

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA: PROBLEMAS
CONSTITUCIONAIS DE SUA RELATIVIZAÇÃO

CAROLINA DE ALBUQUERQUE

PIRACICABA/SP

2006

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA: PROBLEMAS
CONSTITUCIONAIS DE SUA RELATIVIZAÇÃO

CAROLINA DE ALBUQUERQUE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, Núcleo de estudo de Direitos Fundamentais e da Cidadania, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

PIRACICABA/SP

2006

Ficha catalográfica

ALBUQUERQUE, Carolina de

Direito Fundamental à coisa julgada: problemas constitucionais de sua relativização / Carolina de Albuquerque. - Piracicaba, 2006.

212 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, 2006.

Referências bibliográficas: f. 198-212

Orientador: Sérgio Resende de Barros

1. Coisa julgada. 2. Constitucionalidade. 3. Relativização. 4. Justiça.
5. Segurança Jurídica

**DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA: PROBLEMAS
CONSTITUCIONAIS DE SUA RELATIVIZAÇÃO**

CAROLINA DE ALBUQUERQUE

Trabalho defendido em 23 de fevereiro de 2006. Banca Examinadora constituída por:

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis

Prof. Dr. Rubens Beçak

UNIMEP
Piracicaba/SP
2006

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível graças a colaboração direta ou indireta de muitos. Manifesta-se a gratidão a todos e em particular:

à Universidade Metodista de Piracicaba;

à CAPES, pela bolsa de estudos;

ao Professor Doutor Sérgio Resende de Barros, pelas aulas e orientação;

ao Professor Doutor Dimitri Dimoulis, pela orientação, pela paciência, pelos livros e outros materiais emprestados;

ao Professor Doutor Everaldo Quilici Gonzalez, pelas considerações quando da qualificação;

ao Professor Doutor Gessé Marques Júnior, pela ajuda na correção principalmente dos aspectos formais;

à Professora Neide Poli, pela revisão do português;

a Lauro Swenson Joppert Júnior, pelos questionamentos e idéias;

às secretárias do Programa de Mestrado em Direito, Sueli Catarina V. Quilles, Dulce Helena dos Santos e Clemilson Marques Batista, pela ajuda e paciência;

a Danilo de Albuquerque e Lélia Calipso Achon de Albuquerque, por complementarem a ajuda financeira e outras mil coisas;

a Jefferson Cury Serra, pela grande ajuda, principalmente nos últimos dias de trabalho, e pelo carinho.

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA: PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS DE SUA RELATIVIZAÇÃO

CAROLINA DE ALBUQUERQUE

RESUMO

A dissertação trabalha o tema da coisa julgada, pretendendo determinar seu conceito e o alcance da norma constitucional que a protege, para um posicionamento em relação às atuais teses referentes à sua relativização.

Para atingir este objetivo, são listados e estudados os argumentos utilizados pelas teorias atuais sobre a relativização da coisa julgada, tanto as que defendem essa prática como as avessas a tanto. Porém, o relatado não é considerado suficiente para uma opção em favor ou contra esta relativização, além de não trazer subsídios para a determinação dos moldes da proteção, do conceito e dos parâmetros da coisa julgada.

São estudados também os elementos em comum dessas correntes — a justiça no caso concreto e a segurança jurídica — por meio de análise dos mesmos em relação à própria coisa julgada, atentando para o fato de que tanto a segurança como a justiça são conceitos abstratos, que não permitem um equacionamento objetivo do problema da possibilidade de relativização do caso julgado.

Assim, o tema é pensado nos termos da Constituição de 1988, a qual traça os parâmetros relativos à proteção da coisa julgada, considerando-a um direito fundamental, protegido como cláusula pétrea, excluindo desta proteção apenas os parâmetros infra-constitucionais que a determinam.

