igual el que se elija M1 o M2. En tanto principio, P2 impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, P2 puede ser realizado em uma medida mayor si se elige M2 y no M1. Desde el punto de vista de la optimización com respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de P1 como de P2, solo M2 está permitido y M2 está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y médios.³³³

Valeschka Braga diferencia o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, afirmando que o “princípio da proporcionalidade em sentido amplo possui significado de proibição de excesso, já *stricto sensu* representa um equilíbrio no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus.”³³⁴

³³² Carvalho, Joana de Moraes Souza Machado, **Op. Cit.**, p. 103.

³³³ **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 1ª edição: 1993. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 113/114.

³³⁴ Braga, Valeschka e Silva, **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: Dessemelhanças**, Dissertação de Mestrado. Recife, 2002, p. 84.

A jurisprudência do STF registra aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo desde 1951, como nos traz **Joana Carvalho**:

A aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo não é tão recente, como vimos anteriormente no item 5.1. deste trabalho, pois a primeira decisão ocorreu em 21.09.51, prolatada em Recurso Extraordinário 18.221, relator Min. Orozimbo Nonato, em que foi suscitada a aplicação da teoria do desvio de poder, desenvolvida pelos franceses e não especificamente o princípio da proporcionalidade.³³⁵

Entre as várias decisões analisadas por **Joana Carvalho** ela explica que o STF restringe-se a aplicar o princípio no sentido amplo.³³⁶ Tal opção do Supremo não impede que o intérprete não possa aplicar os três sub-princípios do princípio da proporcionalidade, de modo a compatibilizar, inclusive, os confrontos entre a coisa julgada como direito fundamental e os demais direitos consagrados pela Carta Magna.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins advertem que a proporcionalidade não deve ser entendida como uma mera regra de prudência ou ponderação, de reciprocidade, bom senso ou equilíbrio, “mas deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização dos direitos fundamentais, principalmente colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal.”³³⁷

A aplicação do princípio da proporcionalidade por ser usada como critério solucionador de colisões em que a coisa julgada esteja em conflito com outros princípios ou bens constitucionalmente protegidos.

6. Conclusões do Capítulo

1. A coisa julgada é um direito fundamental.

³³⁵ Carvalho, Joana de Moraes Souza Machado. **A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. p. 98. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021943.pdf>>. Acesso em: 21/07/2008.

³³⁶ Carvalho, Joana e Silva, Op. cit., p. 102.

³³⁷ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 197.

2. A coisa julgada não pode ser extinta pelo legislador ordinário, sob pena de violação do art. 60 § 4º da CF.

3. A coisa julgada pode colidir com outros princípios constitucionais, cuja solução passa quer pelo uso da interpretação sistemática do texto constitucional, quer pela aplicação de critérios de proporcionalidade.

4. A coisa julgada como direito fundamental se aplica não apenas ao legislador ordinário, como também a todos os agentes estatais, inclusive o Poder Judiciário, bem como mediatamente aos particulares, pois indiretamente o particular tem a obrigação de respeitar os dispositivos normativos constitucionais (como o respeito à vida, à saúde, ao domicílio, a coisa julgada, etc).

5. A coisa julgada, como qualquer outro direito fundamental, encontra seus limites no próprio ordenamento jurídico.

6. A coisa julgada exige a edição de norma que lhe forneça seu substrato regravativo, não se apresentando eivada de inconstitucionalidade a lei ordinária que lhe forneça contornos e que impliquem em alteração ou redução do seu conteúdo, tendo como paradigma a legislação anterior.

7. A aplicação do princípio da proporcionalidade por ser usada como critério solucionador de colisões em que a coisa julgada esteja em conflito com outros princípios ou bens constitucionalmente protegidos.

CAPÍTULO V - A EXISTÊNCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

1. Justificativa do Capítulo

Um dos argumentos mais fortes utilizados pelos autores que defendem a relativização da coisa julgada é que as sentenças exaradas em contradição ao texto constitucional, por uma questão de coerência sistemática, não possuem fundamento de validade na Constituição e, dessa forma, seriam inexistentes, viabilizando, assim, a relativização(ou desconsideração) da coisa julgada. Alguns autores chegam a afirmar que o título judicial formado em contradição ao texto constitucional nem ao menos permite a formação da coisa julgada³³⁸.

O Capítulo examina a eficácia e a categorização jurídica da coisa julgada quando forjada em contradição ao ordenamento jurídico, em especial quando viola o texto constitucional. Tal análise ocorre apoiada em variada doutrina e precedentes judiciais, revelando-se essencial para a compreensão dos diversos efeitos que a coisa julgada inconstitucional pode ostentar.

2. A Teoria Pura do Direito como fundamento para invalidação das normas jurídicas.

Na sua obra mais conhecida, Teoria Pura do Direito, **Kelsen** defende que a norma³³⁹ jurídica somente pode ingressar no ordenamento jurídico(existir) se for válida.³⁴⁰ Para ele a norma jurídica é um *dever*³⁴¹ *ser* e como tal não pode existir sem atender para tal pressuposto.

O Autor trabalha o intercâmbio conceitual entre *ser* e *dever ser*, defendendo que o *dever ser* é dirigido ao *ser*, no entanto, o *ser* somente ganha relevância para

³³⁸ Dantas, Ivo; Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional – Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Atlas, pp 60-71.

³³⁹ “Norma é o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.” (**Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado, 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 22.)

³⁴⁰ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 29.

³⁴¹ Tal palavra abarca “ter permissão” e “poder” (Kelsen, Hans, Op. cit., p. 24.)

o Direito na medida em que ele é o objeto do *dever ser*.³⁴² Tal posição mostra-se clara em vários trechos da obra kelseniana:

Afirmar-se, por outro lado, que o dever ser é <<dirigido>> a um <<ser>>. A expressão: <<um ser corresponde a um <<dever ser>> não é inteiramente correcta, pois não é o ser que corresponde ao dever-ser, mas é aquele <<algo>>, que, por outro lado, <<deve ser>> e que figurativamente, pode ser designado com conteúdo do ser ou como conteúdo do dever-ser.³⁴³

Quando se diz que o dever ser é <<dirigido>> a um ser, a norma a uma conduta fáctica(efetiva), quer-se significar a conduta de acto que corresponde ao conteúdo da norma, o conteúdo do ser que equivale ao conteúdo do dever-ser, a conduta em ser que equivale à conduta posta na norma como devida (devendo-ser) – mas que não se identifica com ela, por força da diversidade do modus: ser, num caso, dever-ser, no outro.³⁴⁴

[...]

Do facto de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do facto de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.³⁴⁵

Tal concepção parte de uma lógica própria que despreza os elementos fácticos do direito, mas que não se sustenta ante a interação entre o fato, o valor e a norma, como demonstrou **Miguel Reale** em sua Teoria Tridimensional do Direito³⁴⁶.

A validade(ou vigência) é um dos pilares conceituais da obra principal de **Kelsen**³⁴⁷, sendo entendida como a vinculação obrigatória da norma aos destinatários³⁴⁸, que se estratifica em um complexo hierarquizado de normas, que atribui competência aos seus elaboradores, que por sua vez, fundamentam a competência de outros

³⁴² Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, pp 22-23.

³⁴³ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 23.

³⁴⁴ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 24.

³⁴⁵ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 267.

³⁴⁶ “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo(o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fáctico (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico(o Direito como valor de Justiça).” (**Lições Preliminares de Direito**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64-65).

³⁴⁷ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 28.

³⁴⁸ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 267.

órgãos de produção normativa de hierarquia inferior, numa seqüência obrigatória de atribuições.

A hierarquização normativa tem como ápice positivo-jurídico a Constituição (escrita ou costumeira) e acima desta, como requisito lógico-jurídico a norma fundamental (*Grundnorm*), que não é uma norma imposta, sendo pressuposta e fundante de todo ordenamento jurídico.

A norma fundamental não se trata de uma norma pensada ou mesmo querida pela ciência do direito³⁴⁹, mas, inequivocamente, existe, embora não possua natureza positiva. A norma fundamental tem por função “fundamentar a validade objectiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de actos de vontade humanos...”³⁵⁰

Bobbio ao abordar o sentido da norma fundamental em **Kelsen** explica:

Esta norma-base não é positivamente verificável, visto que não é posta por outro poder superior qualquer, mas sim suposta pelo jurista para poder compreender o ordenamento: trata-se de uma hipótese ou um postulado ou um pressuposto do qual se parte no estudo do direito.³⁵¹

É relevante observar-se que a norma fundamental não traz elementos objetivos imperativos do tipo *dever ser*. Ela não é querida, desejada ou imposta. **Existe porque existe, é o que é.**

Põe-se claro que **Kelsen** teve que sair do sistema jurídico positivo para fundamentar sua teoria, sob pena de ausência de sustentação lógica. Ao pressupor o *ser* para fundamentar o *dever-ser* admite, indiretamente, que a norma fundamental, como norma pressuposta, existe antes do *dever-ser*, que, por sua vez é imposto pelo ordenamento jurídico (por lei ou pelo costume).

Tal incoerência também é observada por **Bobbio** como se observa em sua obra “O Positivismo Jurídico”. Diz o Autor:

³⁴⁹ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 280.

³⁵⁰ Kelsen, Hans, Op. cit., p. 279.

³⁵¹ Bobbio, Noberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora Ltda. 1996, p. 201.

Tal teoria foi submetida a muitas críticas. E, com efeito, pode-se duvidar que chegue a resolver o problema para o qual foi formulada, isto é, fechar o sistema normativo, assegurando-lhe a perfeita unidade. De fato, se fazemos a indagação: no que se funda a norma fundamental?, ou respondemos fazendo referência a outra norma, agora estaríamos diante de um *recursus ad infinitum*; ou respondemos que tal norma **existe** juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato.³⁵²

Ao tratar da norma fundamental **Kelsen**, em sua Teoria Pura do Direito, a exemplifica no comando religioso que diz que temos de obedecer as leis de Deus e aquelas ditadas por seu Filho(Jesus Cristo)³⁵³ ou, ainda numa comunidade primitiva que tem a tradição como a razão fundante de suas normas. Diz o Autor:

...vale a norma segundo a qual um homem que tome uma mulher por esposa tem de pagar ao pai ou ao tio da noiva um determinado dote. Se ele pergunta por que é que deve fazer isto, a resposta é: porque nesta comunidade desde sempre se tem pago o preço da noiva e porque se pressupõe como evidente que o indivíduo se deve conduzir como se costumam conduzir todos os outros membros da comunidade. **Esta é a norma fundamental da ordem normativa que constitui esta comunidade.**³⁵⁴(negritos inexistentes)

Kelsen diz, ainda, que a validade da norma não está completamente desapegada da eficácia(capacidade de produzir efeitos), pois a norma somente é válida na medida em que possui potencialidade eficaz.

Vê-se, claramente, que a pretensão de **Kelsen** de construir uma teoria “pura” do direito, desprovida de contribuições de outras ciências não pôde ser mantida incólume. O aspecto eficaz é um dos “pés de barro” da doutrina kelseniana e demonstra que a norma, ainda que se defenda sua autonomia enquanto Instituto jurídico, é dependente dos fatos que demonstrem o seu grau de eficácia.

³⁵² Bobbio, Noberto, **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora Ltda. 1996, pp 201-202.

³⁵³ Hans, Kelsen, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 268.

³⁵⁴ Hans, Kelsen, Op. cit., p. 272.

Apresentando crítica contundente a **Kelsen**, na linha acima exposta, a lição de **Maria Helena Diniz**:

A fundamentação da validade do ordenamento jurídico-positivo deve ser formal, por isso Kelsen concebeu a norma básica, para não ter que fundamentar a ordem jurídica em fatos valorativos, sociais, políticos, econômicos, psicológicos etc., conservando a neutralidade científica com esse *a priori* lógico.

Contudo, Kelsen não conseguiu manter a disparidade entre ser e dever ser. O sistema jurídico construído com inteira pureza normativa apoia-se, na realidade, num fato, porque o conteúdo da norma básica e do sistema depende do fato que cria a nova ordem, à qual corresponde o comportamento efetivo dos homens aos quais a ordem se destina.³⁵⁵

Miguel Reale também critica, veemente, a Teoria de **Kelsen** defendendo que se trata de equívoco, evidente, examinar o Direito sem atentar para as circunstâncias factuais que ele se encontra vinculado. Eis sua posição:

Pensamos, todavia, que esse modo de ver, que só considera o aspecto lógico-normativo da questão, põe de fora do Direito dois outros aspectos não menos essenciais: o *fato* de certos homens se congregarem para a realização de um *valor* ou fim que os inspira e determina. Sem essa base *fático-axiológica* como seria possível recortar, no sistema universal das normas jurídicas, aquele conjunto considerado referido (imputável) a estes ou àqueles indivíduos?³⁵⁶

Marcelo Navarro, no artigo: “Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas”, realiza interessante estudo sobre as diversas acepções da validade jurídica e critica, também, a posição kelseniana:

Vale anotar, ainda, como crítica final, que Kelsen, tendo equiparado existência, validade e vigência, deixou também sem resposta questões como a da norma existente mas não válida, ou a da norma vigente sem validade etc.³⁵⁷

Ao mesmo tempo a norma fundamental é o que a teoria kelseniana tem de melhor e também de pior, possuindo uma ambigüidade filosófica que provoca tantas discussões até hoje. É o que tem de melhor porque a aplicação da norma

³⁵⁵ Diniz, Maria. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15ª edição. 2003, p. 130

³⁵⁶ Reale, Miguel, **Lições Preliminares de Direito**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 234.

³⁵⁷ Navarro, Marcelo. **Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas**, Revista da Procuradoria-Geral da República. Nº 2. Jan/Fev/Mar/1993.

fundamental na Teoria Pura do Direito é um fecho lógico a um sistema pautado em um plexo hierarquizado de normas. Em contrapartida, no aspecto negativo, ela fragiliza a concepção de pureza do Direito, pois inegavelmente o sistema fica estruturado em aspectos fáticos-sociológicos.

No exame da validade das normas jurídicas, inobstante a diversidade de posições sobre a norma fundamental, parece-me que tal assunto não pode ser desconsiderado pelo estudioso do Direito, sendo um verdadeiro ponto de partida para a compreensão da teoria kelseniana e do direito positivo constitucional.

Muitas das posições apresentadas por **Kelsen** em sua Teoria Pura do Direito não se aplicam ao nosso Sistema Jurídico, tal qual a idéia de norma deixa de ser válida quando nunca é observada ou aplicada (*desuetudo*)³⁵⁸, como já assentou, há muito, o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

RHC 33742/RHC 33742 RECURSO EM HABEAS CORPUS
RELATOR(A): MIN. NELSON HUNGRIA
JULGAMENTO: 31/08/1955 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA
PUBLICAÇÃO: EMENT VOL-00232 PP-00756

EMENTA: HABEAS CORPUS E REMEDIUM JURIS CORRETIVO DE ILEGALIDADES, E NÃO DE ARGUIDAS INJUSTIÇAS. **O NOSSO DIREITO DESCONHECE A DESUETUDO ABROGANS.** SE O ATUAL CÓDIGO PENAL ROMPEU COM A "CULPA PRESUMIDA OU EX LEGE", NÃO QUER ISSO DIZER QUE NO CASO DE INOBSERVANCIA DE REGULAMENTOS, NÃO SE POSSA AVERIGUAR A CULPA REAL.(negritos inexistentes no original)³⁵⁹

Nesse mesmo sentido, também, o Superior Tribunal de Justiça repugna a aplicação de tal Instituto:

RESP 30705 / SP
RECURSO ESPECIAL
1992/0033143-2 RELATOR(A): MINISTRO ADHEMAR MACIEL (1099)
ÓRGÃO JULGADOR: T6 - SEXTA TURMA

³⁵⁸Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 224.

³⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas-Corpus nº 33742, Relator: Ministro Nelson Hungria, Julgamento em 31/08/1955, Primeira Turma. Disponível: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 15/01/2008.

DATA DO JULGAMENTO: 14/03/1995

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 03.04.1995 P. 8150
RJDTACSP VOL. 29 P. 480
RT VOL. 715 P. 539

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. JOGO DO BICHO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DO COSTUME. RECURSO PROVIDO POR AMBAS AS ALINEAS.

I - O SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO NÃO ADMITE POSSA UMA LEI PARECER PELO DESUSO, PORQUANTO, ASSENTADO NO PRINCIPIO DA SUPREMACIA DA LEI ESCRITA (FONTE PRINCIPAL DO DIREITO), SUA OBRIGATORIEDADE SO TERMINA COM SUA REVOGAÇÃO POR OUTRA LEI.

NOUTROS TERMOS, SIGNIFICA QUE NÃO PODE TER EXISTENCIA JURIDICA O COSTUME "CONTRA LEGEM".

II - RECURSO PROVIDO POR AMBAS ALINEAS.(negritos inexistentes no original).³⁶⁰

O *desuetudo* é outro aspecto fático, vinculado à eficácia normativa que o Autor utiliza buscando manter a coerência do sistema que criou. Não há, em verdade, como estudar o Direito sem atentar para a repercussão fática de seus institutos, como o próprio **Kelsen** teve, indiretamente, que admitir.

3. A teoria kelseniana e a sentença inexistente no direito brasileiro.

A qualificação da norma inválida como inexistente e, por consequência, dos atos jurídicos, inclusive estatais, em que pese a posição defendida por **Kelsen** e aceitos por boa parte da doutrina brasileira, adiante examinada, não é acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O exemplo mais relevante em que o direito positivo brasileiro não aceita a teoria kelseniana sobre a equiparação entre inexistência e invalidade encontra-se

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 30.705/SP, Relator: Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, Data de Julgamento: 14/03/1995, Data da Publicação/Fonte: DJ 03.04.1995, p. 8150. Disponível: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=30705&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em 17/01/2008.

no art. 27, da Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999³⁶¹ e em idêntico sentido no art. 11, da Lei nº 9.882/99, que prevêem a possibilidade do Supremo Tribunal Federal modular os efeitos temporais de declaração de inconstitucionalidade de determinada norma (efeitos prospectivos).

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria são grandes defensores da chamada relativização da coisa julgada, no entanto, sobre a aplicação do dispositivo legal acima referido, os Autores entendem até salutar sua aplicação, que representa, inequivocamente, atribuir eficácia à coisa julgada inconstitucional, afastando-se, a meu ver, ao menos no ponto examinado, daqueles que defendem a inexistência jurídica de tal comando estatal. Afirmam os Autores:

Não se há objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio das relações jurídicas. Para 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.³⁶²

Atento a tal questionamento, numa posição de inequívoca coerência doutrinária, **Ivo Dantas** após afirmar que a sentença fundada em lei inconstitucional seria inexistente, se insurge contra o texto do art. 27, da Lei nº 9.868, de 11 de novembro de 1999, que possibilita a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei, asseverando:

Permitimo-nos discordar do preceito mencionado, isto porque, tal como se encontra previsto, não temos dúvida em afirmar que estamos diante do Fim da

³⁶¹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

³⁶² Faria, Juliana Cordeiro de; Theodoro, Humberto Júnior. **O Tormentoso Problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 127, setembro/2005, p. 47.

Supralegalidade Constitucional, princípio que sempre caracterizou as Constituições Escritas, ao lado do Princípio da Imutabilidade Relativa.³⁶³

Tal norma, como visto supra, excepciona a posição de que a lei inconstitucional e, da mesma forma, a coisa julgada inconstitucional é nula(inexistente).

Apresenta-se claro que o ordenamento jurídico brasileiro adotou uma posição inequívoca de que a decisão judicial fundada em lei inconstitucional não é considerada inexistente. É a conclusão que **Ivo Dantas** chegou, nos seguintes termos:

Nesse sentido, toda a vez que o ‘Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado’, poderemos concluir que o ato inconstitucional não é mais nulo, podendo ao contrário, mesmo que reconhecida sua inconstitucionalidade, permanecer sendo direito positivo.

Teresa Wambier e Arruda Alvim³⁶⁴ entendem, também, que as sentenças inconstitucionais seriam inexistentes, por lhes faltar uma das condições da ação, no caso, a possibilidade jurídica do pedido, pois o pedido estaria em confronto com o texto constitucional.

Uma sentença que viola o texto constitucional não contém, necessariamente, um pedido impossível. O pedido pode ser impossível e não ser inconstitucional. Da mesma forma, um pedido possível pode ser inconstitucional. A impossibilidade jurídica do pedido constitui-se em matéria preliminar ao exame de mérito, já o exame da constitucionalidade é, em regra, questão de mérito. As situações são completamente distintas. A jurisprudência não discrepa de tal entendimento:

“A sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido, não impede ao autor de intentar nova demanda em que deduza pretensão mais ampla com fundamento em ‘causa petendi’ distinta.”(STJ – 4ª Turma, RESp 43.692-3-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 31.5.94, não conheceram, v.u., DJU 27.6.94, p. 16.988) “sendo de assinalar-se, a

³⁶³Dantas, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência**. Fórum Administrativo – Direito Público. Ano 2, n. 15, maio de 2002, p. 597.

³⁶⁴Wambier, Teresa; Alvim, Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 406.

título de justificativa, que uma determinada pretensão pode, em certo momento, não encontrar respaldo no ordenamento jurídico e o mesmo não se verificar após o transcurso de certo tempo, em virtude de alterações legislativas ou da própria evolução do entendimento jurisprudencial”(RSTJ 73/199).³⁶⁵

Se a coisa julgada inconstitucional fosse inexistente por impossibilidade jurídica do pedido, então, por não haver coisa julgada material, facultar-se-ia às Partes a repositura das demandas, o que não é aceito pelos tribunais pátrios.

Cândido Rangel Dinamarco, de igual forma, posiciona-se pela inexistência da coisa julgada inconstitucional, e também afirma se tratar de decisões juridicamente impossíveis:

Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é isso que se dá também com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito jurídico impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.³⁶⁶

Em verdade, uma sentença cujo conteúdo atente contra a Constituição pode até deixar de ser executada, quando, p.ex., se aplica o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, mas tal aspecto não lhe converte num nada jurídico.

Sobre a existência da coisa julgada inconstitucional, convém invocar representativo caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça(STJ) em que a sentença é proferida em juízo diverso da previsão constitucional.

Em tal caso, o STJ entendeu que a sentença, manifestamente, inconstitucional deveria não apenas ter seus efeitos respeitados, mesmo quando prolatada por juízo incompetente, como também deveria ser executada pelo mesmo juízo. É o que se observa pela transcrição do respectivo aresto:

³⁶⁵ Negrão, Theotonio, com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339.

³⁶⁶ Dinamarco, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 109, Janeiro-março/2003, p. 26.

CC 87156 / RJ
CONFLITO DE COMPETENCIA
2007/0145923-6

Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI (1137)

Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO

Data do Julgamento: 09/04/2008

Data da Publicação/Fonte: DJ 18.04.2008 p. 1

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. **COISA JULGADA.** SENTENÇA DE MÉRITO COM TRÂNSITO EM JULGADO PROFERIDA PELO JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA

PARA O JULGAMENTO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ART. 575, II, E 584, III C/C 449 DO CPC.

I - Presente a **coisa julgada**, esta prevalece sobre a declaração de **incompetência**, ainda que absoluta, em observância aos princípios da **coisa julgada**, segurança jurídica, economia e celeridade processual.

II - É competente para processar e julgar a execução de título

judicial o Juízo que proferiu a sentença de conhecimento, conforme o disposto nos arts. 575, II, e 584, III c/c 449 do CPC.

Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado (1ª Vara Cível de Barra Mansa/RJ).

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente a 1ª Vara Cível de Barra Mansa/RJ, a suscitada, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.³⁶⁷

No caso em destaque, a Parte ingressou com ação de indenização contra sua Empresa empregadora, pelos danos materiais e estéticos sofridos em face de acidente trabalho. A Empregadora denunciou à lide a Companhia Seguradora que com ela possuía contrato de seguro. Na audiência de conciliação, o MM Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Barra Mansa/RJ proferiu sentença homologando o acordo entre as Partes. Houve o trânsito em julgado da sentença em 05.05.2005. Em face de execução, quando o Reclamante executava a Companhia seguradora, nos moldes da apólice de seguros de responsabilidade civil, o MM Juiz de Direito entendeu-se incompetente e remeteu a demanda à Justiça do Trabalho, sob o fundamento da existência da Emenda Constitucional nº 45/2004. O Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Volta Redonda suscitou o Conflito de Competência, em que STJ, acertadamente, assentou que a competência para a hipótese é da Justiça obreira, em face do novo disciplinamento constitucional(art. 114, VI, CF³⁶⁸).

³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 87156/RJ, Relator Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, Data de julgamento: 09/04/2008, Data de Publicação/ Fonte: DJ 18/04/2008, p. 1. Disponível: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=coisa%20e%20julgada%20e%20incompetencia>. Acesso em 7/7/2008.

³⁶⁸ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
[...]

A sentença proferida no juízo estadual é, no entanto, flagrantemente inconstitucional. Ao invés de anular a sentença, retirar-lhe os efeitos ou mesmo remeter os autos à instância competente, resolveu o Superior Tribunal de Justiça fornecer uma interpretação que protegesse a segurança jurídica e a estabilidade que o título judicial conferiu às Partes. Com base, inclusive, na regra processual que a execução deve ocorrer pelo Juízo que proferiu a sentença de conhecimento, a 2ª Seção do STJ atribuiu a competência ao Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Barra Mansa/RJ.

Tal entendimento do STJ representa clara aplicação do princípio da segurança jurídica e é uma das provas de que os tribunais brasileiros não vêm aceitando a tese de que a coisa julgada inconstitucional é inexistente. O precedente não é isolado, como se registra nos seguintes arestos: CC 66268/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, DJ de 30.04.2007; CC 15089/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ, 06.11.1995; CC 74531/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ, 08.11.2007.

Da mesma forma, quando o Juízo Federal for incompetente, por não figurar na lide nenhuma hipótese prevista no art. 109 da Constituição Federal: CC 45159/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 27.03.2006 p. 137.

4. As decisões judiciais contrárias ao ordenamento jurídico na teoria kelseniana.

Como vimos, para **Kelsen**, as normas jurídicas consideradas como leis em sentido amplo, aí incluídas as normas editadas pelo Estado e aquelas produzidas pelo costume, devem ser válidas (existir) para que façam parte do ordenamento jurídico.

O tratamento conferido por **Kelsen** às normas acima descritas deve também ser aplicável às decisões judiciais? O próprio Autor responde indiretamente a indagação ao afirmar que decisões judiciais, mesmo sendo de alcance restrito às Partes, diferentemente das leis em geral, cujo alcance é *erga omnes*, são consideradas como normas individuais, como se observa por seu texto:

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

“chamado <<juízo>> judicial não é, de forma alguma, tão-pouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como <<lei>>.”³⁶⁹

Kelsen procura aplicar às decisões judiciais, em essência, o mesmo modelo eficaz conferido às decisões judiciais, mas lhe faz ressalvas. Ao versar sobre a decisão judicial <<ilegal>>, embora **Kelsen** faça diversas considerações reconhecendo a prática jurisprudencial da anulação, repele o Autor a possibilidade de existir uma decisão judicial ou mesmo inconstitucional(chamada pelo Autor de anticonstitucional).³⁷⁰

Kelsen afirma que as decisões judiciais ilegais possuem uma validade provisória, dependentes da decisão judicial final. A decisão judicial ilegal(ou mesmo inconstitucional) seria válida até que um órgão estatal competente, por um processo fixado pela ordem jurídica, pudesse anulá-la, como afirma o Autor:

Com efeito, a decisão do tribunal de primeira instância – e a norma individual criada por esta decisão, portanto – não é, segundo o Direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como <<antijurídica>> pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica.³⁷¹

Kelsen admite que uma decisão ilegal(ou mesmo inconstitucional) pode ser válida provisoriamente, embora dependa de uma decisão judicial posterior, não esclarecendo o que aconteceria se tal decisão judicial posterior não ocorresse e a decisão provisória passasse a se tornar definitiva pelo trânsito em julgado.

Dentro de um mundo ideal em que as normas são respeitadas ou quando desrespeitadas são sancionadas pelo sistema em face da atuação do Poder Judiciário, que age em perfeita harmonia ao sistema, a Teoria Kelseniana, nos aspectos abordados, não merece, em linha gerais, reparos. No entanto, o mundo dos homens está mundo longe da perfeição e diante de situações limites a Teoria Kelseniana apresenta dificuldades, de modo a

³⁶⁹ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 41.

³⁷⁰ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 363.

³⁷¹ Kelsen, Hans, **Op. Cit.**, p. 364.

não responder à perplexidade de haver uma decisão judicial em contradição ao sistema ou mesmo quando os efeitos de uma decisão judicial inconstitucional devem ser mantidos, ante as diversas repercussões negativas que sua, tão-só, declaração de inexistência poderia levar(V. art. 27, Lei nº 9868/99).

Lourival Vilanova no texto “Teoria da Norma Fundamental(Comentários à margem de Kelsen)”, contido no livro “Escritos Jurídicos e Filosóficos”, após fazer uma ampla explanação sobre a “Norma Fundamental” não apenas em **Kelsen**, mas em diversos outros autores, embora se identifique com a obra do referido Autor, observa a limitação da teoria estudada, nos seguintes termos:

Encerrada num universo hermético de normas, a teoria pura não explicará a irrupção do direito por via de fato(pelo uso contrário à norma válida, pela revolução, pela desaplicação constante de regras válidas do sistema). Só a produção de normas no interior do sistema: a produção *derivada*, não a produção *originária*, como denomina Stammler.³⁷²

É quase obsessiva a posição de **Kelsen** de que a norma inválida é inexistente, no entanto, como acima abordado, pode-se trazer mais de um exemplo em que sua posição é flexibilizada, como na hipótese em que a decisão inválida pode ser anulada.

A Teoria Pura do Direito desconsidera a existência de normas ou decisões judiciais defeituosas, sob o argumento de que elas estão em contradição ao sistema, que é composto por normas escalonadas, cada uma buscando seu fundamento de validade em norma superior até chegar à norma fundamental(*grundnorm*). Tal raciocínio extremamente analítico, não se conforma a um sistema jurídico pautado em normas criadas, aplicadas e incidentes sobre e pela natureza humana, que, obviamente, não é perfeita.

A extirpação das normas(ou arremedo de normas, sob o argumento da invalidade), sem permitir outras considerações que viabilizem a adequação entre o sistema jurídico e as necessidades humanas, parece-me, claramente, um equívoco, posto que se está trocando o fim do direito por seu meio, deixando-nos reféns do sistema.

³⁷² Vilanova, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi: Ibet, 2003.

Kelsen diz, ainda, que a decisão judicial não é válida ou invalida pelo seu conteúdo, mas sim porque é criada segundo uma forma determinada, adotando uma postura de formalismo extremado, como se observa no seguinte trecho de sua obra maior:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma norma fundamental pressuposta.³⁷³

Por tal concepção **Kelsen** acabou endossando, indiretamente, o Direito como mero mecanismo de prática do Poder, sem qualquer limite social, político ou ético.

Canotilho nos lembra que:

Kelsen seria conduzido à consequência extrema de que qualquer Estado é um Estado de Direito: <<o Estado é como o Rei Midas, tudo que apanha transforma em direito.>> Esta <<normocracia>> vazia não conduziu, como Kelsen pensava, ao ideal de democracia como “Führeslosigkeit”, antes levou uma parte da juventude e dos jurista a procurar novos fundamentos éticos na idéia da didatura.”³⁷⁴

A experiência alemã, no sistema de Governo nacional-socialista da 1ª metade do Século XX, é a prova cabal de tal distorção. Veja-se que o próprio Estado Alemão, embora pautado num positivismo extremado, procurou justificar muitas de suas contestáveis condutas por argumentos retóricos e sociológicos, usando sua conhecida máquina de propaganda que alardeou a superioridade de raças, entre outras idéias reprováveis, certamente porque o Direito nazista estava divorciado de uma idéia de bom-senso geral(afastado da experiência social).

Não se pode desconsiderar, outrossim, que **Kelsen** procurava afirmar a natureza autônoma e científica do Direito, apartando-o de outros ramos do conhecimento humano. Tal conduta gerou equívocos, no entanto, sua contribuição para o Direito foi inegável como se observa pela influência de suas obras na construção dos sistemas jurídicos em diversos países ocidentais, quase todos influenciados por suas idéias, como

³⁷³ Kelsen, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado. 1984, p. 273.

³⁷⁴ Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Lisboa: Almedina, p. 356.

aquela que diz que as normas devem ter um controle concentrado de constitucionalidade, como a Áustria de fato adotou, por decisiva influência kelseniana em 1920.³⁷⁵

O Direito fundado, tão-só, na norma, parece ser insuficiente para atender as necessidades da sociedade atual, muito mais complexa e estratificada que aquela ao tempo em que **Kelsen** produziu a Teoria Pura do Direito.

De outro lado, a influência dos princípios na solução das questões jurídicas, um dos marcos da 2ª metade do século XX, tornou o exame da validade das normas jurídicas muito mais sujeito às influências sociais que ao tempo da criação da Teoria Pura do Direito.

Em verdade, a experiência fática demonstrou que um sistema juridicamente fechado, codificado e infenso a progressos, aliado ao desapego por valores universais, não pode perdurar por muito tempo, como se deu no exemplo histórico do III Reich.

Como vimos acima, o Direito não pode ser estudado em desatenção à influência factual, como **Miguel Reale** demonstrou, nem tampouco, como acima abordado, a norma fundamental (*Grundnorm*) pode ser considerada a prova de que toda norma inválida é também inexistente.

5. O Conceito de Sistema pela doutrina de Canaris, como fundamento crítico à Teoria Pura do Direito, no que se refere ao seu distanciamento das questões fáticas.

Canaris, em sua obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, já ensinava que o sistema jurídico pode ser aberto ou fechado. O Sistema aberto é aquele que tem por base uma “ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e o sistema fechado é aquele pautado “numa ordem dominada pela idéia da codificação.”³⁷⁶

³⁷⁵ É interessante observar que a Constituição Portuguesa de 1911 foi pioneira no controle de constitucionalidade na Europa (Otero, Paulo, **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 26.)

³⁷⁶ Canaris, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª edição. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 103.

A Teoria Pura do Direito tipicamente é uma teoria que visa justificar a existência de um sistema fechado, embora se refira a construção casuística do ordenamento jurídico, como no exemplo do direito consuetudinário.

Ocorre que a Teoria kelseniana reserva uma grande parte do seu tempo em defender a estrutura rígida do sistema pelo critério da validade, afastando-se do conceito de sistema aberto, proposto por **Canaris**.

Canaris diz que o sistema aberto é aquele apto a evoluir e adaptar-se às novas realidades, sendo o sistema próprio da “ordem jurídica hodierna”, bem como ressalta que a “descoberta de uma série de novos princípios” e a mutabilidade do sistema por fatos construtivos ou modificativos, demonstram que o sistema aberto se altera em face de circunstâncias de fato.³⁷⁷ Essa conclusão, parece impensável na Teoria kelseniana, mas permite adaptar o Direito à sociedade atual, aquilo que não se observa na Teoria paradigma.

Canaris segmenta o conceito de sistema em científico e objetivo. O sistema pautado nas “proposições doutrinárias da Ciência do Direito” informa que a abertura do sistema representa a “incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico” pois acima de tudo um sistema científico é um “projecto de sistema” que não é definitivo, nem tampouco é fechado(ou deve ser), enquanto permitir uma reelaboração científica.³⁷⁸

Sob o enfoque de sistema objetivo, aí considerado como sistema de direito positivo, **Canaris** adverte a necessidade, permanente de interação entre o sistema de direito positivo e a sociedade, pois como adverte: “Hoje, princípios novos e diferentes dos existentes ainda há poucas décadas, podem ter validade e ser constitutivos para o sistema.”³⁷⁹

Logicamente que tanto o sistema científico, como o positivo, não podem ser estanques, totalmente isolados, como se um não pudesse ser influenciado pelo outro. Este talvez tenha sido o maior erro de **Kelsen** em sua concepção purista. Elucidativo nessa forma de pensar **Canaris** ensina:

³⁷⁷ Canaris, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª edição. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 104-105.

³⁷⁸ Canaris, Claus-Wilhelm. Op. cit. 106.

³⁷⁹ Canaris, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 107.

Em resumo, pode dizer-se o seguinte: as modificações do sistema objectivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais de Direito extra-legais, que têm o seu fundamento de validade na idéia de Direito e na natureza das coisas. As modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente e **traduzem, por outro lado, a execução de modificação do sistema objectivo. As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último; os sistemas objectivo e científico estão também ligados na dialéctica geral entre o Direito objectivo em vigor e a sua aplicação.**³⁸⁰ (grifos inexistentes no original)

O intercâmbio entre os sistemas objetivo e científico demonstra que a ciência não pode se afastar dos fatos, tais quais os fatos por si sós, sem a ciência, não têm os benefícios da sistematização.

Entendo que as conclusões acima, quanto a obra de **Kelsen**, possam gerar alguma perplexidade, ante o inequívoco argumento de autoridade de onde emanam as idéias aqui contestadas, no entanto, a liberdade de pensar e concluir nos fornece a certeza de que não existem teorias perfeitas ou argumentos perfeitos, esses existem até que sua imperfeição se revele por outros que, também imperfeitamente, apontam as imperfeições anteriores. A perfeição é atributo apenas de Deus e nós, muitas vezes, somos obrigados a recordar.

6. As distinções necessárias entre inexistência e invalidade.

Não é objeto deste trabalho a apresentação de uma classificação sobre as nulidades processuais ou mesmo dos atos jurídicos, há variada e sólida doutrina sobre o tema³⁸¹. Nosso estudo neste tópico, limitasse a demonstrar que a sentença inconstitucional possui existência jurídica.

³⁸⁰ Canaris, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª edição. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 125-126.

³⁸¹ Veja-se o trabalho clássico de J.J. Calmon de Passos: **Esboço de uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002, que, em essência, está lastreado em sua tese de Livre Docência à Cadeira de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, defendido em 1959.

Os conceitos de inexistência, invalidade, nulidade e anulabilidade são conceitos que são estudados tanto no direito privado como em outros ramos do Direito. No direito privado os conceitos foram construídos após longo processo evolutivo que atravessou muitos séculos até sua aplicação no Direito brasileiro. No direito público a aplicação dos institutos é relativamente recente, considerando que a autonomia desse ramo do Direito ocorreu nos últimos 2(dois) séculos.

Para o exame dos institutos em foco, apresenta-se essencial considerar a decisiva influência do direito privado, que não pode ser olvidado seja em qual for a área do Direito, inclusive para o direito processual, sob pena se perder a contribuição forjada pela experiência do ramo mais antigo do Direito.

A dicotomia entre direito público e direito privado tem por objetivo estudar as áreas jurídicas afins, permitindo agrupar seus pontos em comum, de modo que seus atributos e características possam ser analisados e explorados com maior profundidade.

O isolamento dos ramos de direito(público e privado), no entanto, olvidando-se os pontos de contato existentes tem levado a equívocos e enganos, muitos dos quais pela construção de teses sem o devido respeito às origens dos institutos jurídicos utilizados.

Um das questões mais difíceis e complexas que volta e meio insiste em retornar à mesa de discussão do jurista versa sobre os conhecidos planos da existência, validade e eficácia. Parece-me perigoso usar conceitos e princípios no direito processual sem atentar para as suas origens civilistas.

Por uma questão didática, neste Capítulo adotarei a doutrina de **Pontes de Miranda** sobre os atos jurídicos, nos planos da existência, da validade e da eficácia, sem deter-me a tal Autor, mas procurando sempre usá-lo como referência.

A teoria dos atos inexistentes, de origem francesa, foi concebida originariamente em face do direito civil(direito de família) para versar sobre as situações em que a teoria das nulidades se apresentava insuficiente ou inadequada.

Orlando Gomes explica que no direito de família as hipóteses de ineficácia do casamento devem ser expressamente previstas na legislação.

Zachariae defrontando-se com o casamento entre pessoas de mesmo sexo, inspirou-se a criar a nova categoria jurídica, de modo a ultrapassar a limitação legal. Tal categoria jurídica não é unanimidade no direito civil, muito ao contrário, a doutrina é conflituosa, sob argumento de sua pouca ou nenhuma utilidade de distinguir ou ato nulo do inexistente.³⁸²

Humberto Theodoro Júnior, em notas atualizadoras da obra de **Orlando Gomes**, destaca a praticidade da teoria da inexistência do ato jurídico, ao afirmar:

A utilidade da distinção entre a inexistência e nulidade está na circunstância de que o negócio mesmo nulo pode às vezes, produzir algum efeito(ex.: legitimação de filhos, justo título para usucapião, prescrição extintiva etc.), enquanto negócio inexistente se apresenta como o nada jurídico, sem aptidão alguma a produzir qualquer efeito jurídico(ex.: casamento entre pessoas do mesmo sexo, título de crédito emitido com assinatura falsa, alienação de coisa alheia sem mandato³⁸³ etc.).

Destaca-se que o critério utilizado para diferenciar o ato jurídico inexistente do ato jurídico nulo é justamente a produção dos efeitos, elemento que, como vimos, parece ser desconsiderado por uma boa fração da doutrina.

J.J. Calmon de Passos, em sua obra *Esboço de uma “Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais”* dedica um capítulo específico sobre o ato inexistente, distinguindo-o dos demais atos viciados(inválidos ou defeituosos), em que destaca-se o aspecto eficaz como elemento essencial de identificação:

um não-ato um ato falho, é um *quid facti* ou *juris*, que não pode produzir os efeitos jurídicos típicos perseguidos, não por um vício qualquer, que impede a produção desses efeitos, sim porque desprovida da “fisionomia” do ato do qual deveriam

³⁸² Gomes, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 470-471.

³⁸³ Na alienação da coisa alheia, Pontes de Miranda, com correção, explica que não se trata de negócio nem ao menos nulo, mas tão-só ineficaz: “Confusões de alguns juristas. Falando-se de elementos e pressupostos essenciais, não se devem confundir os dois planos, o da validade e o da eficácia; menos ainda, qualquer deles e o terceiro, que em verdade é ao rés da realidade, o da existência. Nenhum erro maior do que, por exemplo, o de E. Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 158), ao cogitar dos *essentialia negotii*, dos *naturalia* e dos *accidentalialia negotii* em termos de efeitos essenciais, naturais e acidentais. A coisa alheia vendida, é causa de ineficácia, e não causa de invalidade.” (**Tratado de Direito Privado**, Tomo 4. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2ª ed., 2000, P. 38)

brotar aqueles efeitos, que faltaram, porque daquele ato não possui ele a característica essencial, a fisonomia particular.”³⁸⁴

E completa, ainda, **J.J. Camon de Passos**:

Realmente, o problema da inexistência é um problema bem diverso do problema do vício ou do defeito do ato e sua conseqüente invalidade e ineficácia em virtude da sanção de nulidade. O ato inexistente não é ato processual. O ato nulo é ato processual, ainda quando defeituoso, anormal, aleijado, digamos assim. A inexistência não pode ser um defeito do ato processual.³⁸⁵

Ao versar sobre negócio jurídico(ato jurídico em sentido estrito) **Pontes** diferencia a validade da existência, destacando que a existência de um negócio jurídico não está condicionada a sua validade.

Diz o Autor que o negócio jurídico para que possa ser válido é necessário que o mundo jurídico o tenha “apto a nele atuar e permanecer”, ou seja, a validade indica a “não-ocorrência de causas de nulidade ou de anulabilidade”, cujas hipóteses estão contempladas em nosso direito positivo. O Autor conceitua a nulidade como o vício que atinge o ato jurídico “desde a entrada e para sempre do suporte fático e desde a entrada dele e por algum tempo”³⁸⁶ no caso da anulabilidade.

Rechaça **Pontes**³⁸⁷ a idéia da vinculação entre validade e eficácia, embora admita que a taxinomia das invalidades possa utilizar a eficácia como critério para caracterizá-las. Diz o Autor que os fatos jurídicos podem existir sem serem eficazes, como no caso do testamento antes da morte do testador.³⁸⁸

A Eficácia jurídica, saliento, não possui vinculação com a existência ou mesmo com a validade da norma(inclusive decisão judicial) e é entendida neste

³⁸⁴ Passos, J.J. Calmon. **Teoria das Nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 97.

³⁸⁵ Passo, J.J. Camon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades**. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 96.

³⁸⁶ Miranda, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 4. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000, p. 36.

³⁸⁷ Miranda, Pontes. Op. Cit., p. 36.

³⁸⁸ Miranda, Pontes. Op. Cit., p. 39.

trabalho em seu sentido amplo, considerado os efeitos da norma jurídica(queridos ou não), como atenta **Marcos Bernardes de Melo**:

Eficácia jurídica é expressão que pode ser empregada em sentido estrito, quando se refere aos efeitos próprios e finais dos fatos jurídicos, e em sentido lato, quando se quer mencionar, além desses efeitos próprios e finais do fato jurídico, efeitos intermísticos ou outros impróprios que podem gerar.³⁸⁹

Pontes examina, ainda, a idéia de que o direito é uma realidade cultural, estruturado nos planos da existência, validade, e eficácia e afirma que a existência jurídica está apoiada na concepção de fato jurídico em sentido restrito, assim considerado aquele produzido pela ação humana. Numa lógica irretorquível o Autor demonstra:

O fato jurídico, primeiro, é; se é, se somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel etc.; se é, se somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídico que não os irradiam, ou ainda não os irradiam.

[...]

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram(plano da existência no mundo jurídico se tornaram, assim, atos jurídicos.³⁹⁰

Riccardo Guastini, citado por **Pimenta**, tal qual **Pontes**, também segmenta os atos jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia. Para **Guastini**, ao contrário de **Kelsen**, a validade das normas jurídicas não se dá apenas numa relação de pertinência sistêmica(ante o critério da validade), mas ocorre em face a uma relação de *conformidade* entre a norma e seus centros de produção. Para que uma norma seja

³⁸⁹ Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia 1ª Parte**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 227.

³⁹⁰ Miranda, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 4. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000, p. 39.

existente é suficiente que ela tenha sido produzida por uma autoridade competente para produzi-la.³⁹¹

A posição de **Guastini** colabora com a postura aqui adotada de que a sentença inconstitucional - entendida como aquela produzida por autoridade investida de poder judicante, mas em contradição ao texto constitucional - , existe do ponto de vista jurídico, pois foi produzida pelo poder estatal hábil a emitir decisões judiciais, não se podendo desconsiderar a confiança que os jurisdicionados depositam na produção normativa estatal.

Um dos mais significativos autores portugueses da atualidade, **José de Oliveira Ascensão**, explica as diferenças entre invalidade e inexistência dos atos jurídicos, que bem revela que o ato jurídico inexistente é, tão-somente, reservado para hipóteses graves em que o ato não reúne condições mínimas de produzir efeitos, como observa o Autor:

A inexistência jurídica corresponde àqueles casos mais graves em que verdadeiramente se pode dizer que para o direito não há nada. Em rigor, não há sequer uma base que permita afirmar-se que existiu um ato inválido.

Consideremos o casamento. Compreende-se que dada a delicadeza e a complexidade dos pressupostos deste ato surjam casos em que se possa falar num casamento inválido, cabendo à lei determinar se há nulidade ou anulabilidade. Noutros casos, porém, nada há e antes se deve falar em inexistência do casamento. É o que acontece se faltou a declaração de vontade de um ou de ambos os nubentes ou se o “casamento” foi contraído por duas pessoas do mesmo sexo. Nestes casos há um nada jurídico do qual nenhum efeitos pode derivar, ao contrário do que acontece nos casamentos inválidos.³⁹²

O Autor português defende que a lei inconstitucional, embora inválida, não é inexistente³⁹³ e destaca o perigo de se fixar o conceito de inexistência sem expressa previsão legal, como se observa:

O conceito de inexistência é de perigoso manuseio. A declaração de inexistência, a fazer-se parece dever partir do órgão autor do ato a ser declarado tal, e deve explicitar o fundamento dessa inexistência. Doutra modo serviria como veículo cômodo para o Poder escamotear regras realmente existentes, criando a maior instabilidade no que respeita às situações jurídicas médio *tempore* surgidas.³⁹⁴

³⁹¹ Pimenta, Roberto Lyrio. **A validade da norma jurídica in A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Coordenador Renan Lotufo. Barueri: Manole. 2005, p. 74.

³⁹² Ascensão, José de Oliveira, **O Direito: introdução e teoria geral**, 2ª edição brasileira, São Paulo: Renovar, 2001, p. 71. Obviamente que o exemplo do Autor sobre a inexistência de casamento sobre pessoas de mesmo sexo deve ser interpretado com reservas, uma vez que alguns ordenamentos jurídicos já permitem tal união, como, p.ex., o Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América.

³⁹³ Ascensão, José de Oliveira. Op. Cit., 299.

³⁹⁴ Ascensão, José de Oliveira, **O Direito: introdução e teoria geral**, 2ª edição brasileira, São Paulo: Renovar, 2001, p. 299.

Tal posicionamento é de todo aplicável aos atos jurídicos em sentido amplo, inclusive às decisões judiciais, não havendo razões para se adotar tratamento diferenciado, uma vez que as teorias que versam sobre eficácia, invalidade e existência dos negócios jurídicos são também aplicáveis aos atos processuais, salvo quando a própria lei processual trouxer tratamento diferenciado.

J.J. Calmon de Passos cita várias hipóteses de sentenças consideradas inexistentes, as quais destaco: a) exarada por quem não é juiz; b) aquela que não possui assinatura; c) aquela que não possui dispositivo; d) aquela que aplique a pena de morte.³⁹⁵

No Código Processual Civil Brasileiro em vigor verifica-se dispositivo expresso sobre a inexistência de ato jurídico (art. 37, parágrafo único, CPC), para os casos de atuação de advogado sem procuração, cujos atos não sejam ratificados.

Dessume-se, portanto, que validade, inexistência e eficácia são categorias autônomas do direito, cada qual repercutando ora isolada, ora conjuntamente diante de dado fato jurídico.

A categoria do ato inexistente é de elevada relevância para o direito processual civil, de modo que tal Instituto não pode ser confundido com mera hipótese de invalidade, como apregoam alguns juristas.

A tese de que a sentença inconstitucional é inexistente afasta-se, a meu sentir, da estrutura do direito positivo brasileiro, como adiante continuarei a demonstrar.

7. O sistema jurídico brasileiro e a existência da sentença inválida.

Nosso ordenamento jurídico, há muito rejeita a idéia de que a sentença inconstitucional é inexistente, ou seja, de que seus efeitos são desconsiderados pela ordem jurídica.

³⁹⁵ Certamente excepcionando a hipótese do art. 5º, XLVII, “a”, da CF/88.

Quando o Estado brasileiro produz uma decisão judicial transitada em julgado e que já não cabe ação rescisória(coisa soberanamente julgada), ele quer dizer que, a partir de então, se opta pela segurança jurídica em detrimento da certeza (correção).

O processo judicial não apenas tem a finalidade de solucionar uma demanda judicial, como possui, também, a função de impedir que tal questão volte a ser discutida, de modo que aquilo que foi decidido, passa a ser imodificável.

Os adeptos da teoria kelseniana, em sentido estrito, podem dizer que uma decisão judicial não pode ser legitimamente produzida em contrariedade à Constituição, pois é este texto que fornece o fundamento de validade para a sentença, de modo que haveria uma contradição insuperável. A sentença, então, só poderia ser admitida como sentença, se ela fosse legitimamente produzida em conformidade ao texto constitucional, de outra parte, o texto constitucional protege a coisa julgada, mas não diz que a sentença inconstitucional não pode ser executada, nem tampouco que ela é inexistente.