Enfim, considerando a coisa julgada em conformidade com sua proteção constitucional, são cláusulas pétreas: o conceito de coisa julgada — como decisão judicial imodificável —, a coisa julgada em concreto e a possibilidade de existência da coisa julgada dentro do ordenamento. Conclui-se, portanto, que a relativização da coisa julgada pode ocorrer apenas nos casos em que houver meio legal positivado para tanto, ou seja, atualmente, via ação rescisória ou embargos de execução, pois a coisa julgada no caso concreto não pode ser perturbada, o que torna os argumentos pró-relativização apresentados insubsistentes.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada, Constitucionalidade, Relativização, Justiça, Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The dissertation works with the theme of the *res judicata*, intending to determine the concept and the reaching of the constitutional norm which protects it, for a positional posture in relation to the actual thesis referring to the unconstitutional *res judicata*.

On that search the arguments are listed and studied used by the actual theories about the relativization of the *res judicata*, not only theories which defend this practice but also those which are contrary to them. However, what is reported is not considered enough to a pros or cons choice to this relativization, besides it does not have subsidies to the determination of the protection models, of the concept and of the patterns of the *res judicata*.

After that, the element in common with each one of these currents is studied, which are: the justice in the real case and the juridical assurance, for an analysis of them in relation to the *res judicata*. After all, both assurance and justice are abstract concepts, which do not allow an objective equation of the possibility's problem of the *res judicata* relativization.

Therefore, the theme is pondered according to the Constitution of 1988, that designates the patterns related to the *res judicata* protection, considering it as a fundamental right, protected as constitutional rule, eliminating only the ordinary law patterns which determine it from this protection.

At last, considering the *res judicata* in accordance with the constitutional protection, constitutional rule is: the concept of the *res judicata* – as an unchangeable final judgement-, the *res judicata* in fact and the possibility of the *res judicata* existence within the ordering. It follows that, the relativization of the *res judicata* may only happen in cases that there is a legal way supported for it, that is, at the present time, by means of rescissible action or by means of execution impediments, because the *res judicata* in fact may not be disarranged, what becomes the pro-relativization arguments presented unsubstantial.

KEY-WORDS: *Res judicata*, Constitutionality, Relativization, Justice, Juridical Assurance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. APONTAMENTOS HISTÓRICOS	14
1.1. Direito Romano	16
1.2. Direito Canônico	28
1.3. Direito Português.....	31
1.4. Direito Brasileiro	35
1.5. Crítica.....	42
2. DELIMITAÇÃO	44
2.1. Enfoque político	45
2.2. Enfoque jurídico	51
3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	59
3.1. Argumentos favoráveis à relativização	60
3.1.1. Da negação do caráter constitucional.....	61
3.1.2. Dos Princípios da Legalidade e da Moralidade.....	66
3.1.3. Da sentença sem efeitos substanciais	70
3.1.4. Do homem comum	73
3.1.5. Da sentença inexistente	75
3.1.6. Da fungibilidade dos meios rescisórios.....	78
3.1.7. Do afastamento do trânsito em julgado.....	82
3.2. Críticas	84
3.3. Argumentos contra a relativização.....	94
3.3.1. Da constitucionalidade	94
3.3.2. Da cidadania processual	98
3.3.3. Da incerteza do resultado justo	101
3.3.4. Dos vícios transrescisórios	105
3.3.5. Da preliminaridade	108
3.3.6. Do controle abstrato.....	110

	10
3.3.7. Da ação proporcionalidade	115
3.4. Críticas	117
3.5. Aspectos positivos	120
4. JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA	125
4.1. Justiça	125
4.2. Segurança Jurídica	134
4.3. Crítica	144
5. COISA JULGADA E CONSTITUIÇÃO.....	148
5.1. Constituição de 1988	150
5.2. Legislação infra-constitucional e doutrina	181
5.3. Crítica	190
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	192
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	198

INTRODUÇÃO

A coisa julgada, apesar de objeto de vários estudos, sempre foi pensada nos termos do direito processual, sendo seus parâmetros constitucionais resgatados apenas na discussão atual de sua relativização.