A Constituição Federal outorga ao Supremo Tribunal Federal (STF) o poder de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância que contrariem seus dispositivos(art. 102, III, “a”, CF) mas somente versa sobre os efeitos da decisão judicial desrespeitosa ao texto constitucional quando ela contraria a Súmula vinculante(Art. 103-A, CF), hipótese em que o STF poderá, mediante reclamação, cassá-la.

Seria o fim, na hipótese, da coisa julgada? Não! O próprio STF fez questão de ressaltar que, mesmo nesse caso, a coisa julgada deve ser respeitada. É o que se extrai da mera leitura da Súmula nº 734, de seguinte teor:

Súmula nº 734: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como admitir, portanto, a inexistência da sentença inconstitucional se o próprio sistema repugna tal hipótese ao prever, expressamente, a modulação dos efeitos da ação declaratória de inconstitucional(inexistente para os adeptos da teoria kelseniana), como acima visto, bem como no caso da impossibilidade de uso da

reclamação em face de sentença inconstitucional transitada em julgada, mesmo em contradição à Súmula vinculante editada do STF.

8. A natureza da decisão judicial inconstitucional na doutrina.

De início, saliento que, em regra, o mesmo tratamento conferido aos atos jurídicos inválidos deve se prestar, também, às decisões judiciais. A doutrina, no entanto, vem se digladiando sobre a natureza jurídica da sentença inconstitucional. Para uns a sentença inconstitucional seria inexistente, para outros seria nula ou mesmo anulável. Cada posicionamento terá repercussões destacadas no tratamento da sentença inconstitucional.

8.1. Autores que defendem que a sentença inconstitucional é inexistente.

Na linha dos que defendem que a sentença inconstitucional é inválida destaca-se **Teresa Arruda Alvim Wambier**, que, de clara inspiração kelseniana, diz que a sentença inconstitucional, ao ser executada, traria pedido juridicamente impossível, sendo inexistente.³⁹⁶

Francisco Barros Dias, por sua vez, entende que a sentença inconstitucional seria inexistente por sua “incoerência com o ordenamento jurídico vigente.”, bem como defende que a ação rescisória não deveria possuir prazo para ajuizamento.³⁹⁷

Tal qual demonstrou **Pontes** se for o caso de sentença inexistente nem ao menos seria o caso de uso da ação rescisória.³⁹⁸ A ação rescisória só deve ser cabível de ação que existe. De fato, como é que se pode desconstituir aquilo que não existe. Quanto à incoerência com o ordenamento jurídico, tenho por afastá-lo tal argumento, justamente, por defender a coerência do sistema, como venho demonstrando neste texto.

³⁹⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. São Paulo: RT, 2007, p. 406. Tal posicionamento, como acima tentamos demonstrar, merece ser rechaçado.

³⁹⁷ Dias, Francisco Barros. **Breve Análise sobre a coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, Ano 87, V. 758. Dezembro de 1998, p. 34-42.

³⁹⁸ Miranda, Pontes, **Tratado das Ações**, Tomo I, Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, 1ª edição. Campinas: Bookseller, 1998, p. 201.

Cândido Rangel Dinamarco também possui a posição de que as sentenças inconstitucionais são inexistentes, explica o Autor a hipótese da sentença que declare o desligamento de Estado Federado.³⁹⁹

Entendo que toda decisão judicial definitiva, produzida pelo aparelho estatal, independentemente de seu conteúdo é sentença(ou acórdão) e como tal poderá ser válida ou inválida, embora não se possa desconsiderar sua existência. De outro campo, a sentença inválida, posta em contrariedade ao ordenamento jurídico, poderá ser eficaz ou ineficaz, dependendo de alguns critérios que passo a me deter.

Quando a sentença é exarada ela possui uma carga eficácia inequívoca, atuando no mundo jurídico em face de sua condição de ato estatal cogente. Por ela o seu beneficiário poderia dirigir-se ao Poder Judiciário e exigir-lhe o cumprimento(eficácia mínima), tal ação poderá ou não repercutir na esfera de interesses da pessoa a que o comando sentencial é dirigido.

Se a decisão judicial for juridicamente, fisicamente ou logicamente impossível seu comando não será executado. Ao perdedor da demanda cabe-lhe o direito de resistência de cumprir algo que repugna tais balizas. Mas o que vem a ser comando irrazoável, ilógico ou juridicamente impossível? Por maior que seja a capacidade humana de arquitetar hipóteses fáticas, sem dúvida, a exemplificação sempre será pobre diante das infinitudes de hipóteses possíveis.

Materialmente impossível seria, p.ex., a coisa julgada que dissesse que o indivíduo A deveria laçar a lua aproximando-a da terra. Juridicamente impossível seria o título judicial que declarasse o direito de indivíduo A lançar bombas sobre determinado País. Moralmente impossível seria a decisão judicial que obrigasse indivíduo B a manter relações com um desconhecido.

8.2. Autores que defendem que a sentença inconstitucional possui existência jurídica.

³⁹⁹ Dinamarco, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume 2. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 585.

Barbosa e Silva defende que o sistema processual civil brasileiro não possui nulidade processual de pleno direito, de modo que a sentença inexistente, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, como adiante se observa:

Ainda que se admita a diferenciação entre existência fática e existência jurídica, como fazem alguns autores, somente a inexistência fática não gerará qualquer efeito. No sistema processual brasileiro, não existe nulidade de pleno direito, em razão da natureza pública do processo, sendo assim cumpre sempre ao Estado a verificação de qualquer mácula ao instrumento e, mesmo considerando a inexistência de determinado ato jurídico, ele emanará efeitos até a decisão judicial em sentido contrário, revelando imprescindível à impugnação do ato, ainda que não possa ser convalidado.⁴⁰⁰

Contrário, também, à tese da inexistência jurídica é a posição de **José Maria Rosa Tesheiner**, pautado numa visão formalista da competência das instâncias judiciais. Diz o Autor:

O que absolutamente não pode prevalecer é a idéia de que possa qualquer juiz ou tribunal desprezar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou erronia.⁴⁰¹

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, numa visão sistemática do sistema, entende que a inconstitucionalidade não é obstáculo à formação da coisa julgada, embora defenda a constitucionalidade do mecanismo previsto no art. 741, parágrafo único, do CPC⁴⁰², nos seguintes termos:

A sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade de coisa julgada. Preclusa a faculdade de interpor recurso contra tal sentença, terá a mesma

⁴⁰⁰ Silva, Érica Barbosa e. **O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”** in Revista de Processo. Ano 32. n° 145. março/2007, p. 83-105.

⁴⁰¹ Tesheiner, José Maria Rosa. **Relativização da Coisa Julgada** in Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. n° 23. Ano 2. Novembro/2001, p. 11-17.

⁴⁰² Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título.

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.(redação dada pela Lei nº 11.232/05)

alcançado a *auctoritas rei iudicatae*. E, sendo de mérito a sentença, alcançadas serão a coisa julgada formal e a material.⁴⁰³

Interpretando o art. 282, 3⁴⁰⁴, da Constituição Portuguesa, **Paulo Otero**, um dos autores que subsidiam as diversas teorias da relativização da coisa julgada, afirma que na “...ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional.”⁴⁰⁵ Inobstante a posição do Autor português ele reconhece que o direito português não consagra seu posicionamento.

Para **Paulo Otero** o “caso julgado” inconstitucional é inválido, mas acentua que a invalidade não se confunde com inexistência jurídica.⁴⁰⁶ Examinando a consequência de sua afirmativa, diz o Autor:

A invalidade de um ato jurídico não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos. Por isso mesmo, as normas inconstitucionais produzem efeitos jurídicos até que a respectiva inconstitucionalidade seja judicialmente declarada, ainda que, reconheça-se, o princípio geral seja a destruição retroactiva dos efeitos produzidos.⁴⁰⁷

Sem dúvida, tal posicionamento revela a fragilidade da tese da relativização indiscriminada da coisa julgada. A coisa julgada embora possa atentar contra a

⁴⁰³ Câmara, Alexandre Freitas, **Relativização da Coisa Julgada Material** in Relativização da Coisa Julgada, Fredie Didier Jr. (Coordenador), Salvador: Podivm, p. 17.

⁴⁰⁴ Artigo 282.º(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. 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 restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2. (Disponível: http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p36.htm. Acesso em 1º/7/2008)

⁴⁰⁵ Otero, Paulo, Ensaio sobre Caso Julgado Inconstitucional, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, p. 61.

⁴⁰⁶ Otero, Paulo, Op. cit., pp. 64-65.

⁴⁰⁷ Otero, Paulo, P. cit., p. 76.

ordem jurídica, inclusive o texto constitucional, produz efeitos que são reconhecidos pela ordem jurídica, como tal texto tem demonstrado.

Como se constatou existe uma grande variedade de posicionamentos sobre o tema, inobstante a divergência doutrinária, evidencia-se que o posicionamento mais adequado ao sistema jurídico brasileiro é aquele que informa que a sentença inconstitucional não é inexistente. Tal posicionamento está pautado não apenas na doutrina, como também pelo próprio direito positivo, de modo que não se vislumbra qualquer espaço(jurídico-lógico) para conferir o papel de inexistência à sentença inconstitucional.

9. Conclusões do Capítulo

1. Ao pressupor o *ser* para fundamentar o *dever-ser* Kelsen admite, indiretamente, que a norma fundamental, como norma pressuposta, **existe** antes do *dever-ser*, que, por sua vez é imposto pelo ordenamento jurídico(por lei ou pelo costume).

2. O aspecto eficaz é um dos “pés de barro” da doutrina kelseniana em sua Teoria Pura do Direito e demonstra que a norma, ainda que se defenda sua autonomia enquanto instituto jurídico, é dependente dos fatos que demonstrem o seu grau de eficácia.

3. A doutrina kelseniana admite que uma decisão ilegal(ou mesmo inconstitucional) pode ser válida provisoriamente, embora dependa de uma decisão judicial posterior, não esclarecendo o que aconteceria se a decisão judicial posterior não viesse a ocorrer e o *decisum* provisório se tornasse, faticamente, definitivo.

4. A extirpação das normas(ou arremedo de normas, sob o argumento da invalidade), sem permitir outras considerações que viabilizem a adequação entre o sistema jurídico e as necessidades humanas, parece-me, claramente, um equívoco, posto que se está trocando o fim do direito por seu meio, deixando-nos reféns(enquanto sociedade) do sistema.

5. A sentença inconstitucional embora inválida, por atentar contra o texto constitucional não é inexistente, nem tampouco, necessariamente, sem eficácia.

6. A inexistência da sentença inconstitucional é repugnada pelo direito positivo brasileiro, como se observa pela previsão de modulação dos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade(art. 27, da Lei nº 9868/99), bem como é rechaçada, pontualmente na jurisprudência do STF, ante a impossibilidade do uso da reclamação em face de sentença inconstitucional transitada em julgado, como se pode extrair da Súmula nº 734 do STF.

CAPÍTULO VI - REFLEXÕES SOBRE A COISA INCONSTITUCIONAL: UM EXAME DOS ARTS. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E 475-L, § 1º, AMBOS DO CPC.

1. Justificativa do Capítulo

A legislação brasileira inovou relevante sobre a eficácia da coisa julgada ao introduzir o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.⁴⁰⁸ A doutrina não ficou indiferente ao texto e vem se digladiando em duas correntes básicas: a) os autores que consideram inconstitucional o dispositivo, por, em regra, entenderem que a norma ofende o Instituto da coisa julgada; b) os autores que defendem a constitucionalidade do novo tratamento normativo, havendo uma grande variedade de argumentos em tal sentido. Os que defendem a constitucionalidade, por sua vez, podem ser segmentados em sub-correntes que se diferenciam sobre o âmbito eficaz de sua aplicação.

O estudo individualizado do dispositivo neste texto, em seus múltiplos aspectos, apresenta-se essencial para entender como o Instituto vem sendo compreendido pela doutrina e jurisprudência, bem como se entende que pode sê-lo.

2. Evolução da legal da coisa julgada no direito brasileiro

No direito brasileiro, no Regulamento nº 737, de 25/11/1850, constata-se que as sentenças não mais cabíveis de recurso “passarão em julgado”.⁴⁰⁹ Tal norma que antes era endereçada apenas ao direito comercial, com a vigência do Decreto nº 763, de 19/9/1890, passou a aplicar-se, também, aos processos civis. O Regulamento nº 737/1850 representa marco nacional do tratamento da coisa julgada por legislação editada em nosso País.

O Código de Processo Civil de 1939 não possuía um tratamento muito detalhado sobre o Instituto da coisa julgada (que era denominada de “cousa julgada”), limitando-se a versar sobre o tema no Capítulo da eficácia da sentença⁴¹⁰ e em pontos esparsos do Código.

⁴⁰⁸ O art. 475-L, do CPC, possui a mesma redação.

⁴⁰⁹ Art. 731. Nenhuma sentença de 1ª ou 2ª instância será levada á Chancellaria, e si não houver interposição de recurso passarão em julgado dentro de dez dias contados da sua publicação ou intimação (arts. 234 e 235).

⁴¹⁰ **CAPÍTULO II**
DA EFICÁCIA DA SENTENÇA

A Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4657/42, em sua redação original, não tratava sobre o Instituto, que somente veio a contemplar em 1957, com a vigência da Lei nº 3.238 de 1º de agosto de 1957.⁴¹¹

O Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, conceitua o Instituto no art. 467⁴¹², embora também a ele se refira nos arts. 468 ao 465, bem como no art. 301, VI e § 3º.

Inobstante nossa legislação tenha um tratamento bastante amplo e minudente sobre a coisa julgada, freqüentemente os tribunais pátrios se deparam diante da discussão sobre a prevalência da coisa julgada, diante de decisões consideradas ilegais e inconstitucionais. Os Tribunais vêm examinando os questionamentos, em regra, por uma perspectiva pontual, muitas vezes fundamentados na injustiça das decisões examinadas, em detrimento de argumentos técnicos-jurídicos que elucidem as questões sob uma perspectiva sistêmica.

A vigência do art. 741, parágrafo único, do CPC (com redação dada pela Lei nº 11.232/05)⁴¹³, bem como o art. 475-L, §1º, do CPC⁴¹⁴, acrescido, também,

Art. 286. A sentença considerar-se-á publicada na audiência em que fôr proferida.

Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.

Art. 288. Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.

Art. 289. Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – nos casos expressamente previstos;

II – quando o juiz tiver decidido de acordo com a equidade determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a reconsideração por haver-se modificado o estado de fato.

Art. 290. Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.

Parágrafo único. A sentença condenatória será pleiteada por meio de ação adequada à efetivação do direito declarado, sendo, porém, exequível desde logo a condenação nas custas.

⁴¹¹ Art. 6º, § 3º: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Redação dada pela Lei nº 3.238/1957)

⁴¹² Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

pela Lei nº 11.232/05 reforçaram a discussão ao alterarem os efeitos da coisa julgada, criando obstáculo à execução de títulos judiciais, baseados em leis ou atos normativos tidos como inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tido como incompatíveis com a Constituição Federal.

Diversos são os questionamentos advindos dos referidos diplomas normativos, entre outros: a) a vigência das normas sobre os processos pendentes e findos(aspectos inter-temporais); b) a (in)constitucionalidade dos dispositivos em confronto com a garantia constitucional da coisa julgada⁴¹⁵; c) a interpretação e a repercussão das normas em face das execuções de sentença.

Nesse entremado de questões, o exame dos dispositivos normativos em comento parece essencial para se extrair o verdadeiro alcance e sentido da

⁴¹³ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título.

[...]

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

⁴¹⁴ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

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

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

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

§ 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.

(Texto com redação dada pela Lei nº 11.232, de 22/11/2005)

⁴¹⁵ Luiz Guilherme Marinoni *in* **Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>, capturado em 13/05/2006, afirma que: “Têm surgido questionamentos em torno da "relativização da coisa julgada material", ou melhor, da possibilidade de "relativização" da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória. Tal problema, *que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais*, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das **principais questões jurídicas ainda sem solução ideal**. Trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança.” (negritos inexistentes no original).

coisa julgada no direito processual civil brasileiro no momento atual, que tanto debate vem produzindo na doutrina brasileira.

3. A natureza jurídica dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC.

O legislador acabou por ser influenciado pela tendência da doutrina e pelos interesses estatais em introduzir a exceção de inconstitucionalidade à execução de sentença, nos moldes das redações dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º, do CPC.

Pontes de Miranda entende inviável a existência de exceções à sentença transitada em julgado, defendendo, por exemplo, que no caso de sentenças viciadas pela falta e citação(art. 741, I, do CPC), não se trataria, propriamente de sentenças, sendo incabível a rescisão.⁴¹⁶ Deduz-se, portanto, que a ação rescisória é, apenas, reservada aos casos em que a sentença precisa ser rescindida para que seus efeitos sejam obstados(art. 485, CPC).

Em que pese o posicionamento do mestre alagoano, não vislumbro qualquer incompatibilidade lógica em atribuir aos dispositivos normativos em exame a categorização jurídica de exceções à coisa julgada. Deve-se observar que, diferentemente, do art. 741, I, do CPC, a sentença inconstitucional é plenamente executável, a menos que a exceção seja reconhecida.

Saliento que parte da doutrina vem posicionando-se pelo caráter rescisório das invocadas exceções. Nesse sentido, **Lucon** explica que o parágrafo único, do

⁴¹⁶ Miranda, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense. 1974, p. 134. Diz o Autor alagoano: “Contra a sentença que transitou em julgado não cabe exceção(“nulla contra eam exceptio opponi potest”, ATONIO DA GAMA, Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae, d. 110, n. 6). Se nula a sentença, nada se pode pensar quanto à res iudicata, porque está exposta à decretação de nulidade (decisão desconstitutiva), como a sentença inexistente é declarável como tal(“não existe”). SILVESTRE GOMES DE MORAIS (Tractatus de Executionibus, III, 174, frizou que “sententia nulla non est sententia” razão por que, por exemplo, há o art. 741, I, do Código de 1973, segundo o qual os embargos do devedor podem-se fundar na “falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia.” A alegação de ter havido, na sentença do processo de conhecimento, ofensa a coisa julgada, não basta; porque é assunto para a ação rescisória com fundamento no art. 485, IV.”

art. 741, do CPC possui atributo rescisório e constitui um meio de ampliar o prazo de desconstituição da sentença transitada em julgado.⁴¹⁷

Se o dispositivo possuísse atributo rescisório então seria possível rediscutir o mérito da demanda, mas isto não acontece em face dos dispositivos em exame. Já na ação rescisória é previsto no CPC(art. 494) e é pacífico na doutrina a possibilidade de pedidos *rescindens* e *rescissorium*⁴¹⁸, viabilizando a rescisão do título, bem como o rejuízo da causa, respectivamente.

Teresa Wambier⁴¹⁹ entende pela impossibilidade de se atribuir efeitos rescisórios aos dispositivos examinados. Não porque entenda que os dispositivos apenas limitariam a execução de sentença, mas porque compreende que as sentenças inconstitucionais seriam inexistentes, por lhes faltar uma das condições da ação, no caso, a possibilidade jurídica do pedido. A Autora defende que o título poderá ser obstaculizado *ex officio* pelo Juiz ou mesmo por mera alegação da parte, em face de exceção de pré-executividade. Sobre a posição da Autora de que a coisa julgada inconstitucional é inexistente, remete-se o leitor para o Capítulo específico que se examina o assunto.

Na mesma linha, posiciona-se **Dinamarco**:

Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é isso que se dá também com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito jurídico impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.⁴²⁰

⁴¹⁷Lucon, Paulo Henrique dos Santos. **Coisa Julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. Ún.** Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 304.

⁴¹⁸ Nery, Nelson Júnior; Nery Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante.** São Paulo: RT, 2006, p. 678.

⁴¹⁹ Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.

⁴²⁰ Dinamarco, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material.** Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 109, Janeiro-março/2003, p. 26.

Theodoro Júnior e Juliana Faria, diversamente, defendem que a sentença baseada em lei declarada inconstitucional não pode ser objeto de execução, para tanto alegam, em suma, que o título executivo fundado em sentença inconstitucional seria **nulo(embora pelo Autor os efeitos sejam equivalentes à inexistência)** e como tal não seria possível sua execução. É o que se pode extrair do seguinte trecho:

A decisão judicial transitada em julgada desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, no 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 das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para eliminação do vício respectivo. Destarte pode 'a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução'(STJ, REsp 7.556/RO, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439)⁴²¹

Se a sentença fosse impossível, então nem ao menos seria necessário criar a exceção de inconstitucionalidade, ela seria inviável por si só.

Não é o caso, contudo.

Uma sentença cujo conteúdo atente contra a Constituição não é uma sentença juridicamente impossível. A impossibilidade executiva da sentença somente se concretiza quando sua execução viola a ordem social, por razões jurídicas, lógicas ou naturais. A sentença que dissesse, por exemplo, que a escravidão estaria restaurada, sem dúvida, atentaria contra a dignidade da pessoa humana(art. 1º, III, CF), sendo juridicamente inviável ou impossível. De outra parte, uma sentença que condenasse um agricultor a colher safra antes da mesma estar plantada e madura, seria inviável do ponto de vista lógico. De outra parte, uma sentença que determinasse que um defunto deveria erguer-se, seria inviável do ponto de vista natural.

Os exemplos são caricatos, mas elucidativos e não podem ser confundidos com aqueles casos em que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade inviabiliza a possibilidade de execução do julgado.

⁴²¹ Faria; Theodoro. **O Tormentoso Problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado.** Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 127, setembro/2005, P. 172-173.

Numa visão muito mais ampla que a ora exposta é a posição de **Francisco Cavalcanti e Roberta Santos**. Para eles os dispositivos em exame impediriam a execução do título judicial, a qualquer tempo, mesmo no momento da percepção dos valores garantidos judicialmente (No momento de pagamento do precatório).

Tal posição pode-se extrair do seguinte trecho do texto:

O inciso II e o parágrafo único do art. 741, do CPC, com a redação atribuída pela MP nº 2.180-35/2001, e o art. 1º-E, da Lei nº 9.494/97, inserido pela mesma norma do Executivo com força de lei, autorizam o Presidente do Tribunal, responsável pelo pagamento dos precatórios, nos termos do art. 100, da Constituição Federal de 1988, a negar pagamento dos precatórios expedidos em contrariedade ao Texto Constitucional, considerada a declaração ou interpretação atribuída pelo STF.⁴²²

Na visão dos referidos Autores, poder-se-á interpretar que os títulos judiciais pautados em contradição ao texto constitucional são inexecutáveis, aproximando-se da posição lavrada por **José Augusto Delgado** que os considera juridicamente impossíveis.

Inobstante a coerência do raciocínio, pautado na hierarquia do ordenamento jurídico, tal posicionamento me faz refletir sobre diversas situações fáticas que me parecem de difícil solução sistêmica.

Veja-se a hipótese do título executivo ser formado em contradição ao texto constitucional e, antes da percepção de valores fixados na sentença, o STF decide pela inconstitucionalidade das normas que fundamentaram o título judicial. Em seguida, o devedor ingressa com simples petição ao Juiz da execução (ou o Desembargador ordenador do pagamento do precatório) alegando a inconstitucionalidade da norma ou mesmo o Juiz (Desembargador), de ofício, reconhece a inconstitucionalidade e impede o pagamento. Em seguida, o STF muda o entendimento adotado anteriormente e posiciona-se pela constitucionalidade do dispositivo. O credor anima-se para desarquivar o processo e prosseguir na execução indevidamente obstaculizada, no entanto, já ocorrera a prescrição intercorrente (Súmula nº 150 do STF), de modo que a execução se torna inviável.

⁴²² Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti; Santos, Roberta Lúcia Costa Ferreira Dias. **Da Competência dos Presidentes dos Tribunais em Sede de Precatórios Judiciais Fundados em Títulos Inconstitucionais para preservação da Autoridade do STF. A Flexibilidade da Coisa Julgada**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 41, ago-2006. São Paulo, p, 52.

Tal hipótese poderá se tornar ainda mais complexa com nova mudança de posicionamento do STF(pela mudança da composição do Tribunal, p.ex.) ou mesmo com a percepção de valores indevidos, que pode levar a necessidade de repetição de indébito, com conseqüências cada vez mais intrincadas.

Os novos dispositivos examinados, deduzo, fixaram um novo paradigma para a coisa julgada, a qual somente se formaria com a sua conformidade ao texto constitucional, revelado pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao tempo do trânsito em julgado da sentença ou, caso não houver, ainda, posicionamento do STF quando ocorrer o trânsito em julgado, a aplicação dos dispositivos seria possível até o momento da execução.

Por uma questão de segurança jurídica em seu grau mínimo e pela aplicação do princípio da boa-fé parece-me inaceitável que o título executável em conformidade plena ao ordenamento jurídico, ao menos na visão do juízo que examinou a causa, possa ser objeto de repetição de indébito, sob o argumento de que houve enriquecimento ilícito.

4. Alcance objetivo dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC.

Para examinar o alcance objetivo dos dispositivos normativos acima referidos(delimitando os casos que são aplicáveis), é essencial breve exame da evolução cronológica das normas em exame.

A Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, introduziu a exceção de inconstitucionalidade, viável a impedir a execução do julgado. A redação possui o seguinte teor:

Art. 10. O art. 741 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1954, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível, o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal." (NR)

Observa-se, de início, equívoco evidente da MP ao indicar a data de promulgação da Lei nº 8.953 em 13 de dezembro de 1954, quando o correto seria 13 de dezembro de 1994.

A norma concretiza a chamada interpretação autêntica, assim considerada, como ensina **Carlos Maximiliano**, aquela emanada do “próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara.”⁴²³

O título inexigível, previsto no inciso II do art. 741, passa a ser interpretado nos casos em que ele é fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo STF.

Tal interpretação, ao contrário do que se possa parecer, não pode retroagir para alcançar situações pretéritas a sua edição, como nos adverte **Pontes de Miranda**. Diz o Autor alagoano:

Nas democracias, com o princípio da irretroatividade da lei, a interpretação autêntica ou é nova lei, ou não tem outro prestígio que o de seu valor intrínseco, se o tem; é interpretação como qualquer outra, sem qualquer peso a mais que lhe possa vir da procedência: o corpo legislativo somente pode, hoje, fazer lei para o futuro; não para trás, ainda a pretexto de interpretar lei feita.⁴²⁴

O texto da referida norma foi repetido nas MP's nº 1.984, de 1/6/2000 e nº 1.984-19, de 29/6/2000.

A MP nº 1.984-20, de 28 de julho de 2000, alterou a redação da MP 1.984-19, com uma redação mais ampla e mais cuidadosa:

Art. 10. O art. 741 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

"Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, **considera-se também inexigível** o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal **ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.**" (negritos nossos)

Muito embora o texto anterior já trouxesse a chamada interpretação autêntica, para espancar dúvidas, o redator da MP foi mais claro e substituiu a

⁴²³ Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 87.

⁴²⁴ Miranda, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 1. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 17.

expressão “é também inexigíveis”(sic), por “considera-se também inexigível”. Deixa claro, portanto, que a hipótese decorre de **interpretação** da lei – ao menos foi a clara intenção - e não foi, propriamente, **acrescentada** pelo parágrafo único do art. 741, do CPC.

O novo texto fez mudança de estilo, deixando bem mais clara a redação do referido parágrafo único, do art. 741, do CPC, bem como retira equívocos lingüísticos.

O texto foi repetido, integralmente, nas MP's nºs: 1.984-21, de 28 de agosto de 2000, 1984-22, 27 de setembro de 2000, 1.984-23, de 26 de outubro de 2000, 1.984-24, de 23 de novembro de 2000, 1.984-25, de 21 de dezembro de 2000, 2.102-26, de 27 de dezembro de 2000, 2.102-27, de 26 de janeiro de 2001, 2.102-28, de 23 de fevereiro de 2001, 2.102-29, de 27 de março de 2001, 2.102-30, de 26 de abril de 2001, 2.102-31, de 24 de maio de 2001, 2.102-32, de 21 de junho de 2001, 2.180-33, de 28 de junho de 2001, 2.180-34, de 27 de julho de 2001, 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

A redação anterior ainda possibilitava uma dúvida: seria possível que outros julgadores, diversos dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, poderiam interpretar que a sentença transitada em julgado estaria resultando em “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”, e, por consequência, aplicar o art. 741, parágrafo único, do CPC? **Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro de Faria** entendem(iam) que era possível.⁴²⁵ Disseram os Autores, ao tempo de vigência da referida norma: “No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional...”⁴²⁶

A Lei nº 11.232, de 22.12.2005, alterou a redação do art. 741, parágrafo único, e escoimou tal dúvida. Eis o seu teor:

⁴²⁵ Em sentido diverso, certamente sem a atualização devida, pela Lei nº 11. 232/05, Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 408: “Também pode ser alegado em impugnação ou embargos à execução que a sentença exequenda baseou-se em certo texto legal interpretado ou aplicado de um modo tal a respeito do qual o STF já se tenha manifestado, considerando-o como sendo inconstitucional. É este o sentido do dispositivo comentado, embora, a um intérprete mais apressado, possa parecer que, como a lei usa a expressão “tidas por incompatíveis com a Constituição” sem se referir ao órgão de que deveria ter emanado tal juízo, seria dispensável o pronunciamento do STF.”

⁴²⁶ Faria; Theodoro. **O Tormentoso Problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 127, setembro/2005, p. 28.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título.

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas **pelo Supremo Tribunal Federal** como incompatíveis com a Constituição Federal. (negritos nossos).⁴²⁷

Firmado o teor do texto legal pode-se, extrair que a Lei prevê a aplicação da exceção de inconstitucionalidade, **desde que o título judicial confronte-se com o entendimento do STF**, por se encontrar “fundado”, nas seguintes hipóteses:

1) Decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (com redução de texto) de lei ou ato normativo.

2) Decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nas aplicações (situações) definidas pela Corte Maior (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto).

3) Decisão do STF que declare que a lei somente é válida desde que seja interpretada em tal sentido (interpretação conforme a constituição).

Zawascki alerta que os dispositivos normativos não se aplicam a todos os casos em que os títulos judiciais colidem com o texto constitucional, mas, tão-só, aos casos em que a própria lei assim dispõe. Diz o Autor:

A sentença é inconstitucional não apenas a) quando aplica norma inconstitucional (ou com sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), **mas também quando, por exemplo**, b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou c) aplica dispositivo da Constituição considerado não auto-aplicável, ou d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante.⁴²⁸ (negritos inexistentes no original)

⁴²⁷ Tal redação é integralmente repetida no art. 475-L, § 1º, do CPC.

⁴²⁸ Zavascki, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 332.

O Autor tem razão, em boa parte de sua assertiva. O legislador excepciona os casos em que os títulos não serão executados, mesmo cobertos pelo manto da coisa julgada, não se podendo ampliar a regra restritiva.

Entendo, no entanto, que a aplicação de dispositivo constitucional não auto-aplicável, **após ter sido assim declarado pelo STF**, se amolda à previsão legal [Decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nas aplicações (situações) definidas pela Corte Maior (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto)], de modo que, se a Constituição Federal é aplicada sem ser auto-aplicável, então o título daí formado poderá ser obstaculizado pela via dos embargos ou da impugnação, nos termos dos dispositivos em exame, o que for o caso.

5. Aspecto temporal de aplicação dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC.

Quanto ao aspecto temporal de aplicação dos mencionados dispositivos examinados. Vejamos as diversas hipóteses possíveis: a) A sentença transita em julgado em data anterior à decisão do STF; b) a sentença transitada em julgado em data posterior à decisão do STF; c) a sentença transitou em julgado antes da vigência das normas que modificaram o art. 741, parágrafo único, do CPC e a introdução do art. 475-L, § 1º, do CPC; d) a sentença transitou em julgado após a vigência das normas que modificaram o art. 741, parágrafo único, do CPC e a introdução do art. 475-L, § 1º, do CPC.

De início, cabe-me destacar a diferença de tratamento entre as hipóteses: “a”, “b” e “c”, “d”. Nas hipóteses “a”, “b” **Zavascki** entende não ser relevante, para fins de aplicação das normas, “a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado.”⁴²⁹

Para interpretar tal posicionamento tem-se que entender o verdadeiro papel da novidade legislativa. A lei não alterou o conceito de coisa julgada, mas criou exceção executiva que ataca o próprio título judicial, impedindo que ele possa ser executado, acaso seja reconhecida judicialmente tal condição.

⁴²⁹ Zavascki, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 336

Dessa forma, a execução de sentenças passa a ser condicionada(ou ao menos factível de obstaculização) à conformidade do texto constitucional, independentemente da sentença ter sido proferida antes ou depois do precedente do STF. A coisa julgada permanece hígida em casos tais, inobstante não seja executável.

Nessa linha, **Araken de Assis** (citando Rosenber-Gaul-Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 40, XIII, 1, p. 648) nos traz a legislação processual alemã, de toda aplicável ao caso brasileiro. Diz o Autor:

...o § 79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (unzulässig) sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado (Vollstreckungsgeeklage) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado.⁴³⁰

Anotando, também, tal inspiração do redator da “inovação” **Greco** registra que a importação se deu parcialmente, deixando de trazer algumas garantias que a sistemática possui no direito original.

Diz Greco:

Nela se nota a clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.⁴³¹

⁴³⁰ Assis, Araken. **Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 45.

⁴³¹ Greco, Leonardo. **Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior**. Zavascki, Teori Albino. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 230.

É crucial advertir que a coisa julgada, ao contrário do que possa parecer, não garante a execução da sentença(efeitos). Os efeitos do título executivo dependem de condições legais, fáticas e lógicas, sem as quais não se pode atingir a almejada execução. A constitucionalidade do título judicial, nos termos dos dispositivos em exame, é uma condição jurídica de exeqüibilidade.

Analisando as referidas normas o STJ firmou o posicionamento de que somente as sentenças transitadas em julgado ao tempo da vigência da MP nº 2.180-35, de 24.8.2001, poderiam ser obstaculizadas pelas chamadas exceções de inconstitucionalidade.

Eis o entendimento da 1ª Turma do STJ:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. AUSÊNCIA NOS AUTOS DE ACÓRDÃO QUE APRECIOU CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INDEFERIMENTO DA INICIAL. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA 343-STF. INAPLICABILIDADE.INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA.

1 - A juntada do acórdão que proclamou, *incidenter tantum*, inconstitucionalidade de lei só é necessária para possibilitar julgamento do extraordinário, não constituindo solenidade essencial ao ajuizamento da ação rescisória.

2 - A ação rescisória (art. 485, V, CPC) é via adequada para desconstituir decisão trântita em julgado que, em desacordo com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna.

3 - A coisa julgada em matéria tributária não produz efeitos além dos princípios pétéros postos na Carta Magna, a destacar o da isonomia.

4 - O controle da constitucionalidade das leis, de forma cogente e imperativa, em nosso ordenamento jurídico, é feito, de modo absoluto, pelo Colendo Supremo Tribunal.

5 - Agravo regimental improvido.

STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 202290, Processo: 199800645586 – MG, órgão julgador: 1ª Turma, data da decisão: 18/02/1999, fonte DJ, data:26/04/1999, pág. 67, Relator José Delgado. (sem grifos no original).⁴³²

A 2ª Turma do STJ, também se posicionou em termos semelhantes:

REsp 809127 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2006/0004852-7

⁴³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 202290, PROCESSO: 199800645586 – MG, ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA, DATA DA DECISÃO: 18/02/1999, FONTE DJ, DATA:26/04/1999, PÁG. 67, RELATOR JOSÉ DELGADO. DISPONÍVEL: www.stj.gov.br. ACESSO: 5/10/2007.

Relator(a): Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 07/03/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 15.05.2006 p. 192

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. INEXIGIBILIDADE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO. AÇÕES INSTAURADAS APÓS A VIGÊNCIA DO ART. 29-C DA LEI 8036/90, INTRODUZIDO PELA MP 2164-40. MULTA. EXISTÊNCIA DE ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA.- Inexiste violação ao parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela MP 2.180-35/01, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou indevidas as diferenças de correção monetária dos saldos do FGTS nos meses de junho/87, maio/90 e fevereiro/91 (RE 226.855/RS) encontra óbice para a sua retroação na sentença transitada em julgado, momento em que o título executivo judicial tornou-se inexigível, não podendo ser modificada a matéria decidida no processo de conhecimento (artigos 5º, XXXVI da CF/88 e 610 do CPC).

- Esta Corte pacificou o entendimento quanto à incidência do art. 29-c da Lei 8.036/90, introduzido pela MP 2.164-40/2001, que isenta a CEF do pagamento de honorários advocatícios nas ações relativas à correção monetária dos depósitos do FGTS. Ressalva do ponto de vista do relator.

- A referida norma só poderá ser aplicada às ações ajuizadas após a sua edição - 27/07/2001 -, devendo o mesmo procedimento ser observado na fase de execução, por se tratar de ação autônoma. - Quanto à imposição de multa à CEF com base no art. 600, II, do CPC, inexistente ato atentatório à dignidade da justiça, uma vez que a empresa pública utilizou-se de recurso previsto legalmente (embargos à execução). Multa relevada. - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha. (sem grifos no original).⁴³³

A 5ª Turma do STJ, também, entendeu a compatibilidade dos dispositivos com o ordenamento jurídico, bem como o mesmo posicionamento quanto a eficácia temporal:

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: EARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 674120
Processo: 200401094591 UF: RS Órgão Julgador: QUINTA TURMA
Data da decisão: 08/11/2005 Documento: STJ000658056 Fonte: DJ
DATA:12/12/2005 PÁGINA:413 Relator(a): FELIX FISCHER

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADA NA

⁴³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: EARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 674120
Processo: 200401094591 UF: RS Órgão Julgador: QUINTA TURMA
Data da decisão: 08/11/2005 Documento: STJ000658056 Fonte: DJ DATA:12/12/2005 PÁGINA:413 Relator(a): FELIX FISCHER DISPONÍVEL: www.stj.gov.br. ACESSO: 5/10/2007.

VIGÊNCIA DA MP 2.180-35/01. TÍTULO INEXÍGIVEL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. I – Constatado o vício na decisão embargada, cumpre acolher os embargos, com efeitos modificativos, para sanar tal defeito. II – O preceito contido no art. 741 do Código de Processo Civil, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 é norma de natureza processual e tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso. In casu, verifica-se que a r. sentença exequênda transitou em julgado na vigência do instrumento normativo em referência, razão pela qual deve este ser aplicado no que tange à inconstitucionalidade do título sub examen. III - A Súmula nº 98/STJ admite os embargos declaratórios com o fim de prequestionamento; porém, não se pode exigir desta Corte manifestação explícita de matéria constitucional, sob pena de invasão da competência do colendo Supremo Tribunal Federal. Embargos acolhidos para, modificando-se o resultado do julgamento, dar provimento ao recurso especial autárquico.
Data Publicação 12/12/2005⁴³⁴

A 6ª Turma do STJ, por sua vez, adotou o mesmo posicionamento exarado nas 1ª, 2ª e 5ª Turmas:

AgRg no REsp 795687 / SE ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0184993-3 **Relator(a):** Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) **Órgão Julgador:** T6 - SEXTA TURMA **Data do Julgamento:** 16/05/2006 **Data da Publicação/Fonte:** DJ 14.08.2006 p. 349 **Ementa:** AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. REAJUSTE DE 26,05%. INCORPORAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LIMITAÇÃO TEMPORAL. DATA-BASE. IMPROCEDÊNCIA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ACRESCENTADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. INAPLICABILIDADE. 1. Fundada a decisão que negou seguimento ao recurso especial no enunciado nº 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, imperioso faz-se o não conhecimento do agravo regimental em que o agravante renova o vício que comprometia o recurso especial, não impugnando as razões da decisão agravada. 2. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada." (Súmula do STJ, Enunciado nº 182). 3. Não tendo a sentença exequênda determinado a observância da data-base da categoria para a apuração do montante a ser ressarcido a título de percentual de reajuste de 26,05%, não pode tal limitação ser discutida em sede de embargos de declaração, sob pena de violação da **coisa julgada**. 4. **Esta Corte Superior de Justiça tem firme jurisprudência no sentido de que a norma do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, somente tem incidência quando a decisão embargada transitou em julgado após a vigência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.** 5. Agravo regimental não conhecido. **Acórdão:** Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros

⁴³⁴ STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EAESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 674120
Processo: 200401094591 UF: RS Órgão Julgador: QUINTA TURMA
Data da decisão: 08/11/2005 Documento: STJ000658056 Fonte: DJ DATA:12/12/2005 PÁGINA:413 Relator(a): FELIXFISCHER. DISPONÍVEL: <http://www.stj.gov.br> Acesso: 25/10/2007.

Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti. (sem grifos no original).⁴³⁵

As Turmas em tela representam a posição integral do STJ, considerando que a 3ª e 4ª Turmas, da 6(seis) Turmas do Tribunal, são dedicadas à material processual-penal.

De igual forma ao dispositivo acima mencionado, aplica-se a mesma posição ao art. 475-L, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, somente vigente 6(seis) após sua publicação.

A posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ encontra-se apoiada em claro equívoco ao indicar a data da vigência da Medida Provisória n 2.180-35, de 24.8.2001, como marco temporal de eficácia dos referidos dispositivos. Como acima abordado, desde a vigência da Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, já se constatava a plena eficácia do parágrafo único, do art. 741, do CPC.

Em verdade, o STJ tomou uma posição de política judiciária, ao que tudo indica para facilitar a análise das questões que lhe são encaminhadas, no entanto, tal posicionamento, não inibe que as partes interessadas possam suscitar, com êxito, a eficácia da Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, bem como as diversas que a reeditaram e a alteraram.

Quanto a aplicação das normas em exame em sentenças transitadas em julgado antes de sua edição(casos “c” e “d”, supra indicados). Nessa hipótese, vários entre os chamados “relativistas”, entendem não ser possível tal retroação. Nesse sentido, bastante representativos dessa linha de pensamento são **Teori Zavascki**⁴³⁶ e **Paulo Roberto Lima**⁴³⁷.

⁴³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRG NO RESP 795687 / SE ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0184993-3 RELATOR(A): MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (1112) ÓRGÃO JULGADOR: T6 - SEXTA TURMA DATA DO JULGAMENTO: 16/05/2006 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 14.08.2006 P. 349. DISPONÍVEL: HTTP: WWW. STJ.GOV.BR. ACESSO EM: 25/10/2007.

⁴³⁶ Zavascki, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 338: “O parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 e o art. 475-N(sic) pela Lei 11.232/05. Sendo normas de natureza processual têm aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não podem ser aplicadas retroativamente. Como todas as normas infraconstitucionais, também elas estão sujeitas à cláusula do art. 5º, XXXVI da Constituição, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido

Acaso as novas normas pudessem atingir as sentenças transitadas em julgado antes de sua edição, então estar-se-ia aplicando a norma com efeitos retroativos, com nítidos efeitos no direito material, o que representaria violação ao núcleo essencial da garantia constitucional da coisa julgada e aplicação inconstitucional da norma examinada.

6. Exame sobre a Constitucionalidade dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC.

Quanto à constitucionalidade das normas em exame, de logo, observo haver vivo debate doutrinário sobre o tema. Embora a maioria dos processualistas tenha se posicionado favoravelmente ou contra os novéis dispositivos legais, poucos são aqueles que se posicionam diretamente sobre a constitucionalidade ou não das referidas normas.

Dos que se posicionam sobre o tema, alguns consideram inconstitucionais os novos dispositivos, bem como outros defendem a plena constitucionalidade, com os mais diversos argumentos.

Vejamos as posições mais representativas a respeito, iniciando-se pelos que defendem a constitucionalidade da inovação examinada :

Zawascki defende a constitucionalidade do dispositivo afirmando:

A constitucionalidade de norma inserta no parágrafo único do art, 741 do CPC e no §1º do art. 475-L do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V).

em data anterior à sua vigência. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada.”

⁴³⁷Lima, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86: “De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses onde se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigorante ao tempo em que o trânsito em julgado se deu.”

Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução.⁴³⁸

Não se pode confundir a impugnação de inconstitucionalidade, disposta nos dispositivos recém ingressos no ordenamento jurídico, com a finalidade da ação rescisória. As hipóteses não se confundem. Na ação rescisória reabre-se a discussão da causa, na impugnação de inconstitucionalidade, a questão, tão-somente, é tomada com fins de impedir a execução. Dessa forma, não verifico como atribuir identidade de tratamento em situações que são ontologicamente diversas.

Francisco Cavalcanti, não apenas defende a constitucionalidade dos dispositivos em exame, como também entende que eles podem ser invocados de ofício pelo juiz da execução.

Afirma o Autor em fortes tintas:

Entendo que a contrariedade à norma constitucional se enquadra na categoria de matéria de ordem pública, de modo que deva ser conhecida de ofício pelo Magistrado, em qualquer momento ou grau de jurisdição ou atuação, sob pena de desintegração do ordenamento jurídico, do qual se exige unidade e coerência.⁴³⁹

De fato, se a questão constitucional não possui a natureza de ordem pública, então será muito difícil realizar tal enquadramento. A interpretação fornece, a meu sentir, a mais ampla eficácia ao dispositivo em exame.

Alexandre Freitas Câmara, apoiando-se em **Humberto Theodoro Júnior** e **Juliana Cordeiro de Faria**, entende que a sentença julgada inconstitucional é nula e, dessa forma, não seria exigível, anotando não haver qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos examinados. Tal posição se reforça ao afirmar, agora

⁴³⁸ Zavascki, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 331.

⁴³⁹ Cavalcanti, Francisco. **Decisão lançada nos autos do Precatório nº 35.806-CE**. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nº 64, p. 13-81 Recife, abril/junho/2006.

invocando **Daniel Sarmiento**, que as normas em exame decorrem dos efeitos *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁴⁰

A posição, sem dúvida, é interessante, no entanto, atribui ao julgado do STF uma força maior do que a lei ou mesmo uma emenda constitucional, uma vez que as normas não podem retroagir para alcançar decisões judiciais transitadas em julgado, nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF.

Paulo Roberto Lima, em artigo escrito antes da vigência da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, ao tratar do alargamento da coisa julgada, nos seus aspectos objetivos e subjetivos, entendia que a coisa julgada possuía natureza infraconstitucional, de modo que “eventual alteração nos limites originalmente definidos pelo CPC não desafia mudanças na Carta Política.”⁴⁴¹ Da mesma forma **Theodoro e Faria** defendem a “intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional...”⁴⁴²

A coisa julgada possui natureza de direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF), embora admita a possibilidade de sua colmatação pela legislação ordinária, desde que tal preenchimento não implique em descaracterizar o Instituto.

Não se amolda ao ordenamento jurídico em vigor, as normas que simplesmente venham permitir, indiscriminadamente, a revisão de sentenças judiciais, tão-só, por um critério subjetivo de justiça, como ocorreu no direito nazista, já abordado neste trabalho.

De qualquer forma, embora entenda a possibilidade de opor obstáculos à execução de sentenças, em hipóteses como a introduzidas pelos dispositivos examinados, pensa-se que tais inovações não podem estar desapegadas dos limites constitucionais, no ponto dissentindo dos Autores acima indicados.

⁴⁴⁰ Câmara, Alexandre Freitas. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 26.

⁴⁴¹ Lima, Paulo Roberto de Oliveira. **Alargamento da extensão da coisa julgada – alcance objetivo e subjetivo**. Revista do Conselho Estudos Judiciários. Brasília. nº 13, jan/abr/2001, p. 74.

⁴⁴² Theodoro Júnior, Humberto; Faria, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 168.

Defendendo a **inconstitucionalidade das inovações**, invoca-se o posicionamento de **Greco**, ao invocar o princípio da segurança jurídica e a própria garantia constitucional outorgada à coisa julgada. Diz o Autor:

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração *erga omnes* pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC.⁴⁴³

O Autor encontra-se aferrado às tradicionais limitações interpretativas do Instituto. A coisa julgada representa uma situação de equilíbrio entre a segurança jurídica e o direito a uma prestação jurisdicional justa. É um marco entre os dois extremos. Contrariamente ao que defende o Autor, os dispositivos ora examinados não violam o texto constitucional ou mesmo enfraquecem-no. O que os novéis dispositivos trazem é uma renovação do alcance eficaz da coisa julgada, adaptando-o ao princípio da hierarquia das leis, cujo ápice é o texto constitucional.

É intuitivo que as decisões judiciais devem ser produzidas de acordo com o ordenamento jurídico, no entanto, qual a consequência legal que haverá da formação da coisa julgada em circunstâncias de infração à Constituição, até a introdução do parágrafo único, do art. 741, do CPC? Não havia nenhuma. O legislador, simplesmente, tratava com igualdade todos títulos judiciais produzidos formalmente, quer constitucionais ou inconstitucionais. Atualmente tal lacuna foi preenchida, ao menos parcialmente. Os diplomas preencheram uma necessidade lógica do ordenamento jurídico, aproximando-se apropriadamente de uma visão sistêmica de direito.

Leite defende a inconstitucionalidade dos dispositivos em exame, denominando as alterações como uma “aberração”, bem como afirma que:

⁴⁴³ Greco, Leonardo. **Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior**. Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico. Coord. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 230.

O Contraste entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal, via declaração de inexigibilidade, por intermédio da redação pródiga da norma processual, acarreta atentado à isonomia, ampla defesa e contraditório e conseqüentemente, ao direito à prova.⁴⁴⁴

Não há como concordar com a referida Autora. Em princípio, não verifico qualquer violação ao princípio ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que os dispositivos não possibilitam a revisão da prova, o que ocorreria se fosse a hipótese de ação rescisória. Os dispositivos impugnados restringem-se à mera exceção à execução, de modo que não se reexaminará a demanda, mas tão-só a compatibilidade do aspecto objetivo do caso, com a previsão legal.

Outros autores, também, se posicionam pela inconstitucionalidade dos dispositivos em exame, como **Marinoni**⁴⁴⁵ e **Leal**⁴⁴⁶.

O Conselho Federal da OAB ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando tal dispositivo, que tomou o nº 2.418-3, no entanto, até o momento, desde 8/10/2004, a ação encontra-se conclusa ao Relator(Ministro César Peluso).

A falta de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em nada altera a eficácia dos dispositivos em exame. Parece-me que nossa Corta Maior, ante o grande volume de posicionamentos diversos, adotou a técnica, prudente, de aguardar o “amadurecimento” da doutrina.

7. A inovação dos dispositivos em exame

O que mudou com a vigência do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 e o art. 475-L §1º do CPC(introduzido pela Lei nº 11.232/05)?

⁴⁴⁴ Góes, Gisele Santos Fernandes. A “**Relativização**” da coisa julgada: exame crítico(exposição de um ponto de vista contrário). Revista de Processo nº 135. São Paulo: RT, nº 135, p. 258-259.

⁴⁴⁵ Marinoni, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 13 de maio de 2006.

⁴⁴⁶ Leal, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 21.