Temos a pretensão de fazer um balanço do já escrito em relação ao tema, buscando, a partir disso, discuti-lo claramente em bases constitucionais. Não serão abordadas as possibilidades de *lege ferenda*, pelo objeto do trabalho se resumir ao possível dentro do sistema jurídico atual.

A Constituição Federal diz em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" e na doutrina, a coisa julgada é tratada como direito fundamental. Apesar disso, pretendemos refletir criticamente sobre o assunto, determinar a veracidade destas afirmações e a amplitude da proteção constitucional conferida ao instituto sob enfoque.

A doutrina atual, principalmente processual, vem, nesses últimos anos, defendendo que a coisa julgada no caso concreto, que estabeleceu situação injusta ou inconstitucional, deve ser relativizada, mesmo se transcorrido o prazo de dois anos para a proposição da ação rescisória. Para tanto, essas teorias utilizam vários argumentos como, por exemplo, o da inconstitucionalidade da proteção à coisa julgada viciada.

Como reação à publicação de vários livros e artigos nesse sentido, surgiu uma corrente doutrinária discordante que defende a impossibilidade de a coisa julgada ser relativizada como proposto nos trabalhos pró-relativização, pois para tanto seria necessária uma lei para a rescisão da coisa soberanamente julgada.

Dessa discussão participaram vários doutrinadores renomados de direito processual, porém, não existem muitos trabalhos sobre o tema em balizas constitucionais, ou que estudem o conceito de coisa julgada na Constituição em vigor e o alcance da proteção jurídica dada ao instituto.

Dessa forma, optamos por abordar o tema em parâmetros diferentes dos utilizados até o momento, pois a coisa julgada está explícita na Constituição Federal e sua delimitação clara é necessária para sua efetividade.

Para isso, primeiramente, serão apresentados breves apontamentos históricos de institutos similares à coisa julgada atual na tentativa de determinar um conceito mínimo, histórico e fixo deste instituto, o qual será utilizado como parâmetro.

Serão apresentados três famosos procedimentos do Direito Romano, as compilações do Direito Canônico, as Ordenações do Direito Português e o Direito Brasileiro até o advento da Constituição de 1988.

Notamos que a coisa julgada existe em todos esses ordenamentos e em cada um ela possui uma forma diferente, dependendo dos recursos existentes, de quem decide, das instâncias judiciais, etc. Porém, em todos eles, ela possui o conteúdo de decisão judicial imutável, assim o que provoca as diferenças nos institutos é o fato de o seu conceito ser poroso e determinável pelo ordenamento.

O enfoque deste estudo é eminentemente jurídico e busca a conformação da coisa julgada no ordenamento brasileiro atual. Não nos preocupamos com aspectos políticos do instituto, como, por exemplo, sua finalidade.

No debate nacional atual, relativo à coisa julgada e à Constituição, apresentam-se várias teorias que pretendem determinar o sentido de coisa julgada e a possibilidade de sua inconstitucionalidade. Os argumentos dessas teorias serão separados em dois grandes grupos, os contra e os favoráveis à relativização do instituto, e elencados em categorias originais, para sua posterior interpretação com base constitucional, medindo-se sua compatibilidade com o sistema jurídico atual.

Consideramos esses argumentos insuficientes para fundamentar uma teoria relativa à coisa julgada e sobre sua constitucionalidade, porém, cada bloco doutrinário possui um elemento fundamental, que são: a segurança jurídica, nas teorias contra a relativização, e a justiça, nas pró-relativização. Assim, necessário um estudo sobre esses conceitos.

O método para a apreciação dos conceitos de segurança jurídica e justiça será o desconstrutivismo. Analisaremos as várias significações destes termos, retirando as idéias consideradas imprestáveis para a construção de um conceito final aproveitável, a ser utilizado como fundamento para uma teoria da coisa julgada.

Obviamente, todos gostaríamos que esses dois valores incompatíveis fossem efetivos, porém não encontramos definição de justiça ou segurança jurídica, apesar da ampla utilização desses conceitos, viciados pelo seu uso subjetivo. Consequentemente, não há possibilidade de o problema ser equacionado nestes termos.