Afigura claro, que o conceito eficaz de coisa julgada(no plano da eficácia) no direito brasileiro restou modificado pela vigência dos dispositivos normativos invocados. A idéia de que o título judicial possui eficácia executiva, independentemente das decisões de nossa mais elevada Corte, já comporta exceções. A idéia, esdrúxula para alguns, representa mera adaptação do nosso ordenamento ao postulado que as normas constitucionais devem nortear todo o ordenamento jurídico, como **Kelsen**, há muito já havia apregoado⁴⁴⁷, inobstante tenha minhas restrições examinadas no Capítulo específico sobre a existência da sentença inconstitucional.

Deve-se advertir que as novas normas em exame não invalidam as execuções que ocorreram(ou venham a ocorrer) em títulos executivos considerados inconstitucionais. Tais títulos, acaso tenham sido pagos, mas não tenham sido utilizados os meios impeditivos de execução(embargos ou impugnação) não dão ensejo a repetir os valores adimplidos. É que não se podem esquecer que as normas não podem ter eficácia retroativa para atingir situações consolidadas, sob pena de perdermos os parâmetros mínimos do Estado de Direito, entre outros, a segurança jurídica.

As novas normas são apenas mecanismos de obstaculizar a execução, impedindo que a ela se concretize, mas não torna o título judicial incobrável. A exceção de coisa julgada passa a valer como meio de impedir a execução, mas as questões examinadas encontram-se cobertas pelo manto da coisa julgada.

Admito que tal posição permite que inúmeros títulos judiciais claramente inconstitucionais sejam exigidos pelo Poder Judiciário, quando não contemplados nos paradigmas defendidos durante este escrito e nas hipóteses previstas na legislação em vigor. Penso que é o preço que temos a pagar pela manutenção da estabilidade jurídica.

8. Conclusões do Capítulo

1. A Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, introduziu a exceção de inconstitucionalidade, prevista no art. 741, parágrafo único, de modo a obstaculizar a execução do julgado.

⁴⁴⁷ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 310

2. A impossibilidade executiva da sentença somente se concretiza quando sua execução viola a ordem social, por razões jurídicas, lógicas ou naturais.

3. Os dispositivos normativos em exame prevêm a aplicação da exceção de inconstitucionalidade, desde que o título judicial confronte-se com o entendimento do STF, por se encontrar “fundado”, nas seguintes hipóteses: a) Decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (com redução de texto) de lei ou ato normativo; b) decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nas aplicações (situações) definidas pela Corte Maior (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto). c) decisão do STF que declare que a lei somente é válida desde que seja interpretada em tal sentido (interpretação conforme a constituição).

4. Se a Constituição Federal é aplicada sem ser auto-aplicável, então o título daí formado poderá ser obstaculizado pela via dos embargos ou da impugnação, nos termos dos dispositivos em exame.

5. A coisa julgada, ao contrário do que possa parecer, não garante a execução da sentença (efeitos). Os efeitos do título executivo dependem de condições legais, fáticas e lógicas, sem as quais não se pode atingir a almejada execução. A constitucionalidade do título judicial, nos termos dos dispositivos em exame, é uma condição jurídica de exequibilidade.

6. A jurisprudência do STJ, da 1ª, 2ª, 5ª e 6ª Turmas, é favorável à constitucionalidade do parágrafo único, do art. 741 e do art. 475-L, §1º, do CPC, muito embora apoiada em claro equívoco ao indicar a data da vigência da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, como marco temporal de eficácia dos referidos dispositivos., pois desde a vigência da Medida Provisória n.º 1.984-17, de 4 de maio de 2000, já se constatava a plena eficácia do parágrafo único, do art. 741, do CPC.

7. Embora a coisa julgada possua natureza de direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF), admite-se a possibilidade de sua colmatação pela legislação ordinária, desde que tal preenchimento não implique em descaracterização do Instituto.

8. Não se amolda ao ordenamento jurídico em vigor, as normas que simplesmente venham permitir, indiscriminadamente, a revisão de sentenças judiciais, tão-só, por um critério subjetivo de justiça, como ocorreu no direito nazista já abordado neste trabalho.

9. Os dispositivos do arts. 741, parágrafo único e 475-L §1º, ambos do CPC, não são inconstitucionais, mas podem vir a ser aplicados inconstitucionalmente, quando atingirem sentenças transitadas em julgado, antes da edição das normas que introduziram a inovação legislativa.

10. O conceito de coisa julgada(no plano da eficácia) no direito brasileiro restou modificado pela vigência dos dispositivos normativos invocados. A idéia de que o título judicial possui eficácia executiva, independentemente das decisões de nossa mais elevada Corte, já comporta exceções.

CAPÍTULO VII – A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A COISA JULGADA NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO.

1. Justificativa do Capítulo

Inobstante o forte lastro doutrinário da coisa julgada, qualquer exame mais aprofundado sobre o Instituto não pode dispensar da relevante contribuição jurisprudencial. A jurisprudência tem tido um papel extremamente relevante na evolução da matéria, quer para cancelar as mutações normativas, quer para repugná-las.

No campo doutrinário seu papel, igualmente, é fundamental. A grande produção acadêmica no direito brasileiro, em especial sobre os temas da coisa julgada, vem gerando inúmeros trabalhos que, intrinsecamente, tem a pretensão de interferir na atuação da jurisprudência e/ou legislativa. Poucos são os textos que conseguem, de fato, ser interferentes nas referidas esferas estatais. A doutrina sólida e inovadora, mais cedo ou mais tarde, acaba sendo aceita, em certa medida, pela jurisprudência, fornecendo-lhe um “selo de judicialidade.”⁴⁴⁸

Os tribunais são, portanto, “caixas de ressonância” da doutrina, mas a este papel não se limitam, pois inequivocamente, além de decidirem sobre as questões postas a julgamento, em muitos casos as decisões judiciais não apenas interferem na mutação doutrinária, então corrente, como, muitas vezes, criam doutrina inteiramente nova.

Sobre o tema da coisa julgada alguns julgados têm sido inovadores sobre a matéria, os quais, de fato, pode-se dizer que apresentam uma verdadeira contribuição para a evolução do Instituto. Alguns julgados, embora reformados por decisões superiores ou pelos próprios pares dos Tribunais correspondentes, não deixam de ser importantes para a compreensão do Instituto atual ou, ainda melhor, contribuição para a evolução do Instituto como ele poderá vir a ser.

⁴⁴⁸ Fazendo justiça ao trabalho desenvolvido já há bastante tempo pelo Professor Ivo Dantas, registra-se posição já há muito defendida pelo referido jurista, quanto a aplicação simétrica dos princípios constitucionais regentes da administração pública à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Dantas, Ivo; Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. Teoria da Inconstitucionalidade – Norma Constitucional Inconstitucional – Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: LTR, 2007)

Uma das decisões mais representativas em tal sentido foi exarada pelo então Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Desembargador Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, que em diversos processos administrativos versando sobre o pagamento de precatórios judiciais de títulos julgados em contrariedade ao texto constitucional. Numa posição inovadora, o Magistrado e Professor da UFPE posicionou-se pela impossibilidade de efetuar o pagamento de títulos judiciais em contrariedade ao texto constitucional, mesmo quando não requerido pelas partes e indiretamente chancelou a possibilidade do administrador público - como era sua posição quando indeferiu o pagamento do precatório nº 35.806-CE - ,⁴⁴⁹ também deixar de cumprir a sentença inconstitucional.

Em que pese a inovação apresentada, guarda-se reservas em geral para o posicionamento apresentado, como apresentado durante a exposição da presente Dissertação e, em especial, para os casos em que o administrador público pode deixar de aplicar a sentença fundada em norma inconstitucional.

Pois se ao administrador público pudesse ser outorgado o direito de não dar cumprir a sentença inconstitucional, então estar-se-ia criando um ambiente de forte incerteza jurídica. De outro lado, se encontra ao largo da competência do administrador público apreciar, juridicamente, se a sentença, seja qual for a natureza, é constitucional ou inconstitucional, mesmo na hipótese de estar devidamente lastreado em precedente do Supremo Tribunal Federal. O administrador deve cumprir o julgado, deixando para a defesa judicial do ente público que ele administra, as eventuais medidas judiciais que entender cabíveis.

Desse modo, o estudo das decisões judiciais sobre o tema da coisa julgada, em especial para os casos da coisa julgada inconstitucional mostra-se como consequência natural da Dissertação apresentada, onde algumas das posições defendidas durante o texto terão a oportunidade de ser examinadas em confronto com a concretude dos casos práticos.

Por uma questão de coerência metodológica, atentando-se para os limites do tema escolhido, os casos examinados versam sobre arestos que examinam questões sobre a coisa julgada em matéria de direito administrativo, direito previdenciário, direito tributário.

⁴⁴⁹ Decisão exarada no PRECATÓRIO Nº 35.806-CE. REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. N. 64. abr.-jun. 2006, p. 13-81.

2. Direito Tributário

a) Coisa julgada e exercício fiscal

No direito tributário uma das questões relevantes sobre a coisa julgada refere-se a perenidade de seus efeitos da coisa julgada quando o título judicial é produzido em dado exercício fiscal. A doutrina majoritária defende que o título judicial somente se presta àquele exercício financeiro não podendo aplicar-se para os exercícios financeiros seguintes, quando não houver julgamento do próprio tributo.

Sobre o tema não se pode deixar de referenciar uma obra clássica de autoria de **Isaac Pereira da Silva**, “Coisa Julgada Tributária”⁴⁵⁰, na qual esmiúça, as diversas razões constitucionais e tributárias para que a coisa julgada tributária se limite a apenas um exercício financeiro, notadamente, a autonomia constitucional dos exercícios financeiros.

Tal doutrina, em muito contribuiu para a pacificação da posição adotada pela jurisprudência dominante dos tribunais superiores, com se observa pelo seguinte julgado, o qual bem distingue o caso em que o julgado fica restrito a um exercício financeiro e quando possui eficácia ultra-anual. Eis o precedente:

REsp 576926 / PE
RECURSO ESPECIAL
2003/0131274-5
Relator(a): Ministra DENISE ARRUDA (1126)
Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento: 16/03/2006
Data da Publicação/Fonte: DJ 30.06.2006 p. 166
Ementa: RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA TRIBUTÁRIA. NÃO-OCORRÊNCIA. PEDIDO FORMULADO NA INICIAL LIMITADO A DETERMINADO EXERCÍCIO. PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO DE EXERCÍCIO FINANCEIRO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 239/STF. RECURSO PROVIDO.
1. A coisa julgada tributária deve ser determinada em função das partes, da causa de pedir e do pedido formulado na inicial. Este último, por sua vez, pode estar delimitado a uma cobrança, num dado exercício financeiro, ou estar relacionado ao tributo, em si mesmo.
2. No primeiro caso, em que o pedido diz respeito a um débito situado em exercício certo, deve ser aplicado o teor da Súmula 239/STF: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores."
3. No segundo caso, não se referindo o pedido a exercício financeiro específico, mas ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação, ou de

⁴⁵⁰ Silva, Isaac Pereira da. Coisa Julgada Tributária. Recife: UFPE, 1970.

sua imunidade ou isenção, por exemplo, deve ser afastada a restrição inserida na mencionada súmula. Isso porque, nessa hipótese, há uma abrangência no pedido e, portanto, sendo esse julgado procedente, a coisa julgada terá efeitos mais amplos, ou seja, abarcará as situações jurídicas posteriores, não se restringindo a exercício financeiro específico.

4. Assim, deve-se ter em conta que a coisa julgada somente protege o que foi objeto do pedido e, por conseguinte, da decisão, de maneira que, se o pedido foi abrangente, a decisão também o será, não se aplicando a Súmula 239/STF, na medida em que a coisa julgada terá maior amplitude; se o pedido restringir-se a determinado exercício, então a decisão estará limitada a esse, incidindo o enunciado da súmula em apreço.

5. Essa mesma interpretação deve ser dada, em se tratando de ação mandamental. Assim, se o ato ilegal ou abusivo é declarado indevido, de forma genérica, em relação às situações jurídicas a ele ligadas como um todo, a coisa julgada projetar-se-á a exercícios financeiros futuros, até que haja alguma alteração no estado de fato e/ou de direito da decisão. No entanto, se o ato ilegal ou abusivo lastreia-se em exercício financeiro específico, a decisão fará coisa julgada somente em relação a este.

6. No caso dos autos, o pedido constante do writ, assim como a parte dispositiva da decisão transitada em julgado, têm natureza restrita, na medida em que estão vinculados a exercício financeiro específico.

Desse modo, não se operou a coisa julgada em relação aos exercícios financeiros seguintes, sendo plenamente aplicável a Súmula 239/STF.

7. Recurso especial provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão (voto-vista), Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.⁴⁵¹

Como se observa não é todo julgado que tem seus efeitos restritos ao exercício anual, mas somente aqueles em que o julgado, por suas peculiaridades, só pode ser aplicado àquele exercício. Se a decisão judicial tem efeitos mais amplos abarcando a própria constitucionalidade ou legalidade do tributo e seus elementos, não se restringindo a elementos específicos para dado ano financeiro, então aplicar-se-á a eficácia plena da coisa julgada.

b) Cabimento de Ação Rescisória em face de mudança de posicionamento da jurisprudência.

Uma outra questão de relevância na prática forense, refere-se ao caso em que o Tribunal Regional Federal se posiciona no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de determinada exação tributária e, após o trânsito em julgado do

⁴⁵¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 576926 / PE RECURSO ESPECIAL 2003/0131274-5 Relator(a): Ministra DENISE ARRUDA. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 16/03/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 30.06.2006 p. 166 <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=576926&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 27/07/2008.

decisum, o STF firma posicionamento em sentido diverso. Tal mudança de posicionamento, por si só, não é razão suficiente para conhecer a Ação Rescisória, posto que não encontrada a hipótese no elenco do art. 485, do CPC.

Nesse sentido, registro o seguinte posicionamento:

AgRg na AR 3417 / MG
AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISORIA
2005/0157576-7

Relator(a): Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento: 23/11/2005

Data da Publicação/Fonte: DJ 12.12.2005 p. 251

Ementa: PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO RESCISÓRIA – INDEFERIMENTO LIMINAR.

1. O acórdão impugnado aplicou a prescrição em desfavor da autora da ação de repetição de indébito do PIS, adotando a jurisprudência da Primeira Seção do STJ.
2. Mudança de orientação do Direito pretoriano não dá ensejo à ruptura da coisa julgada.
3. A superação da tese da prescrição da ação de repetição de indébito contada a partir da data em que o STF declara a inconstitucionalidade da exação que se pretende repetir, para aplicar-se a tese dos cinco mais cinco, esta favorável ao contribuinte, não está incluída nas hipóteses do art. 485 do CPC.
4. Agravo regimental improvido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.⁴⁵²

A interpretação do STJ se deu em apego extremado à literalidade do dispositivo legal(art. 485), que elenca as hipóteses contempladas para revisão do julgado por ação rescisória.

Mais razoável seria aceitar a ação rescisória, uma vez que o art. 485, tem por finalidade maior rescindir o julgado que distoa do ordenamento jurídico, como o era desde os tempos do direito romano na “restitutio in integrum”, que permitia a rescisão do julgado injusto ou danoso à parte.

c) Atuação do fisco em face de tramitação de ação rescisória.

⁴⁵²SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg na AR 3417 / MG AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISORIA 2005/0157576-7. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 23/11/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 12.12.2005 p. 251. Disponível: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coisa+e+julgada+e+mudan%E7a+e+jurisprudencia+e+rescisoria&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> Acesso em: 15/07/08.

Augusto Moreira de Carvalho⁴⁵³ apresentou interessante caso em que a sentença transitou em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da exação tributária prevista na Lei nº 7.689(Contribuição Social sobre o Lucro), sob o fundamento de que o tributo teria sido instituído por via ordinária, quando deveria ter sido por lei complementar. Antes do particular executar o julgado, o fisco ajuizou ação rescisória que foi provida, no TRF – 1ª Região e, posteriormente, teve o Acórdão confirmado pelo STJ, pendendo decisão definitiva no STF em grau de recurso extraordinário.

Com o acolhimento provisório da Ação Rescisória o fisco começou a efetuar lançamentos tributários.

Em casos tais, a iniciativa do fisco é claramente agressiva ao direito do particular que ainda detém título judicial a seu favor. Enquanto não houver o julgamento definitivo da Ação Rescisória, destruindo o conteúdo do título judicial, é indevida qualquer medida do fisco em executar o julgado, salvo se houver expressa autorização judicial em tal sentido, com eventual interposição de medida cautelar para suspender os efeitos do título judicial.

Não discrepa de tal entendimento, a posição de **Augusto Moreira de Carvalho**, vazada nos seguintes termos:

- a) a fixação do momento em que passe a existir o terceiro requisito necessário à exequibilidade do crédito – a exigibilidade terá conseqüências sobre a ausência de ilicitude de conduta, pressuposto da sanção, uma vez que se o crédito não é exigível, não há conduta ilícita em não adimplir, ou melhor, sequer se cogita hipótese de necessidade de pagamento antes de qualquer crédito tornar-se exigível;
- b) a questão em debate é de foro constitucional, mas especificamente de respeito às garantias e direitos individuais, onde se insere o respeito à coisa julgada, e interpretar-se o art. 469 do C.P.C. da forma como pretende a União significa conferir maior prestígio à decisão ainda pendente de recurso do que à coisa julgada. Novamente, comparando, significa dar prevalência a um dispositivo constante de um projeto de lei em detrimento da lei ainda não revogada.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Coisa julgada em Matéria tributária no sentido da inconstitucionalidade da lei nº 7.689. Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 21 – n. 75-76. Brasília. 1º semestre/2004, pp. 103-120.

⁴⁵⁴ Carvalho, Augusto Moreira de. Op. cit., 120.

A questão relatada repercute na eficácia do título executivo devidamente formado, inobstante sua virtual desconstituição, mas que em face do devido processo legal que orienta nosso direito processual, não pode ser olvidado para desconsiderar a coisa julgada que ainda não fora definitivamente superada pela via rescisória.

Não se pode olvidar que o processo estabelece diversos mecanismos pelos quais as decisões judiciais alcança eficácia. Não se pode atropelar tais obstáculos, sob pena de se criar um procedimento especial para casos de rescisão provável.

3. Direito Administrativo

Embora a doutrina discuta a coisa julgada administrativa, tal trabalho não tem a pretensão de examinar o referido tema, uma vez que nosso âmbito de exame é restrito à coisa julgada em sentido estrito(judicial).

Os tribunais têm se defrontado com inúmeras questões pertinentes ao direito administrativo, muitas das quais versando sobre remuneração de agentes públicos.

A possibilidade de absorção ou não dessas parcelas, bem como a forma e os critérios como ela pode ocorrer são questões ainda abertas na doutrina e jurisprudência pátrias, dada a multiplicidade de posições existentes a respeito. Os Acórdãos abaixo examinados são paradigmáticos do momento atual da jurisprudência.

3.1. A diversidade posições do STJ diante de casos concretos análogos.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do AgRg no REsp 614145/RJ – Agravo Regimental no Recurso Especial 2003/0217154-1 e AgRg no Ag 632788/DF – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2004/0140159-7 lavrou as seguintes ementas, a seguir examinadas:

Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: **AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 614145** Processo: 200302171541 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 03/10/2006 Documento: STJ000717257 FonteDJ DATA:30/10/2006 PÁGINA:378 Relator(a) FELIX FISCHER Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo

regimental e negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REESTRUTURAÇÃO. CARREIRA. MILITARES. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.131/00. GRATIFICAÇÃO DE INATIVIDADE. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. DIREITO ADQUIRIDO. REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. GARANTIA. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.

I- O provimento judicial nos autos do mandado de segurança impetrado pelo ora agravante assegurou a manutenção da gratificação de inatividade enquanto existente no ordenamento jurídico. Assim, sucedendo **posterior mudança no regime jurídico do servidor — in casu, a reestruturação da carreira dos militares — não pode ser mantido o recebimento de tal gratificação.** II- O direito do servidor público restringe-se à manutenção do quantum remuneratório, calculado em conformidade com a legislação. Se certa vantagem é reduzida ou extinta, mantendo-se o valor global dos proventos, e garantindo a irredutibilidade de vencimentos, isso é perfeitamente legal. III- Garantir a manutenção da gratificação somente para o servidor que a obteve pela via judicial, sob o fundamento de existência de coisa julgada, ofenderia o princípio da isonomia, uma vez que com a reestruturação realizada pela Medida Provisória nº 2.131/00 tal vantagem foi extinta para todos os outros servidores. Agravo regimental desprovido. Indexação Aguardando análise. Data Publicação: 30/10/2006(negritos nossos)⁴⁵⁵

Pet 2516 / DF ; PETIÇÃO 2003/0165547-0 Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento: 08/11/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 20.11.2006 p. 268 Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. RESÍDUO DE 3,17%. LIMITAÇÃO. REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA. MP 2.048-26/2000 E 2.225-45/2001. REDISCUSSÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Em observância à estabilidade das relações jurídicas, todas as questões que as partes poderiam suscitar no processo de conhecimento têm-se como deduzidas e decididas, com a superveniência do trânsito em julgado da sentença, o que se denomina efeito preclusivo da **coisa julgada**. Inteligência dos arts. 467, 468 e 474 do CPC. 2. O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do MS 7.871/DF (Rel. Min. Felix Fischer), reconheceu aos filiados do impetrante o direito ao resíduo de 3,17% (três vírgula dezessete por cento) sobre seus vencimentos, sem determinar nenhuma compensação ou estabelecer limites, em acórdão transitado em julgado em 10/4/2002. 3. **Desse modo, o conteúdo da MP 2.048-26/2000, que reestruturou a carreira dos filiados do impetrante, e da MP 2.225-45/2001, que estendeu o resíduo em tela aos servidores públicos do Poder Executivo, poderia ter sido alegado e decidido no curso do processo de conhecimento.** Não cabe, em sede de embargos à execução, rediscutir a lide, mediante argumentos de caráter estritamente meritório, sob pena de ofensa à coisa julgada. 4. Embargos à execução rejeitados. **Acórdão:** Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber a pet como embargos à execução e os rejeitar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

⁴⁵⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 614145 Processo: 200302171541 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 03/10/2006 Documento: STJ000717257 FonteDJ DATA:30/10/2006 PÁGINA:378 Relator(a): FELIX FISCHER Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=614145&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 15/07/2008.

Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. (negritos nossos)⁴⁵⁶

Ambos Acórdãos foram exarados pelo Superior Tribunal de Justiça com votação unânime. Nos autos do AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 614145 a 5ª Turma possuía a seguinte composição: Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e o Relator foi o Ministro Felix Fischer.

No caso da Pet 2516 / DF - PETIÇÃO 2003/0165547-0, a 3ª Seção do STJ, possuía a seguinte composição: Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina, tendo como Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima. Dos Ministros que fizeram parte do Julgamento do referido AGRESP 614145 apenas o Ministro Gilson Dilpp não estava presente no julgamento da Petição 2516/DF.

Feitas as considerações iniciais observa-se que os Acórdãos versam, basicamente, sobre o mesmo assunto, qual seja: a existência de um título executivo que garante um benefício pecuniário a agentes públicos(militares e servidores públicos), mas que é questionado quando um novo padrão remuneratório altera os valores anteriormente percebidos.

No Acórdão exarado nos autos do **AGRESP 614145** a 5ª Turma do STJ entendeu que, em face do princípio da isonomia não seria aceitável que um militar, mesmo perante a coisa julgada, pudesse perceber vantagem pecuniária em situação diversa aos demais militares, após a reestruturação na carreira, por respeito ao princípio da isonomia.

Como argumento secundário o Relator defendeu que por não ter havido a redução de remuneração(aplicando o princípio da irredutibilidade dos vencimentos) a dita Gratificação, garantida judicialmente, poderia ser absorvida em face de novo padrão remuneratório, por não haver direito adquirido a regime jurídico.

De início, observo que o argumento principal[tanto que constante no corpo da ementa(violação ao princípio da isonomia)] não me parece fundamento para resultar na absorção da vantagem remuneratória concedida judicialmente. Explica-se: Em face da eficácia inter-partes dos provimentos judiciais, salvo em face de controle

⁴⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pet 2516 / DF ; PETIÇÃO 2003/0165547-0 Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento: 08/11/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 20.11.2006 p. 268. Disponível: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=2516&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em: 15/07/2008.

concentrado de constitucionalidade, é natural que algumas partes optem por não ingressar em juízo, enquanto outras manejem suas ações e obtenham, eventualmente, decisões judiciais que garantem vantagens pecuniárias exclusivas, como na hipótese narrada no AGRESP 614145. É óbvio que aqueles militares que não ajuizaram suas pretensões, não o fizeram por diversas razões, de modo que os ônus da inércia somente a eles cabe suportar.

Na hipótese, se não fosse o caso de aplicar a absorção da vantagem pecuniária, em face da reestruturação da carreira, entendo que não seria possível usar - unicamente - o princípio da isonomia como fundamento para esvaziar o conteúdo sentencial.

O voto vencedor do Ministro Relator está apoiado, também, na inexistência de direito adquirido a regime jurídico, uma vez que a reestruturação na carreira não implicou em redução do *quantum* remuneratório. O Relator chegou a afirmar em seu voto(p. 7): “O servidor público, portanto, não tem direito adquirido à manutenção dos critérios legais embasadores de sua remuneração, ou seja, não há direito adquirido nem coisa julgada em face de novo regime jurídico.”

Tal assertiva do Relator parece desconsiderar as hipóteses das vantagens pessoais em sentido estrito, que não podem ser alteradas em face de novo padrão remuneratório. Exemplo: Quando um servidor público obtém direito a acréscimo remuneratório por ter laborado em condições especiais ou em local ermo. É que em tais condições a reestruturação na carreira, como se dá de forma geral, não contempla, por óbvio, situações individuais, que não podem ser alteradas sob pena de ofensa à coisa julgada.

Dessa forma, verifica-se que não é qualquer reestruturação na carreira que vai implicar em esvaziamento da coisa julgada, mas apenas aquelas que tenham sido concedidas por critérios gerais e que eram devidos a todos os agentes públicos. Se a vantagem se deu por condições pessoais, inerentes a circunstâncias específicas do agente público, entendo que a absorção remuneratória é incabível.

Embora o argumento da absorção indiscriminada tenha sido utilizado sem as ressalvas que entendo necessárias, penso que no caso vertente a absorção se deu em conformidade ao ordenamento jurídico.

No caso da **Petição 2516/DF** o posicionamento foi inteiramente diverso, pois se adotou o entendimento de que a reestruturação na carreira, em face das Medidas Provisórias n°s 2.048-26/2000 e 2.225-45/2001 teria que ser invocada ainda na fase de conhecimento, não sendo aceitável a rediscussão da matéria em face executiva, por respeito à coisa julgada.

O Relator nos autos da Petição 2516/DF, componente da 3ª Seção do STJ, fundamentou o aresto na interpretação dos arts. 467, 468 e 474 do CPC.

Examinando-se os referidos dispositivos do CPC destaca-se o art. 474, do CPC, que dispõe que no trânsito em julgado da sentença de mérito reputam-se deduzidas e repelidas todas as alegações que poderiam influenciar no acolhimento e rejeição do pedido.

Embora a reestruturação na carreira dos servidores públicos tenha ocorrido antes do ajuizamento da ação de conhecimento, como narra o Voto do Ministro Relator e a apresentação de tal informação pela defesa – certamente – causaria a rejeição do pedido, ao menos parcialmente, não me parece razoável manter a obrigação de implantar a vantagem pecuniária, quando a Administração Pública já concedeu, por absorção, o referido *quantum* postulado. Deve-se observar que o intérprete do julgado – no caso do processo executivo - , não pode olvidar que o julgamento deve ser aplicado em atenção aos paradigmas vigentes ao tempo que o *decisum* foi exarado, sob pena de resultar em enriquecimento sem causa do litigante, além de conceder - na prática - vantagem indevida, sem suporte normativo e ultrapassando a teleologia do julgado.

Diversamente do que entendeu o aresto exarado na Petição n° 2516/DF, a absorção da vantagem pecuniária em face da reestruturação vencimental não implicou em violação à coisa julgada, mas representou natural esgotamento do comando sentencial, que todas as decisões judiciais encontram-se submetidas.

Em verdade, a coisa julgada geralmente é vinculada à imutabilidade do conteúdo sentencial e muitas vezes das suas próprias conseqüências(efeitos). A interpretação de que a coisa julgada representa a imutabilidade dos efeitos da sentença, embora pautada em interpretação literal do art. 476, do CPC, apresenta-se equivocada e vem resultando em inúmeras decisões judiciais que implicam em desvirtuamento do próprio

conceito de coisa julgada, gerando distorção prejudicial para o ordenamento jurídico como um todo e, na maioria das vezes, em danos ao Poder Público, contra as quais a maioria dessas decisões é dirigida.

De outro lado, mesmo tendo a segurança jurídica como primado essencial de nosso ordenamento, não se pode olvidar que outros princípios também são aplicáveis, como a justiça, isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros. A coisa julgada, portanto, não pode ser interpretada literalmente como apregoa o art. 476, do CPC, sob risco de resultados diversos da própria finalidade sentencial, ante a mutação dos elementos que foram relevantes para a formação do título judicial.

3.2. A interpretação da coisa julgada inconstitucional na 1ª instância da Justiça Federal de Pernambuco

Na atuação como julgador federal, foi proferida decisão em caso paradigmático sobre os limites eficaciais da coisa julgada inconstitucional, que transcrevo como exemplo da aplicação de algumas idéias defendidas durante este texto:

AÇÃO ORDINÁRIA Nº 93.000317-8
AUTOR: NARA DIAS DA COSTA
RÉU: UNIÃO FEDERAL

Decisão:

Cuida-se de Ação Ordinária proposta por **NARA DIAS DA COSTA**, contra a **UNIÃO FEDERAL**, na qual a Autora alegou na inicial, em suma, que é enteada(equiparada a filha – fl. 56) de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional falecido em 24/01/1984. Disse (fls. 04 e segs) que a viúva do instituidor do benefício recebia pensão especial:

...pela Lei n. 6.782/80, de 24/01/1984 a 07/05/1992, quando passou a receber a pensão especial pela Lei n. 3.738/60 por sido(sic) acometida de doença prevista na Lei n. 3738/60.

3) A autora recebe pensão especial pela Lei n. 6782/80 que lhe foi deferida com reserva de cota para a viúva pela Lei n. 6782/80. A autora começou a receber a pensão especial e previdenciária desde 13/09/1990.

[...]

Alega o Tribunal de Contas da União que ao passar a ser beneficiária da Lei n. 3738/60 a viúva não perde a condição essencial à percepção da pensão especial pela Lei n. 6782/80, o que constitui grave engano.

O parágrafo segundo do artigo 1º da Lei 3738/60 veda a acumulação da pensão especial da Lei n. 3738/60 com qualquer outros proventos recebidos pelos cofres públicos (com exceção da pensão previdenciária); portanto não pode a viúva ser beneficiária ao mesmo tempo da pensão especial pela Lei n. 3738/60 e pela Lei n. 6782/80, porque a Lei proíbe (docs. 05 – decisões do TRF – 5ª Região a respeito).

5) A reversão da cota para a filha é direito líquido e certo decorrente do inciso I, do art. 7º da Lei n] 3373 de 12/03/1958 que diz:

“Art. 7º Por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, estas reverterão:

I – pensão vitalícia – para os beneficiários das pensões temporárias.

II – as pensões temporárias – para os seus co-beneficiários ou na falta desta para o beneficiário da pensão vitalícia” (grifou-se)

A perda da condição essencial à percepção da pensão especial pela Lei n. 6782/80 se dá para a viúva por força da lei, que é o parágrafo segundo do art. 1º da Lei n. 3738/60; porque ela não pode ser beneficiária ao mesmo tempo das duas pensões especiais. Cabendo na hipótese da viúva se habilitar a percepção da pensão especial pela Lei n. 3738/60 a reversão da cota remanescente para o beneficiário ou os beneficiários das pensões temporárias.

[...]

A Autora recebe pensão especial com dedução da pensão previdenciária(docs. 02, 03, 04). A legislação aplicável à matéria, o art. 242 da Lei n. 1711 de 28/10/1952, que é ainda aplicável porque a morte do “de cujus” se deu em 1984, impõe e consagra o direito da autora de receber a pensão especial sem dedução da pensão previdenciária,em razão de haver sido a doença profissional e as especificadas em lei(inc. I, alínea “a” do art. 178 da Lei n. 1711/1952) equiparadas para efeito de pensão especial ao acidente em serviço pela Lei n. 6782/80.

[...]

Ao final requereu:

“[...]

II – Seja esta ação julgada procedente para que se reconheça os direitos da autora de receber a pensão especial sem reserva de cota para a viúva que pela lei deve ser revertida para a autora e de receber a pensão especial sem dedução da pensão previdenciária, recebendo-as separadamente com reajustes legais a partir de quando foi reconhecido em seu favor o direito de percepção da pensão especial com dedução da pensão previdenciária.

[...]”

Na 1ª instância a demanda foi julgada improcedente pelo então Juiz Federal Titular desta Vara, fl. 228.

Na 2ª instância o TRF – 5ª Região deu parcial provimento ao recurso interposto, nos seguintes termos:

Com essas considerações supra, dou provimento parcial à apelação para julgar improcedente o pedido de reversão da cota reservada para a viúva e procedente o pedido de percepção da pensão especial sem dedução da pensão previdenciária.

O STJ não conheceu do recurso interposto, fls. 335 e 348 e o STF inadmitiu o Recurso Extraordinário interposto da decisão emanada do STJ, fls. 453/454.

Transitou em julgado, portanto, o posicionamento adotado pelo TRF – 5ª Região acima transcrito, o qual concedeu, tão-só, o direito da Autora perceber a percepção da pensão especial sem dedução da pensão previdenciária.

A Autora ingressou com a Execução da obrigação de Fazer, tendo a União afirmado que a Autora percebe 100%(cem por cento) dos proventos do instituidor Fernando Lopes Vaz(fl. 479), já tendo cumprido a obrigação determinada no título executivo.

Os documentos de fls. 480 indicam que a Autora percebe a quantia integral da remuneração que seria devida ao instituidor da pensão, percebendo atualmente a quantia de R\$ 12.267,00(fl. 480).

A Autora apresentou a petição de fl. 484 e segs. na qual defende que a União vem deduzindo a pensão previdenciária.

A União veio aos autos, fl. 490, para defender que o título executivo apenas garantiu o direito da Autora, tão-só, de receber seu benefício sem a dedução da pensão previdenciária.

A Contadoria posicionou-se favoravelmente ao pleito da Autora, fls. 493/494.

Passo a decidir.

De início, observo que a questão controvertida nos autos, resume-se ao *quantum* devido à Autora, em face do título executivo. Duas são as posições quanto ao valor da pensão: a) 100% do valor devido ao instituidor(União); b) 150% do valor devido ao instituidor(Contadoria e Autora).

O título executivo garantiu à Autora, tão-somente, o direito dela obter o pagamento de sua cota de pensão, sem a dedução da chamada pensão previdenciária, não concedendo o pleito de obter a reversão da pensão na forma pleiteada.

No caso em análise, observa-se que ao tempo da morte do instituidor do benefício, Sr. Valdir Tavares Pedrosa(instituidor do benefício), em 24 de janeiro de 1984, vigia o art. 102, § 2º da C.F/67/69, que dispunha:

Art. 102. Os proventos da aposentadoria serão:

[...]

§2º. Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

Não havia dispositivo constitucional que garantisse a paridade das pensões aos proventos/remuneração percebida pelo servidor enquanto na ativa ou inativo. O cálculo da pensão dos servidores públicos era feito tomando com base o art. 37, da Lei nº 3.807/60(Lei Geral da Previdência), que dispunha:

Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a **50%(cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do falecimento fosse aposentado**, e mais tantas parcelas iguais cada uma a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5(cinco).

Parágrafo único. A importância total assim obtida, em hipótese alguma inferior a 50%(cinquenta) do valor da aposentadoria que percebia ou a que teria direito, será rateada em quotas iguais entre todos os dependentes com o direito à pensão, existentes ao tempo da morte do segurado. (negritos inexistentes no original)

Os Autos demonstram que a Viúva do instituidor do benefício recebia 50% do valor integral que o instituidor receberia se vivo estivesse(v. fl. 31). O cálculo foi realizado da seguinte forma: **O valor integral que o instituidor receberia se estivesse vivo(V1), foi deduzido de 50% do valor de V1, resultando em 50% do valor que seria devido se o servidor estivesse vivo.**

O documento de fl. 42 indica, ainda, que a Viúva passou a receber, em 01/01/1986, 100% do valor que era devido ao instituidor do benefício a partir de 01/01/1986.

Ocorre que vigia o art. 242, da Lei nº 1.711/52, que dispunha:

Art. 242. É assegurada pensão, **na base do vencimento ou remuneração do servidor**, à família do mesmo quando o falecimento se verificar em consequência de acidente no desempenho de suas funções. (negritos inexistentes no original)

Pelos documentos constantes aos autos o falecimento do instituidor do benefício não decorreu de acidente de trabalho, no entanto, a Lei nº 3.738, de 4 de abril de 1960, por

sua vez, garantia o pagamento da pensão pelo valor integral percebido pelo aposentado, na hipótese de doenças que especificou. Eis o teor do Lei(senado.gov.br):

Art. 1º É assegurada **pensão especial**, na base do vencimento mensal do marido, à viúva de militar ou agente civil atacada de tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia ou cardiopatia grave e que não tenha economia própria.

§ 1º A pensão será deferida em qualquer época, desde que constatada a moléstia.

§ 2º A pensão instituída neste artigo não é acumulável com quaisquer outros proventos recebidos dos cofres públicos.

Art. 2º VETADO.

Art. 3º As petições, certidões e demais documentos necessários à habilitação das beneficiárias são isentos do pagamento do impôsto de sêlo, na forma da lei.

Art. 4º A invalidez da beneficiária será verificada mediante exame médico.

Art. 5º VETADO.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 4 de abril de 1960; 139º da Independência e 72º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

S. Paes de Almeida (negritos inexistentes no original)

A Lei nº 6782/80 estendeu o benefício da Lei nº 1.711/52, aos casos em que o pensionista estivesse com doença profissional e doenças especificadas em lei.

Art. 1º A doença profissional e as especificadas em lei ficam equiparadas ao acidente em serviço para efeito da pensão especial de que trata o artigo 242 da Lei nº 1.711, de 28 outubro de 1952.

Parágrafo único. A equiparação de que trata este artigo estende-se às pensões, inclusive do Montepio Civil da União, concedidas aos herdeiros de agentes já falecido, **para efeito de complementação pelo Tesouro Nacional.** (negritos inexistentes no original)

No plano concreto, quer pela Lei nº 6.782/80, quer pela Lei nº 3.738/60, a pensão da Viúva passou a ser paga no valor integral a partir de quando ela passou a estar acometida de alguma das enfermidades previstas em lei.

Quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a pensão passou a equivaler ao valor percebido pelo servidor falecido, em face ao disposto no art. 40, § 5º, CF/88(redação original):

Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 5º O **benefício da pensão por morte** corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos de servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Em face dessa norma constitucional(Constituição em vigor), as pensões que foram calculadas com base no art. 37, da Lei nº 3.807/60, em valor que se iniciava em 50% do valor da aposentadoria, passaram a ser pagas em 100% do valor que o instituidor da pensão percebia ao tempo de seu falecimento.

No caso da pensão dividida entre a Autora e da viúva de seu genitor, antes mesmo da vigência da Constituição Federal, a mesma era paga com base em 100% do valor do instituidor da pensão.

Nunca houve, em verdade, direito ao pagamento da pensão por valor superior àquele que o servidor percebia na aposentadoria. **A própria Constituição anterior e a atual repugnam tal interpretação como acima destacado.**

O título executivo, reitero, garantiu o direito da Autora perceber o benefício da pensão especial, sem dedução da pensão previdenciária, como previa o art. 2º, do Decreto nº 76.954, de 30 de dezembro de 1975.

A pensão especial não criou nova pensão (como se a pensão anterior não existisse), mas criou parcela complementar (chamada de pensão especial), resultando em que o beneficiário da pensão passou a receber 100% do valor que o instituidor do benefício recebia ao tempo de sua morte.

Tal pensão especial deixou de existir – na prática – quando se implantaram as novas regras constitucionais (CF/1988), na qual a pensão passou a ser devida no valor de 100% do valor devido ao instituidor do benefício.

O STF ao analisar tal questão já se posicionou:

RE 241925 / PE – PERNAMBUCO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 17/08/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 03-09-2004 PP-00034 EMENT VOL-02162-02 PP-00244
LEXSTF v. 27, n. 313, 2005, p. 270-275

Parte(s): RECTE.(S): UNIÃO ADVDO.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S) : MARIA NILZA FERREIRA ADVDO.(A/S) : ANA ELISABETE
PESSOA DE AMORIM E OUTRO

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL (ART. 242 DA LEI Nº 1.711/52 C/C LEI Nº 6.782/80) E PENSÃO POR MORTE. CUMULAÇÃO. LIMITAÇÃO PREVISTA NO ART. 40, § 5º DA CF, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. 1. A dedução dos benefícios previdenciários da pensão recebida pela recorrida é medida que se impõe em razão de o *quantum* não poder extrapolar a totalidade dos vencimentos do servidor à época de seu falecimento. Inteligência do art. 40, § 5º da CF, em sua redação original. 2. Recurso provido.

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto da Relatora. 2ª Turma, 17.08.2004.

Saliento que o título executivo não fixou que a Autora deveria receber 150% ou 200% do valor que seria devido ao instituidor do benefício, mas lhe garantiu o direito de não sofrer dedução do valor devido à pensão previdenciária.

A interpretação do dispositivo deve ser feita em harmonia ao sistema jurídico e não em sua contradição.

Sem examinar o conteúdo do título executivo, que restou formado e imutável, mesmo em contrariedade ao entendimento do STF, penso que todo ato jurídico (em sentido amplo) deve ser analisado (em seu âmbito de eficácia) de acordo com as circunstâncias ao tempo em que foi formado e de seu momento de execução. No campo do direito contratual é clássico o temperamento do princípio do “pacta sunt servanda”, pela aplicação da teoria da imprevisão (aceita expressamente pelo legislador civil, art. 478, CC/2002).

Quanto aos julgados, da mesma forma, eles devem ser examinados em conformidade às circunstâncias em que são formados e de acordo com a situação fática/jurídica ao tempo da execução, sob pena do julgado ser base para situações absurdas, imorais, iníquas e contrárias ao ordenamento jurídico.

É assente na jurisprudência do STF que o título judicial que concede índice de reajuste para servidores públicos deve se amoldar às novas circunstâncias posteriores

ao julgado, sem implicar ofensa à coisa julgada, mas mera adaptação do título judicial ao momento atual da execução.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

**RE-AgR 293539 / DF - DISTRITO FEDERAL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 05/10/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJ 28-10-2004 PP-00047 EMENT VOL-02170-02 PP-00241

Parte(s)

AGTE(S) : NEUDILENE ARAÚJO DE ALMEIDA E OUTROS
ADVDO.(A/S) : MARCOS LUÍS BORGES DE RESENDE E OUTROS
AGDO.(A/S) : FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO DISTRITO FEDERAL - FHDF
ADVDO.(A/S) : JOSUÉ CHAGAS VILELA FILHO E OUTROS

Ementa: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL: 84,32%. DIREITO AO PERCENTUAL ATÉ A REVOGAÇÃO DA LEI DISTRITAL 38/89. LEI DISTRITAL 117/90. I. - Servidor público do Distrito Federal: reajuste de 84,32% devido no período em que a Lei Distrital 38/89 esteve em vigor. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Gratificação incorporada, por força de lei. Sua absorção, por lei posterior, que majorou vencimentos. Inexistência de ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, ou do direito adquirido, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: RE 137.777/CE, Gallotti, RTJ 138/324; RMS 21.599/DF, Velloso, RTJ 155/158; RE 120.081/SP; RE 206.292/ES; RE 134.502/SP; RE 183.700/PR, Galvão, "DJ" de 06.12.96; MS 24.784/PB, Velloso, "DJ" de 25.6.2004. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Votação: unânime.Resultado: desprovido. Acórdãos citados: RMS-21599 (RTJ-155/158), MS-24784, RE-120081 (RTJ-135/1183), RE-134502 (RTJ-143/293), RE-137777 (RTJ-138/324), RE-183700, RE-206292, RE-232403 (RTJ-173/320), RE-341158-AgR, AI-437485-AgR. - O RE-398473
AgR foi objeto de embargos de declaração rejeitados em 01/03/2005.
N.PP.:(07). Análise:(CEL). Revisão:(). Inclusão: 19/11/04, (SVF).
Alteração: 20/04/05, (SVF).

Acórdãos no mesmo sentido

RE 398473 AgR
ANO-2004 UF-DF TURMA-02 MIN-CARLOS VELLOSO N.PP-008 DJ 26-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02174-03 PP-00596 RE 421433 AgR
ANO-2004 UF-DF TURMA-02 MIN-CARLOS VELLOSO N.PP-008
DJ 26-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02174-04 PP-00695

O título judicial não pode ser interpretado em contrariedade ao posicionamento do STF, no entanto, o título judicial é dotado da imutabilidade. Tal imutabilidade não impede que os efeitos da coisa julgada não possam ser objeto de interpretação(inclusive atingindo sua esfera eficaz).

Quando a Constituição Federal(art. 40 § 5º) passou a garantir o pagamento integral do benefício previdenciário dos servidores públicos, **tal circunstância não teve efeito no cálculo dos proventos da Autora**, posto que a Autora já se beneficiava do valor integral da aposentadoria do marido falecido, em face da redação do art. 242 da Lei nº 1.711/52 e das Leis nºs 6.782/80, quer pela Lei nº 3.738/60 e de forma cumulativa passou a ter direito ao benefício pago nos moldes da Lei nº 3807/60.

Mesmo realizando tais ponderações cabe observar-se, ainda, o contido no art. 471-L(com redação dada pela Lei nº 11.232/05) e o art. 741, parágrafo único, do

CPC(com redação dada pela MP nº 2.180-35 de 24 de agosto de 2001), que dispõe sobre a inexistência do título judicial *fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*, penso que o dispositivo pode alcançar sentença transitadas em julgado após a vigência do mencionado dispositivo.

É o que se extrai de diversos julgados do STJ, quando da norma primitiva que alterou o art. 741, parágrafo único, do CPC(MP nº 2.180-35/2000).

Confira-se o julgado:

Processo: REsp 538327 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2003/0092702-6 Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento: 17/10/2006 Data da Publicação/Fonte: DJ 06.11.2006 p. 358

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. REQUISITOS PARA CONCESSÃO. EXECUÇÃO. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC, ACRESCENTADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-5/2001. INAPLICABILIDADE AOS TÍTULOS JUDICIAIS APERFEIÇOADOS ANTES DA VIGÊNCIA DESSA NORMA. OFENSA À COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem como desiderato principal impedir a condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem. 2. Se os dispositivos de lei federal tidos por violados não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, nem foram opostos os necessários embargos de declaração a fim de suscitar a discussão da matéria na instância ordinária, incide, na espécie, o óbice das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 3. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o parágrafo único do art. 741 do CPC não é aplicável às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua introdução no ordenamento jurídico, feita pela MP 2.180-35/2001, de 24/8/2001.** Precedentes. 4. Recurso especial conhecido e improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.”

No caso, considerando que o título executivo somente foi formado em 15 de junho de 2005(fl. 460), entendo aplicável à hipótese o disposto no art. 741, parágrafo único, com redação dada pela MP nº 2180-35/2001, de 24/8/2001.

Com essas considerações, quer seja pela interpretação razoável do título executivo em face do ordenamento jurídico, quer considerando o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, **entendo não ser devido à União a majoração dos proventos da Autora que atualmente percebe 100% do valor devido ao instituidor do benefício**(equivalentes a R\$ 12.267,00 mensais em 2006, fl. 480).

Intimem-se. Recife, 15 de março de 2007.

Flávio Roberto Ferreira de Lima(Juiz Federal Substituto - 10ª Vara-PE)

A parte Autora ingressou com Agravo de Instrumento perante o TRF – 5ª Região (AGTR nº 76.401/PE(2007.05.00.024460-8), no entanto, pela relatoria do Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, o recurso foi julgado improvido, à

unanimidade. A parte não se resignou e ingressou com Embargos de Declaração que ainda se encontra pendente de decisão.

3.3. A jurisprudência do STJ e do STF sobre a compensação de vantagem remuneratória: o caso do pagamento dos 28,86% em face das Leis nº 8.622/93 e 8.627/93.

A interpretação que os tribunais superiores vêm fornecendo aos limites eficaciais da coisa julgada, em alguns casos atentam contra uma interpretação adequada do conceito de coisa julgada e, em casos extremos, ao princípio à vedação ao enriquecimento ilícito e até a razoabilidade. Um dos casos paradigmáticos para retratar tal situação transcorreu na Justiça Federal de Pernambuco, na 10ª Vara Federal.

A demanda sob o rito ordinário, tombada sob o nº 94.0001690-5, foi ajuizada com a finalidade de obter o reajuste de 28,86%, que o Poder Executivo Federal tão-só concedeu aos então servidores militares, com base nas Leis nºs 8622/93 e nº 8627/93. A causa de pedir próxima da demanda restou consubstanciada na alegação de que os Autores não receberam o pagamento integral e a causa de pedir remota consiste na relação jurídica que exigia que o Estado tinha que tratar com plena igualdade os então servidores do poder executivo e os servidores militares.

O Supremo Tribunal Federal ao examinar em controle difuso de constitucionalidade emitiu Acórdão paradigma sobre a questão, vazado nos autos do MS 22.307-DF, DJ 13.6.97, no qual acolheu pedido de idêntico teor e de mesma causa de pedir da demanda ora examinada, tendo ficado consignado, em sede de Embargos de Declaração EDRMS nº 22.307-DF MS, que teria que haver a compensação com os valores já percebidos pelos autores. Posteriormente a Corte maior editou a Súmula nº 672⁴⁵⁷, cristalizando tal posicionamento.

Ocorre que os próprios servidores do poder executivo, foram também contemplados com a mesma legislação, às vezes com reajustes iguais ou mesmo

⁴⁵⁷ SÚMULA Nº 672. O REAJUSTE DE 28,86%, CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES PELAS LEIS 8622/1993 E 8627/1993, ESTENDE-SE AOS SERVIDORES CIVIS DO PODER EXECUTIVO, OBSERVADAS AS EVENTUAIS COMPENSAÇÕES DECORRENTES DOS REAJUSTES DIFERENCIADOS CONCEDIDOS PELOS MESMOS DIPLOMAS LEGAIS. DISPONÍVEL:<
http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>.

Acesso

em:

15/07/2008.

superiores ao que pleitearam. No caso concreto examinado, se deu justamente o que se narra, os servidores que ajuizaram a demanda também obtiveram reajustes contemplados pelas mesmas normas.

Tal questão não foi expressamente examinada pelo juízo, que por razões diversas, julgou improcedente a demanda. No recurso encaminhado ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região a Corte regional reformou o julgado e garantiu o pagamento tal qual os Autores pleitearam, tendo havido o trânsito em julgado.

Quando os Autores foram executar o julgado, o Ente Público(Fundação Nacional de Saúde – FNS) opôs Embargos à Execução invocando o precedente do STF. A demanda foi julgada procedente pela 1ª instância, tendo o magistrado de 1ª instância registrado que a pretensão dos autores, então exequentes, constituía enriquecimento sem causa.

Os Autores recorreram e na 2ª instância de jurisdição, nos autos da Apelação Cível nº 213945 – PE, pela relatoria do Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, negou provimento à apelação dos Autores.

O Acórdão ficou ementado com o seguinte teor:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86% SOBRE VENCIMENTOS. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Devem ser deduzidos do quantum devido referente ao reajuste de 28,86%, concedido pela sentença exequenda, os percentuais já pagos, posto que a imposição do pagamento in totum configuraria o *bis in idem*.

- Nos embargos, o percentual relativo à sucumbência é fixado sobre a diferença entre os valores da execução originalmente proposta e os valores fixados na sentença.

- Não fere a regra do § 4º, do art. 20, do CPC a fixação dos honorários no percentual de dez por cento sobre a diferença entre os valores da execução, eis que tomada sobre o valor apresentado na execução pelos próprios embargados.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, Relatados discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas.

DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 29 de maio de 2001.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Desembargador Federal (Relator)⁴⁵⁸

Em seu voto, o MM. Desembargador Federal Relator destacou:

Entendo que se os servidores civis demandantes tiveram aumento à luz da Lei 8.626/93, seria ilógico não deduzi-los do *quantum* devido referente ao reajuste de 28,86%, concedido pela sentença exequenda, caso contrário, estar-se-ia admitindo o **enriquecimento sem causa** dos apelantes.

Destarte, não obstante a decisão exequenda não se referir à possibilidade de compensação do multicitado reajuste, a redução do percentual já recebido é indispensável, posto que a imposição do pagamento in totum, pela apelada, configuraria injustificável *bis in idem*. É perfeitamente possível a dedução, na execução de obrigação estabelecida em sentença, de parcelas já pagas sob mesmo título pelo devedor, independentemente de previsão no título executivo.

A referida compensação, portanto, não afronta a coisa julgada.

No tocante a não realização de perícia contábil, vislumbro ser a mesma desnecessária, posto que, ao contrário do afirmado na apelação, ao impugnar os embargos à execução, limitaram-se os embargados a atacar a compensação pretendida, não se irredimindo com os valores apresentados pela embargante. (negritos inexistentes no original).

Os Autores interpuseram Recurso Especial e Recurso Extraordinário. No STJ, o Recurso Especial tomou o nº 553.379-PE(2003/0107004-7), tendo sido julgado em decisão monocrática pelo Ministro Relator Paulo Medina com a seguinte e elucidativa ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM OUTROS REAJUSTES. OMISSÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não tendo a sentença de conhecimento determinado expressamente a necessidade de compensação do índice de 28,86% com outros reajustes, não pode tal compensação ser discutida em sede de embargos à execução, por força do que determina o art. 610 do Código de Processo Civil.

Recurso provido.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Transcrição direta dos autos.

Da referida decisão o Ente Público interpôs Agravo Regimental em Recurso Especial(2003/0107004-7) que manteve a decisão monocrática, restando ementado com o seguinte teor:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM OUTROS REAJUSTES. OMISSÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não tendo a sentença de conhecimento determinado expressamente a necessidade de compensação do índice de 28,86% com outros reajustes, não pode tal compensação ser discutida em sede de embargos à execução, por força do que determina o art. 610 do Código de Processo Civil.

Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁶⁰

O julgado foi lavrado, à unanimidade, pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, composta pelos Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Paulo Gallotti e o Ministro Relator Paulo Medina.

O Acórdão, em suma, encontra-se fundamentado na impossibilidade de se conceder a compensação pois ela não estaria prevista, expressamente, no título executivo.

A Fundação Nacional de Saúde não se conformou com o julgado e interpôs Embargos de Divergência, que foi rejeitado e ementado nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 553.379-PE(2005/0186435-5).
EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO. COISA JULGADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm entendimento que, não sendo determinada, na sentença exequenda, a compensação do reajuste de 28,86%(vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), devido aos servidores públicos, com os valores pagos a título dos reposicionamentos previstos nas Leis

⁴⁵⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO EM RESP Nº 553.379-PE(2003/0107004-7). DJ: 19/04/2004. RELATOR: MINISTRO PAULO MEDINA. DISPONÍVEL: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/REJ.cgi/MON?seq=1118654&formato=PDF>. Acesso: 29/07/2008.

⁴⁶⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO EM AgRg no RESP Nº 553.379-PE(2003/0107004-7). DJ: 16/05/2005. RELATOR: MINISTRO PAULO MEDINA. DISPONÍVEL: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1700976&sReg=20030107047&sData=20050516&sTipo=5&formato=PDF>Acesso: 29/07/2008.

8.622/93 e 8.627/93, tal questão não pode ser discutida na execução, em respeito à coisa julgada.

2. É oportuno registrar que, tão-somente quando o título judicial concede o reajuste nos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos EDcl no RMS 22.307-7/DF, a Quinta Turma desta Corte tem entendido haver a possibilidade de compensação.

3. Hipótese em que o acórdão exequindo apenas noticiou a existência do julgado da Suprema Corte, mas decidiu a lide conforme a orientação jurisprudencial do próprio Tribunal de origem, não havendo menção à necessidade da compensação em referência. 4. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são parte as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nilson Neves, Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília(DF), 08 de novembro de 2006(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA⁴⁶¹

O Voto do Ministro Relator encontra-se inteiramente apoiado na legislação vigente, bem como em arestos e posicionamentos doutrinários que, em suma, defendem a impossibilidade de se rediscutir a *res iudicata*.

A Fundação Nacional de Saúde ainda interpôs Embargos de Declaração, mas que não foram providos. Quando os autos retornaram para a 1ª instância, os Autores retomaram a execução, cujo valor atual alcança mais de 2(dois) milhões de reais, para, apenas, 10(dez) autores.

Os Tribunais superiores não vêm discrepando, no entanto, do aresto, como se registram os seguintes julgados: **STJ**: RESP nº 602.500/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DUJ de 22/3/2004, p. 362; AgRg no REsp nº 814.486/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 14/8/2006, p. 329; AgRg no REsp 491.634/SP, Rel. Min.

⁴⁶¹ ⁴⁶¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO EM ERESP Nº 553.379-PE(2005/0186435-5). DJ: 20/11/2006. RELATOR: MINISTRO ARNALDO ESTEVE LIMA. DISPONÍVEL: <
<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501864355&pv=010000000000&tp=51>
>Acesso: 29/07/2008.

Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 28/2/2005, p. 349. **STF**: AI-AgR 448.845/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 25/11/2005, p. 24; Re – AgR 423.082/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 17/12/2004, p. 56.

A compensação de valores já pagos em nada altera, macula ou atinge a coisa julgada. A coisa julgada possui um esgotamento intrínseco de efeitos por razões naturais, jurídicas ou lógicas que não pode ser desconsiderada pelo julgador, sob pena da coisa julgada servir não para proteger o julgado, mas para lhe atribuir sentido diverso, em desrespeito aos mais comezinhos princípios jurídicos, como boa-fé, eticidade, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

4. Direito Previdenciário

O art. 471, do CPC, prevê a ação revisional como medida própria a examinar decisões judiciais definitivas, amparadas pelo manto da coisa julgada, mas que por suas características de provisoriedade (por versarem sobre relações jurídicas continuativas e nos casos previstos em lei) estariam sujeitas à extinção/modificações de seus efeitos. Sobre as relações jurídicas continuativas José de Lima Ramos Pereira, ao tratar do tema dispõe:

O exemplo clássico de aplicação da ação de modificação no processo civil, reside nas sentenças que fixam prestação de alimentos: busca-se a adaptação do que fora decidido anteriormente, face à mudança dos pressupostos da relação travada, quais sejam, a necessidade do alimentando e a disponibilidade do alimentante, sempre através de nova ação(CC401).⁴⁶²

A par da “definitividade” da coisa julgada, a própria norma processual prevê nos casos de relações jurídicas continuativas e nas demais exceções legais, a possibilidade de revisão – in concreto – da coisa julgada⁴⁶³.

No caso de benefícios previdenciários registra-se o teor do art. 71, da Lei nº 8.212/91⁴⁶⁴, que expressamente consagra a possibilidade de revisão de benefícios.

⁴⁶² Pereira, José de Lima. **Ação de Modificação ou revisional do artigo 471 do código de processo civil** – aspectos polêmicos e atuais, in http://www.prt21.gov.br/dt_2_03.htm, capturado em 13/05/2006.

⁴⁶³ Aragão, Egas Moniz. *Sentença e Coisa Julgada*. AIDE. Rio de Janeiro: 1992, p. 281.

Desse modo, o administrador público pode suspender e cortar benefícios mesmo que tenham sido concedidos em face de decisões judiciais alcançadas pela coisa julgada. Marina Vasques Duarte traz importante precedente sobre o tema, exarado pelo TRF – 4ª Região, no EIAC nº 1999.04.01.024704-6/RS, julgado pela 3ª Seção em 21/03/2001,⁴⁶⁵ que possui o seguinte teor:

Acórdão Classe: EIAC - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL **Processo:** 1999.04.01.024704-6 **UF:** RS **Data da Decisão:** 21/03/2001 **Orgão Julgador:** TERCEIRA SEÇÃO **Fonte:** DJ 15/08/2001

Relator JOÃO SURREAUX CHAGAS

Decisão: "A TERCEIRA SEÇÃO, POR MAIORIA, VENCIDA A JUÍZA VIRGÍNIA SCHEIBE, DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO JUIZ-RELATOR.: VOTO VENCIDO ENTENDENDO CABER AO JUIZ REEXAMINAR AUXÍLIO-DOENÇA QUE, CONCEDIDO JUDICIALMENTE, SE REVESTE DE UMA CERTA CERTEZA, NÃO PODENDO SER CANCELADO, PELO INSS, SEM O CRIVO DO JUDICIÁRIO.

Ementa PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA CONCEDIDO NA VIA JUDICIAL. CANCELAMENTO.

Ainda que o auxílio-doença tenha sido concedido por sentença, a Previdência Social pode cancelar administrativamente o benefício quando apurar que o segurado recuperou a capacidade para o trabalho, consoante determina o art. 71 da Lei 8.212/91.

Admitir-se que o INSS somente poderia sustar o benefício depois do reconhecimento judicial da recuperação da capacidade do segurado seria dar tratamento diferenciado ao segurado em detrimento dos demais, que receberam o benefício através da via administrativa. Ademais, teria o risco de proporcionar um enriquecimento sem causa ao segurado, caso venha a ser reconhecida judicialmente a cessação da incapacidade depois de longa tramitação do processo. Além disso, estimularia indevidamente o segurado a ingressar diretamente com pedido de auxílio-doença perante a Justiça, para manter indefinidamente o benefício até novo julgamento. Embargos infringentes acolhidos.⁴⁶⁶

Não vislumbro qualquer ofensa à coisa, não porque a Lei nº 8.212/91 garante a possibilidade de revisão, mas porque, tal qual já defendi ao versar sobre o conceito de coisa julgada, ela torna imutável o conteúdo da sentença, mas não seus efeitos específicos.

⁴⁶⁴ Art. 71. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deverá rever os benefícios, inclusive os concedidos por acidente de trabalho, ainda que concedidos judicialmente, para avaliar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho alegada como causa para a sua concessão.

⁴⁶⁵ Maria Vasques Duarte. **Direito Previdenciário**. Verbo Jurídico. Rio Grande do Sul: 2005, p. 141.

⁴⁶⁶ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. EIAC - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL. **Processo:** 1999.04.01.024704-6 **UF:** RS. **Data da Decisão:** 21/03/2001 **Orgão Julgador:** TERCEIRA SEÇÃO. **Fonte:** DJ 15/08/2001. **Relator:** JOÃO SURREAUX CHAGAS. DISPONÍVEL:

<http://iteor.trf4.gov.br/trf4/volumes1/VOL0008/20010815/SPL/882001/199904010247046A.0337.PDF>. ACESSO: 30/06/2008.

Sobre a prevalência da coisa julgada inconstitucional em matéria previdenciária é interessante destacar-se a seguinte ementa:

Acordão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 381980
Processo: 200100466796 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA
Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000643698 Fonte: DJ
DATA:03/10/2005 PÁGINA:343 Relator(a): HÉLIO QUAGLIA BARBOSA

Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Votaram com o Relator os Srs. Ministros NILSON NAVES, HAMILTON CARVALHIDO e PAULO GALLOTTI. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro PAULO MEDINA. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PAULO GALLOTTI.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. SÚMULA 260 DO EXTINTO TFR. CRITÉRIO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COISA JULGADA. PROVIMENTO NEGADO.

1. A coisa julgada exequenda interpretou a Súmula 260 do antigo TFR como sinônimo do critério de equivalência salarial, vinculando o benefício previdenciário ao salário mínimo.

2. Impossível a revisão desta exegese em sede de liquidação de sentença, pois implicaria em ofensa ao decisum transitado em julgado, com violação dos artigos 468, 471 e 610 do Código de Processo Civil.

3. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. Data Publicação 03/10/2005 (grifos inexistentes no original).⁴⁶⁷

É interessante observar-se, no caso, que a própria Constituição Federal repugnava a vinculação dos benefícios previdenciários ao salário mínimo e, mesmo assim, em que pese tal obstáculo o julgado tornou-se imutável pela coisa julgada. Do ponto de vista do direito positivo, acaso o julgado tenha sido proferido após as modificações já examinadas do art. 475-L § 1º e 741, parágrafo único, do CPC, então seria possível invocar-se tais dispositivos para que o pagamento fosse suspenso.

Um caso paradigmático sobre a prevalência da coisa julgada, embora se tratando de matéria penal, é a Apelação Criminal nº 1995.51.01.031965-7, julgada pela 2ª Turma Especializada do TRF – 2ª Região, a qual manteve a coisa julgada e sua plena eficácia, mesmo considerando o fato de ter sido lavrada em clara afronta ao texto constitucional.

⁴⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acordão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 381980
Processo: 200100466796 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA
Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000643698. Fonte: DJ DATA:03/10/2005 PÁGINA:343.
Relator(a): HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. DISPONÍVEL:
https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2007704&sReg=200100466796&sData=20051003&sTipo=91&formato=PDF. ACESSO EM: 29/07/2008.

A Ementa possui o seguinte teor:

ROUBO CONTRA A EBCT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. COISA JULGADA. PROIBIÇÃO DE *REFORMATIO PRO SOCIETATE*. NULIDADE.

1. Embora indubitavelmente nula a ação penal que tramitou perante o Juízo Estadual - por violar a norma constitucional que atribui competência *ratione materiae* à Justiça Federal para processar e julgar os crimes praticados em detrimento de bens, serviços e interesses das empresas públicas federais – a sentença nela proferida transitou em julgado.

2. A sentença transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos, sob pena de afronta ao princípio do *ne bis in idem*, que impede a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos.

3. Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda.

4. Recurso de Júlio César de Lima Castro provido e razões recursais de Américo Luiz Amaral Cordeiro prejudicadas.⁴⁶⁸

Como se observa, inobstante a sentença tenha inequivocamente a natureza de sentença inconstitucional, ela não foi considerada em seu aspecto eficaz, conferindo-lhe efeitos plenos, face a ponderação de conseqüências que a tão-só nulidade sentencial iria causar.

5. Conclusões do Capítulo

1. A doutrina da “relativização da coisa julgada”, embora mereça elogios pelo avanço que alcançou, não pode ser utilizada para os fins de desconsiderar o direito fundamental à coisa julgada. Tal premissa, fornece ensejo a entender que as sentenças formadas em contrariedade ao texto constitucional possuem eficácia jurídica que não pode ser olvidada pelo intérprete.

2. Em alguns casos examinados no curso deste Capítulo, verifica-se que os tribunais nacionais (STJ e STF) vêm interpretando a coisa julgada, tão-só apoiando-se na literalidade da legislação em vigor, sem atentar para a eventual colidência com princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como a vedação ao enriquecimento sem causa.

⁴⁶⁸ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Criminal nº 1995.51.01.031965-7. UF: RJ. RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ. ORGÃO JULGADOR: 2ª TURMA. DISPONÍVEL: http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jud:v_it. ACESSO: 25/07/2008.

CONCLUSÕES DA DISSERTAÇÃO

1. A coisa julgada surgiu em suas bases teóricas no direito romano, desenvolvendo-se em seus elementos básicos a partir do período formulário, mas já se encontrava presente no período das *legis actiones*, com um caráter eminentemente negativo, onde, após a sentença, já não se permitia às partes ajuizarem nova *legis actiones* para reexaminar a *res in iudicium deducta*. Caso a demanda fosse novamente ajuizada poderia o juiz denegá-la(*denegatio actionis*).

2. No período formulário, a parte possuía dois caminhos para obstar a rediscussão da causa já julgada: a) *ipso iure*, pela *denegatio actionis* ou b) pelo uso da exceção de coisa julgada, introduzida nesse período do processo romano.

3. No período formulário, a parte que entendesse que a sentença era nula poderia ingressar com a *revocatio in duplum*, antes mesmo do início do processo executivo[que demorava necessariamente 30(trinta) dias(*tempus iudicati*)]. Em caso de derrota nesta demanda, a pena era alta, pois o invocante teria que pagar em dobro a quantia devida.

4. A *restitutio in integrum* romana era o meio processual que tinha por finalidade rescindir(*juízo rescindens*) atos civilmente válidos e além de rescindir também rejulgar sentenças visivelmente injustas (*juízo rescissorium*), servindo, ainda, como meio de rescindir sentença, em face de omissão da parte que não opôs, tempestivamente, uma exceção devida.

5. O jurisconsulto Neracio, no período formulário, apresentou a teoria dos *tria eadem*, pela qual dizia que o processo se identificava pelos elementos *res*, *personae* e causa próxima *actionis*.

6. O direito romano previa a *infinitatio* - inicialmente sem prazo e posteriormente com prazo de 10(dez) anos entre presentes e 20(vinte) anos entre ausentes - , que era Instituto destinado a obstar a execução de julgados em que havia nulidade processual, inexistência de coisa julgada, existência de sentença anterior ou pagamento da obrigação, exigindo um novo processo de conhecimento.

7. Antes do período da *extraordinária cognitio*, uma vez proferida a sentença ela era considerada definitiva, embora existissem diversos mecanismos de impugnação, como a *restitutio in integrum*, a *revocatio in duplum*, a *exceptio*.

8. No período da *extraordinária cognitio* ampliam-se as hipóteses de nulidade das sentenças, como aquelas proferidas contra texto das *legis constitutiones* ou contra a *res iudicata*, sendo consideradas nulas *ipso iure*, não valendo como julgados.

9. No período da *extraordinária cognitio* já estava consagrado que apenas a sentença de mérito podia alcançar a coisa julgada, sendo inadmissível a utilização de eventual *exceptio rei iudicatae*.

10. O direito canônico já serviu como requisito de validade da legislação portuguesa, como se anota no caso da Lei da Cúria de Coimbra do ano de 1211.

11. O direito processual canônico possui um tratamento complexo sobre a coisa julgada e seus meios de impugnação, registrando-se institutos que vêm sendo testados há vários séculos com sucesso.

12. Diferentemente do direito canônico que previa a rescisão de sentenças injustas, o sistema processual civil brasileiro em vigor não prevê tal hipótese de rescisão, inclusive no Instituto paradigma da ação rescisória, devendo-se levar em conta que tal hipótese amplia excessivamente a margem de discricionariedade jurisdicional que tal requisito exige, comprometendo a segurança jurídica, que é uma das bases do sistema jurídico ocidental moderno.

13. O direito processual canônico pode contribuir como base inspiradora da evolução desejada do direito processual civil brasileiro, em especial da coisa julgada.

14. A *querela nullitatis* encontra-se prevista, expressamente no direito canônico, consignando um prazo máximo para o seu ajuizamento (10 anos para vícios insanáveis), diferentemente do sistema brasileiro que não consigna, expressamente, tal ação.

15. Dos vários institutos de direito canônico mencionados neste Capítulo o Instituto do “*duplex conformis*” apresenta-se como mecanismo de elevada

simplicidade e de alto grau de praticidade na busca de um processo mais célere e racional, podendo ser aplicado no direito processual civil brasileiro, especialmente para as causas consideradas de pequeno valor.

16. A coisa julgada é um Instituto essencial para garantir um mínimo de estabilidade e segurança jurídica à sociedade. Sem ela as demandas se eternizam, com ela alcança-se o chamado “justo possível”, de modo a permitir o fim do litígio e a paz social.

17. A coisa julgada material, portanto, pode conceituar-se como a qualidade atribuída à sentença irrecorrível que ao apresentar a solução do Estado-Juiz à lide e às questões controvertidas na demanda, torna o conteúdo decisório imutável e indiscutível pelos litigantes, impedindo a renovação da demanda.

18. A sentença que julga improcedente o pedido por falta de provas, por algum fato alegado pelas partes, faz coisa julgada em seu sentido material, não podendo ser rediscutida em outro processo.

19. A compensação de valores já pagos em nada altera, macula ou atinge a coisa julgada. A coisa julgada possui um esgotamento intrínseco de efeitos por razões naturais, jurídicas ou lógicas que não pode ser desconsiderada pelo julgador, sob pena da coisa julgada não servir para proteger o julgado, mas para lhe atribuir sentido diverso, em desrespeito aos mais comezinhos princípios jurídicos, como boa-fé, eticidade, vedação ao enriquecimento sem causa, entre outros.

20. Muitos são os casos práticos em que se pode observar que o Poder Judiciário brasileiro vem realizando uma interpretação meramente literal dos dispositivos normativos positivados. Tal interpretação literal, tem gerado problemas reais quanto a aplicação do Instituto, conferindo-lhe um meio para o enriquecimento sem causa, notadamente no âmbito do direito público.

21. A interpretação dos arts. 474 e 333, do CPC não pode ser utilizada para permitir que a parte vitoriosa receba mais do que o título executivo já estabelecia, sob pena de violação clara ao princípio do enriquecimento sem causa.

22. Havendo mais de uma coisa julgada sobre a mesma demanda, a prevalência da 2ª coisa julgada, apresenta-se em contradição ao próprio texto constitucional que assegura à coisa julgada o atributo da autoridade(imodificabilidade).

23. Em caso de contradição de julgados transitados em julgado, somente a prevalência do 1º julgado atende aos requisitos constitucionais que garantem à coisa julgada o atributo de direito fundamental.

24. Para que o indivíduo possa planejar suas ações, faz-se necessário que as normas que regulam sua conduta sejam dotadas de certo grau de grau de estabilidade.

25. O fortalecimento da lei como fonte principal do direito e o conseqüente positivismo jurídico que dele decorreu, notadamente a partir do Século XIX, geraram uma ampla mudança na concepção do Direito, que abandona as características de estabilidade e durabilidade, próprias do jusnaturalismo pré-positivista, para um novo paradigma conceitual onde o Direito passa a ser tão mutável quanto as próprias alterações legislativas.

26. O positivismo jurídico conferiu à segurança jurídica o papel de super-princípio, sem o qual os demais princípios não podem se concretizar adequadamente.

27. Embora o positivismo jurídico do Século XIX já tivesse incorporado grande parte dos direitos, antes considerados como naturais, sua positivação e a impossibilidade de se invocar normas fora do sistema de direito positivo representou, naquela oportunidade, numa prisão normativa, de modo a impedir uma interpretação ética e humana do Direito, como a experiência do nacionalismo alemão da 1ª metade do Século XX.

28. O novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo representa uma grande mudança na forma de interpretar o direito. Antes a interpretação iniciava-se pela lei e, eventualmente, chegava-se ao texto constitucional. Agora, com o novo constitucionalismo permite-se que a interpretação necessária sempre tenha a Constituição como referência obrigatória. Os princípios jurídicos deixaram uma posição subsidiária na interpretação e passaram ao papel principal. Para o neoconstitucionalismo, toda interpretação é uma interpretação constitucional.

29. O princípio da segurança jurídica não apenas é endereçado ao legislador, mas também ao poder executivo e ao poder judiciário, alcançando os particulares em geral.

30. A doutrina prevalente entende a coisa julgada como Instituto que garante a segurança jurídica, lastreada na presunção de verdade que ela possui⁴⁶⁹ e na impossibilidade de rediscussão da causa (autoridade⁴⁷⁰), implicando, na prática, limite ao exercício do poder jurisdicional na escolha da decisão mais adequada (correta e justa).

31. Toda decisão judicial deve respeitar o ordenamento jurídico, sob pena de invalidade, independentemente de estar apoiada nos critérios mais robustos de justiça.

32. Da mesma forma que o Julgador é investido na função jurisdicional por força da lei, também sua atuação se baseia nas normas que garantem seu atuar. Se a judicatura se faz ao arripio do ordenamento jurídico, então, apenas aparentemente tem-se atuação jurisdicional legítima, uma vez que o fundamento de sua validade, deixa de ser a lei (e no ápice da pirâmide normativa a Constituição) e passa para o plano do arbítrio.

33. Inobstante se reconheça, com **Karl Larenz** que as decisões dos Tribunais Superiores, principalmente quando vigentes por longo período, constituem-se num impróprio, mais usual “Direito Judicial”, alerta-se que o referido Direito é muito mais ilusório do que real, por não estar contemplado no ordenamento jurídico. Há hipóteses, no entanto, que o próprio direito positivo consagra às decisões judiciais um caráter de imperatividade, como no caso das chamadas súmulas vinculantes (103-A, CF). Em realidade, decisões reiteradas dos tribunais, por si sós, não possuem status de direito positivo, nem a ele se equiparam.

34. No caso em que houve mudança de jurisprudência do STF e a demanda, no caso concreto, já tenha sido julgada pela Corte Maior, não é razoável que em sede de execução possa-se impedir a execução de título judicial regularmente formado, em face de outro aresto editado posteriormente pelo STF.

⁴⁶⁹ Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002, p. 333, afirma: “Poco ha progressado la doctrina en esta línea de reflexiones. En todo caso, siempre resulta muy ilustrativo observar que la doctrina dominante, que sigue siendo aún la de presunción de verdad...”

⁴⁷⁰ Chiovenda. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Trad. da 3ª edição italiana. Jose Calais y Santalo. Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1977, p. 441.

35. A coisa julgada é um direito fundamental.

36. A coisa julgada não pode ser extinta pelo legislador ordinário, sob pena de violação do art. 60 § 4º da CF.

37. A coisa julgada pode colidir com outros princípios constitucionais, cuja solução passa quer pelo uso da interpretação sistemática do texto constitucional, quer pela aplicação de critérios de proporcionalidade.

38. A coisa julgada como direito fundamental se aplica não apenas ao legislador ordinário, como também a todos os agentes estatais, inclusive o Poder Judiciário, bem como mediatamente aos particulares, pois indiretamente o particular tem a obrigação de respeitar os dispositivos normativos constitucionais (como o respeito à vida, à saúde, ao domicílio, a coisa julgada, etc).

39. A coisa julgada, como qualquer outro direito fundamental, encontra seus limites no próprio ordenamento jurídico.

40. A coisa julgada exige a edição de norma que lhe forneça seu substrato regravativo, não se apresentando eivada de inconstitucionalidade a lei ordinária que lhe forneça contornos e que impliquem em alteração ou redução do seu conteúdo, tendo como paradigma a legislação anterior.

41. A aplicação do princípio da proporcionalidade por ser usada como critério solucionador de colisões em que a coisa julgada esteja em conflito com outros princípios ou bens constitucionalmente protegidos.

42. Ao pressupor o *ser* para fundamentar o *dever-ser* Kelsen admite, indiretamente, que a norma fundamental, como norma pressuposta, **existe** antes do *dever-ser*, que, por sua vez é imposto pelo ordenamento jurídico (por lei ou pelo costume).

43. O aspecto eficaz é um dos “pés de barro” da doutrina kelseniana em sua Teoria Pura do Direito e demonstra que a norma, ainda que se defenda sua

autonomia enquanto instituto jurídico, é dependente dos fatos que demonstrem o seu grau de eficácia.

44. A doutrina kelseniana admite que uma decisão ilegal(ou mesmo inconstitucional) pode ser válida provisoriamente, embora dependa de uma decisão judicial posterior, não esclarecendo o que aconteceria se a decisão judicial posterior não viesse a ocorrer e o *decisum* provisório se tornasse, faticamente, definitivo.

45. A extirpação das normas(ou arremedo de normas, sob o argumento da invalidade), sem permitir outras considerações que viabilizem a adequação entre o sistema jurídico e as necessidades humanas, parece-me, claramente, um equívoco, posto que se está trocando o fim do direito por seu meio, deixando-nos reféns(enquanto sociedade) do sistema.

46. A sentença inconstitucional embora inválida, por atentar contra o texto constitucional não é inexistente, nem tampouco, necessariamente, sem eficácia.

47. A inexistência da sentença inconstitucional é repugnada pelo direito positivo brasileiro, como se observa pela previsão de modulação dos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade(art. 27, da Lei nº 9868/99), bem como é rechaçada, pontualmente na jurisprudência do STF, ante a impossibilidade do uso da reclamação em face de sentença inconstitucional transitada em julgado, como se pode extrair da Súmula nº 734 do STF.

48. A Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, introduziu a exceção de inconstitucionalidade, prevista no art. 741, parágrafo único, de modo a obstaculizar a execução do julgado.

49. A impossibilidade executiva da sentença somente se concretiza quando sua execução viola a ordem social, por razões jurídicas, lógicas ou naturais.

50. Os dispositivos normativos em exame prevêm a aplicação da exceção de inconstitucionalidade, desde que o título judicial confronte-se com o entendimento do STF, por se encontrar “fundado”, nas seguintes hipóteses: a) Decisão do STF que declara a inconstitucionalidade(com redução de texto) de lei ou ato normativo; b) decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nas aplicações(situações) definidas pela Corte Maior(declaração de inconstitucionalidade sem

redução de texto). c) decisão do STF que declare que a lei somente é válida desde que seja interpretada em tal sentido(interpretação conforme a constituição).

51. Se a Constituição Federal é aplicada sem ser auto-aplicável, então o título daí formado poderá ser obstaculizado pela via dos embargos ou da impugnação, nos termos dos dispositivos em exame.

52. A coisa julgada, ao contrário do que possa parecer, não garante a execução da sentença(efeitos). Os efeitos do título executivo dependem de condições legais, fáticas e lógicas, sem as quais não se pode atingir a almejada execução. A constitucionalidade do título judicial, nos termos dos dispositivos em exame, é uma condição jurídica de exequibilidade.

53. A jurisprudência do STJ, da 1ª, 2ª, 5ª e 6ª Turmas, é favorável à constitucionalidade do parágrafo único, do art. 741 e do art. 475-L, §1º, do CPC, muito embora apoiada em claro equívoco ao indicar a data da vigência da Medida Provisória n 2.180-35, de 24.8.2001, como marco temporal de eficácia dos referidos dispositivos., pois desde a vigência da Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000, já se constatava a plena eficácia do parágrafo único, do art. 741, do CPC.

54. Embora a coisa julgada possua natureza de direito fundamental(art. 5º, XXXVI, CF), admite-se a possibilidade de sua colmatação pela legislação ordinária, desde que tal preenchimento não implique em descaracterização do Instituto.

55. Não se amolda ao ordenamento jurídico em vigor, as normas que simplesmente venham permitir, indiscriminadamente, a revisão de sentenças judiciais, tão-só, por um critério subjetivo de justiça, como ocorreu no direito nazista já abordado neste trabalho.

56. Os dispositivos do arts. 741, parágrafo único e 475-L §1º, ambos do CPC, não são inconstitucionais, mas podem vir a ser aplicados inconstitucionalmente, quando atingirem sentenças transitadas em julgado, antes da edição das normas que introduziram a inovação legislativa.

57. O conceito de coisa julgada(no plano da eficácia) no direito brasileiro restou modificado pela vigência dos arts. 741, parágrafo único e 475-L §1º, ambos do CPC. A idéia de que o título judicial possui eficácia executiva, independentemente das decisões de nossa mais elevada Corte, já comporta exceções.

58. A doutrina da “relativização da coisa julgada”, embora mereça elogios pelo avanço que alcançou, não pode ser utilizada para os fins de desconsiderar o direito fundamental à coisa julgada. Tal premissa, fornece ensejo a entender que as sentenças formadas em contrariedade ao texto constitucional possuem eficácia jurídica que não pode ser olvidada pelo intérprete.

59. Em alguns casos examinados no curso desta Dissertação, verifica-se que os tribunais nacionais(STJ e STF) vêm interpretando a coisa julgada, tão-só apoiando-se na literalidade da legislação em vigor, sem atentar para a eventual colidência com princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como a vedação ao enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

Artigos

Assis, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 31-54.

Baptista da Silva. Ovídio A. Coisa julgada relativa?. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 271-282.

_____. Ovídio A. **Sobrevivência da *querela nullitatis***. Ovídio Baptista da Silva Advogados. Porto Alegre. Disponível: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos003.htm>> Acesso em: 13.04.2008.

Câmara, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 11-30.

Carvalho, Augusto Moreira de. Coisa julgada em matéria tributária no sentido da inconstitucionalidade da lei nº 7.689. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Ano 21 – n. 75-76. Brasília. 1º semestre/2004, pp. 103-120.

Cavalcanti, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti; Santos, Roberta Lúcia Costa Ferreira Dias. Da Competência dos Presidentes dos Tribunais em Sede de Precatórios Judiciais Fundados em Títulos Inconstitucionais para preservação da Autoridade do STF. A Flexibilidade da Coisa Julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 41, p. 29-53, ago. 2006.

Couto e Silva, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, Vol. 27, n. 57, p. 13-31, 2003. Disponível: <pgc. rs. gov.br/revistas/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2008.

Cunha, Leonardo Carneiro da. Os elementos da demanda e a configuração da coisa julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, p. 112-121, jan.2005.

Dantas, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. **Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 15, p. 588-607, mai. 2002.

Delgado, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegida: Efeito da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 103, p. 9-36, jul.-set. 2001.

Dias, Francisco Barros. Breve Análise sobre a coisa julgada inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, vol. 758, p. 34-42, dez. 1998.

Dinamarco, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 109, p. 9-37, Jan.-mar. 2003.

Faria C. de Faria; Theodoro H. Júnior. O Tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 9-53, Set. 2005.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio Ferraz. **Segurança Jurídica, Coisa julgada e Justiça**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. I, nº 3. p. 263-278. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

Garcia, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, n. 130, p. 49-63, dez. 2005.

Góes, Gisele Santos Fernandes. A “Relativização” da coisa julgada: exame crítico(exposição de um ponto de vista contrário). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 135, p. 249-265, mai. 2006.

Greco, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 221-230.

Guerra, Luis Lopes. La legitimidad democrática del juez. **Cuadernos de Derecho Publico**. Madrid, n. 1, p. 43-76, may.- ago. 1997.

Leite, Gisele. **Sobre a coisa julgada**. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br.html/colunistas/gisele01.htm>> Acesso em: 13 de maio de 2006.

Liebman, Enrico Tulio. Effeti Della Sentenza e Cosa Giudicata. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, anno XXXIV (Nuova Serie), n. 1, p. 1-10, Gennaio-Marzo. 1979.

Liebman, Enrico Tulio. Sentenza e Cosa Giudicata: Recenti Polemiche. **Rivista di Diritto Processuale**, Bologna, anno XXXV (Seconda Serie), n. 1, p. 1-25, Gen.-Mar. 1980.

Lima, Paulo Roberto de Oliveira. Alargamento da extensão da coisa julgada – alcance objetivo e subjetivo. **Revista do Conselho Estudos Judiciários**, Brasília, n. 13, p. 73-79, jan.-abr. 2001.

Lucon, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 329-362.

Machado, Daniel Carneiro. A coisa julgada no processo civil romano. **Jus navigandi**, Teresina. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=4967>>. Acesso em: 12 de agosto de 2006.

Marinoni, Luiz Guilherme. Sobre a chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material. **Jus Navigandi**, Teresina. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 13 de maio de 2006.

Mello, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Ano 2, nº 6, p. 327-338, abril a junho de 2007.

Moreira, José Carlos Barbosa. Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, **Revista de Processo**, São Paulo, Ano IX, n. 34, p. 273-285, abr.-jun. 1984.

_____, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material, **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano VI, n. 33, p. 5-28, jan.-fev. 2005.

Moreira, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação**. Revista Forense, Vol. 396. Ano 104, p. 89-104, mar.-abril. 2008.

Navarro, Marcelo. Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. Brasília, nº 2, jan.-fev.-mar. 1993.

Nery, Nelson Júnior. A polêmica sobre a relativização(desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de direito. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 253-270.

Nojiri, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, n. 123, p. 124-141, mai. 2005.

Pereira, José de Lima. **Ação de Modificação ou Revisional do Artigo 471 do Código de Processo Civil – Aspectos Polêmicos e Atuais**. Disponível em: <http://www.prt21.gov.br/dt_2_03.htm>, Acesso em: 13 de maio de 2006.

Pierangeli, José Henrique; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Porto, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual e Relativização da coisa julgada**. Revista de Processo. São Paulo, ano 28, n. 112, p. 23-32, out.-dez. 2003.

Santos, Cláudio Sinoé Ardenghy. **Coisa Julgada e as Ações de Revisão**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/34de020402/coisajulgadaeasaçõesderevisãoclaudiosinoeardenghy.htm>>. Acesso em: 13 de maio de 2006.

Santos, Gustavo Ferreira, **Direitos Fundamentais e Pré-Condições da Democracia**, Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 15, p. 151-157. ago. 2007.

Silva, Érica Barbosa e. O vício existente na “coisa julgada inconstitucional”. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n. 145, p. 83-105, mar. 2007.

Streck, Lênio. Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Conjur**, São Paulo. Disponível: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40803,1#null>>. Acesso em 15/05/2008.

Teixeira, Guilherme Puchaski. Ampliação das hipóteses de relativização da coisa julgada: análise sob o ponto de vista da conveniência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 54, n. 350, p. 55-86, p.55-86.

Tesheiner, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença – crítica à teoria de Liebman. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, pp. 16-47, set.-out.1999.

_____, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto, ano 2, n. 23, p. 11-17, nov. 2001.

Theodoro Júnior, Humberto. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional. (CPC, Artigo 741, Parágrafo único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano VI, n. 29, p. 5-27, mai.-jun. 2004.

Tribunal Regional Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. N. 64. abr.-jun.2006, p.13-81. Decisão exarada no Precatório nº 35.806-CE.

Zavascki, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 329-362.

Wambier, Teresa Arruda Alvim; Medin, José Miguel Garcia. Relativização da Coisa Julgada. In: Didier, Fredie Jr. (Coord.) **Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 341-362.

Livros

Adeodato, João Maurício. **Ética e Retórica – Para uma teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Alexy, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. 1ª edição: 1993. 3ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Almeida Júnior, Jesualdo Eduardo de. **O Controle da Coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre, 2006.

Alves, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Alvim, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Amaral, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

Aragão, Egas Moniz. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

Arangio-Ruiz, Vincenzo, **Instituciones de Derecho Romano**, Traducción por José M. Caramés Ferro, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1986.

Arruda, José Jobson de A.; Piletti, Nelson. **Toda a História – História Geral e História do Brasil**. São Paulo: Editora Ática, 2002.

Ascensão, José de Oliveira, **O Direito: introdução e teoria geral**, 2ª edição brasileira, São Paulo: Renovar, 2001.

Assis, Araken de. **Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Baptista da Silva, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Barroso, Luiz Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios *in* Pimentel, Paulo Gomes (Org.). **Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 169-197.

Beccaria, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993.

Bettetini, Frederica. **Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della chiesa**. Pádua: Cedam, 2002.

Bittar, Eduardo C. B. **O direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

Bobbio, Noberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, Noberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora Ltda., 1996.

Bobbio, Noberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, **Dicionário de Política**. Coordenador de Tradução: João Ferreira e Revisão Geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Caçais. Vol. 1. Brasília: editora UNB, 2000.

Bonavides, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

Braga, Waleschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: Dessemelhanças**. Recife: Dissertação de Mestrado defendida perante Banca na UFPE, 2002.

Canaris, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

Campos, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da Coisa julgada**. São Paulo: Editora Vitória Artes Gráficas Ltda, s/data.

Cardozo, José Eduardo. **Da Retroatividade da Lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Carneiro, Athos Gusmão Carneiro. **Jurisdição e Competência**. 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

Carnelutti, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Vol. I. Tradução: Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

Carvalho, Joana de Moraes Souza Machado. **A Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp021943.pdf>. Acesso em: 06/08/2007>

Cavalcanti Filho, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

Chiovenda, Giusepe. **Principios de Derecho Procesal Civil** – Tomo I. Tradução: José Casais y Santaló. México(DF): Cadernas, 1989.

_____, Giusepe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Vol. II. Tradução: Jose Calais y Santalo. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1977.

_____, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. Acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965.

Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Coelho, Sacha Calmon Navarro. **Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Costa, Moacyr Lobo da. **A Revogação da Sentença**. São Paulo: Ícone, 1995.

Couture, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4ª edição. Buenos Aires: Julio Cesar Editor, 2002.

Cruz e Tucci, José Rogério; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Da Silva, Ovídio A. Baptista e Gomes, Fábio. **Teoria Geral Do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

Dantas, Ivo; Lacerda, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade – Norma Constitucional Inconstitucional – Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: LTR, 2007.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Dinamarco, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo I. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

Diniz, Maria. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

Duarte, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2005.

Fenoll, Jordi Nieva. **La Cosa Juzgada**. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2006.

Ferraz, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

Ferreira, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas: restrição ao artigo 16 da lei de ação civil pública**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

França, R. Limongi de. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 4ª edição. São Paulo: R.T., 1994.

Frederica Bettetini. **Verità, giustizia, certezza: sulla cosa giudicata nel diritto della chiesa**. Pádua: Cedam, 2002.

Freitas, José Lebre; Machado, A. Montalvão; Pinto, Rui. **Código de Processo Civil anotado**. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Gaio. Institutas de Gaio. Livro quarto. Tradução de Alexandre Augusto de Castro Correia, in Tucci, José Rogério Cruz e; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001.

Goldschmidt, James. **Direito Processual Civil**. Tomo I. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

Gomes, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Grau, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

Greco Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. II, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

Larenz, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª edição. Tradução: José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

Leal, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Liebman, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução Original: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução Pós 1945 e Notas Relativas ao Direito Brasileiro Vigente: Ada Pellegrini Grinover. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Lima, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 1997.

Luiso, Francesco Paolo. **Direito Processuale Civile - I Principi Generali**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

Machado, Daniel Carneiro. **A Coisa Julgada Inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004.

Marques, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. III, 2ª parte, 2ª edição revista. Rio de Janeiro: Saraiva, 1976.

Maxiliano, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudo de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Azevedo, Eurico; Aleixo, Décio, Burle Filho, José. São Paulo: Malheiros, 1997.

Mello, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia 1ª Parte**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2007

Miranda, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____, Pontes. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves Tomo 1. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000.

_____, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Tomo IV. 2ª edição. Campinas: Bookseller. 2000.

Montesquieu. **O Espírito das Leis**. Tradução Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2002.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

Moreira, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Mourão, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Nery, Nelson Júnior; Nery Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2006.

Neves, Celso. **Coisa Julgada civil**. São Paulo: RT, 1971.

Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Noronha, Carlos Silveira. **Sentença Civil – Perfil Histórico-Dogmático**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Oliveira, Carlos Alberto Álvaro(Org.). **Eficácia e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

Otero, Paulo. **Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex-Jurídica, 1993.

Passos, J.J. Camon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Peinado, Frederico. **Código de Hammurabi**. Madrid: Tecnos, 1997.

Petit, Eugene, **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Buenos Aires: Albatros, 1954.

Pierangeli, José Henrique; Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Pimenta, Roberto Lyrio. **A validade da norma jurídica in Lotufo, Renan. A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Barueri: Manole, 2005.

Pito Vito, Pio. **I Processi nel Codice di Diritto Canonico. Commento sistemático al Lib. VII.** Vaticano: Vaticana, 1983.

Porto, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil.** 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Keith S. Rosenn. **Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada.** Tradução de Paulo Gomes Pimentel Júnior. Direito Constitucional em Evolução Perspectivas. Coordenação de Paulo Gomes Pimentel Júnior. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 125-154.

Kelsen, Hans. **O que é justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

Radbruch, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª edição. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

Reale, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

Rocha, Daniel Machado Da. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social.** 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Rodríguez-Ocaña, Rafael. **La demanda Judicial Canônica.** Pamplona: Navarra, 2002.

Rolim, Antonio Luiz. **Instituições de Direito Romano.** 2ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Santos, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume 1. São Paulo: São Saraiva, 2002.

Santos, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. IV, São Paulo: Forense, 1976.

_____, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 1º Vol. Revista e atualizada por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2002.

Scialoja, Vittorio. **Procedimento Civil Romano.** Tradución de Santiago Sentis Melendo Y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.

Silva, Isaac Pereira da. **Coisa Julgada Tributária.** Recife: UFPE, 1970.

Silva, Ovídio A. Baptista de, **Sentença e Coisa Julgada,** Rio de Janeiro, Forense, 2003.

Talamini, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Theodoro Júnior, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil,** Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____, Humberto. *In* Gomes, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Tucci, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**. São Paulo, RT, 2001.

_____, José Rogério Cruz; Azevedo, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 2001.

Vilanova, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi - Ibet, 2003.

Vitagliano, José Arnaldo. **Coisa Julgada e Ação Anulatória**. Curitiba: Juruá, 2004.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Legislação

ALEMANHA. ZPO(Zivilprozessordnung), de 30 de janeiro de 1877. Versão espanhola traduzida por Leonardo Prieto Castro. (Sem informações adicionais.)

BRASIL. Constituição(1988) in Campanhole, Hilton Lobo e Adriano. **Constituição do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile e Norme Complementari**. A Cura di Eli Fazzalari e Francesco P. Luiso. Nona Edizione. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2002.

ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Civil(Lei 1/2000, de 7 de enero)**. Madrid: Civitas, 2000.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa**. Disponível: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm> Acesso em: 12/08/2007.

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Texto Disponível em *fac-simile*: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/11p8.htm>> Acesso em: 22/07/2008.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil Português**. Disponível: <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf>. Acesso em: 12/08/2007.

VATICANO. **Código Canônico**. http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM. Disponível em: 29/11/2006.

VENEZUELA. **El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica**. Caracas: Academia de Ciências Políticas y Sociales, 1994.

Precedentes Judiciais

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. PRECATÓRIO Nº 35.806-CE. REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. N. 64. ABR.-JUN. 2006, P. 13-81.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 199901000684284. REL.: JUIZ MOACIR FERREIRA RAMOS (CONV.). ÓRGÃO: TERCEIRA TURMA. RESULTADO: V.U. FONTE: DJ DATA: 22/8/2002 PAGINA: 190. DISPONÍVEL: <[HTTP://WWW.JF.JUS.BR/JURIS/?](http://www.jf.jus.br/juris/)> ACESSO: 20/07/2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 200139000001079. REL.: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. ÓRGÃO: QUINTA TURMA. RESULTADO: V.U. FONTE: DJ DATA: 9/11/2006 PAGINA: 41. DISPONÍVEL: <[HTTP://WWW.JF.JUS.BR/JURIS/?](http://www.jf.jus.br/juris/)> ACESSO: 20/07/2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. EIAC - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CIVEL. Processo: 1999.04.01.024704-6 UF: RS. Data da Decisão: 21/03/2001 Orgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Fonte: DJ 15/08/2001. Relator: JOÃO SURREAUX CHAGAS. DISPONÍVEL: <http://iteor.trf4.gov.br/trf4/volumes1/VOL0008/20010815/SPL/882001/199904010247046A.0337.PDF>. ACESSO: 30/06/2008.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Apelação Criminal nº 1995.51.01.031965-7. UF: RJ. RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL LILIANE RORIZ. ORGÃO JULGADOR: 2ª TURMA. DISPONÍVEL: http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=base_jud:v_it. ACESSO: 25/07/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RCL 5151 /MG. MIN. MENEZES DIREITO. JULGAMENTO: 12/02/2008 ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA PUBLICAÇÃO: DJE-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-03 PP-00509. DISPONÍVEL: [HTTP://WWW.STF.GOV.BR/PORTAL/JURISPRUDENCIA/LISTARJURISPRUDENCIA.ASP](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp)>. DISPONÍVEL: 25/07/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE Nº 96374, DJ 11-11-1983, Relator: MOREIRA ALVES. Votação: unânime. Disponível: <http://www.jf.jus.br/juris/>. Acesso em: 13.04.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 35887 / PE HABEAS CORPUS Nº 2004/0076852-9. RELATOR(A): MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (1136) ÓRGÃO JULGADOR;T5 - QUINTA TURMA. DATA DO JULGAMENTO: 23/08/2007. DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 24.09.2007 P. 328. DISPONÍVEL: <[HTTP://WWW.STJ.GOV.BR/SCON/JURISPRUDENCIA/DOC.JSP?LIVRE=35887&&B=ACOR&P=TRUE&T=&L=10&I=1](http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/doc.jsp?livre=35887&&B=ACOR&P=TRUE&T=&L=10&I=1)> ACESSO: 22/07/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACORDÃO ORIGEM: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CLASSE: EARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 674120 PROCESSO: 200401094591 UF: RS ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 08/11/2005 DOCUMENTO: STJ000658056 FONTE: DJ DATA:12/12/2005 PÁGINA:413 RELATOR(A): FELIX FISCHER DISPONÍVEL: WWW.STJ.GOV.BR. ACESSO: 5/10/2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 202290, PROCESSO: 199800645586 – MG, ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA, DATA DA DECISÃO: 18/02/1999, FONTE DJ, DATA:26/04/1999, PÁG. 67, RELATOR JOSÉ DELGADO. DISPONÍVEL: WWW.STJ.GOV.BR. ACESSO: 5/10/2007.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EARESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 674120 PROCESSO: 200401094591 UF: RS ÓRGÃO JULGADOR: QUINTA TURMA DATA DA DECISÃO: 08/11/2005 DOCUMENTO: STJ000658056 FONTE: DJ DATA:12/12/2005 PÁGINA:413 RELATOR(A): FELIX FISCHER. DISPONÍVEL: [HTTP:WWW.STJ.GOV.BR](http://WWW.STJ.GOV.BR). ACESSO: 25/10/2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRG NO RESP 795687 / SE ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0184993-3 RELATOR(A): MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO. ÓRGÃO JULGADOR: T6 - SEXTA TURMA DATA DO JULGAMENTO: 16/05/2006 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJ 14.08.2006 P. 349. DISPONÍVEL: [HTTP: WWW. STJ.GOV.BR](http://WWW.STJ.GOV.BR). ACESSO EM: 25/10/2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 381980 Processo: 200100466796 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000643698. Fonte DJ DATA:03/10/2005 PÁGINA:343. Relator(a): HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. DISPONÍVEL: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2007704&sReg=200100466796&sData=20051003&sTipo=91&formato=PDF. ACESSO EM: 29/07/2008.

SÚMULA Nº 672: O REAJUSTE DE 28,86%, CONCEDIDO AOS SERVIDORES MILITARES PELAS LEIS 8622/1993 E 8627/1993, ESTENDE-SE AOS SERVIDORES CIVIS DO PODER EXECUTIVO, OBSERVADAS AS EVENTUAIS COMPENSAÇÕES DECORRENTES DOS REAJUSTES DIFERENCIADOS CONCEDIDOS PELOS MESMOS DIPLOMAS LEGAIS. DISPONÍVEL:< http://www.stf.gov.br/porta1/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 15/07/2008.