Utilizaremos como último parâmetro para a resolução do problema apresentado a Constituição Federal de 1988, pela importância do constitucionalismo e pela supremacia jurídica desse documento.

Examinaremos o conceito da coisa julgada citado na Constituição atual, buscando deixar clara a amplitude dessa proteção constitucional, considerando sua menção como direito fundamental e sua proteção como cláusula pétrea.

Apresentaremos os contornos infra-constitucionais do instituto, trazendo para o texto noções tradicionais, como a divisão da coisa julgada em formal e material, além das disputas teóricas acerca da imutabilidade que a mesma confere à sentença, pois, apesar de a coisa julgada ser direito fundamental, ela é sempre direito processual.

Sobre os parâmetros infra-constitucionais da coisa julgada, estes podem ser modificados pelo legislador de forma irretroativa, sendo possível a criação de nova lei para a solução da discussão atual.

Concluimos, portanto, que são protegidos constitucionalmente, como cláusulas pétreas: o conceito fixo de coisa julgada, a coisa julgada no caso concreto e a efetiva existência da coisa julgada, sendo vedada a criação de inúmeros recursos de forma que esta deixe de existir, o que obsta a aceitação das teses pró-relativização da coisa julgada, por pretenderem a modificação da coisa julgada em concreto.

CAPÍTULO 1 – APONTAMENTOS HISTÓRICOS

Neste primeiro capítulo trabalharemos com o Direito Romano, pelo fato de alguns autores verem neste ordenamento o surgimento da coisa julgada. Após isso serão elencados alguns institutos do Direito Canônico, seguidos por ponderações sobre o Direito Português. Pretendemos tratar de cada um desses complexos ordenamentos apenas em relação a institutos históricos similares ao da coisa julgada atual, com o intuito de demonstrar que há um certo conteúdo imutável tanto no conceito como na finalidade de pacificação social da coisa julgada, independente do ordenamento ou da época apreciada.

Essas linhas acerca da história não são um retrato fiel da época estudada, assim o instituto da coisa julgada não deve ser entendido como inserido em uma evolução histórica linear, pois não existem informações precisas acerca da legislação, doutrina e procedimentos utilizados nas épocas passadas.

Mesmo se houvesse a possibilidade de acesso a este material, seria necessário estudá-lo relacionando-o à sociedade existente na época de sua vigência, pensando-se inclusive em sua efetiva aplicabilidade e nas variações de conteúdo das expressões utilizadas nos documentos coletados¹, não sendo esta a finalidade do presente estudo.

Afirmamos a impossibilidade de desvincular o estudo feito da mentalidade atual, assumindo a dificuldade em enxergar o passado sem os óculos do presente, porém tentamos explicitar o legislado à época e o descrito acerca dessa matéria com certa isenção valorativa, apesar de, em certos locais e momentos históricos, os ordenamentos guardarem grandes diferenças terminológicas e axiológicas com as legislações atuais².

Como conceito inicial de coisa julgada utilizaremos a força que a sentença proferida por um poder jurisdicional possui de não ser modificada tanto por uma nova legislação que venha regular matéria já decidida, como por processo judicial ou ato administrativo que pretenda modificá-la, ou seja, situações em que percebemos a imutabilidade de decisões similares às atualmente chamadas jurisdicionais. Esta opção é feita também como justificativa à escolha dos institutos a serem relatados.

¹ Cf. SABADELL, Ana Lúcia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. In **Cadernos de Direito**. n. 4, vol. 2. Piracicaba: UNIMEP, 2003, pp. 31 e 36-37.

² Ibidem, pp. 36-37. Cf. GAZZI, Mara Sílvia. **Os limites subjetivos da coisa julgada**. In Revista de Processo, v. 9, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 1984, p. 80: "(...) Derivada do latim *res judicata*, a expressão 'coisa julgada' é por nós, hoje, utilizada com delimitação semântica bastante diversa à da sua origem. (...)".

As discussões acerca da coisa julgada administrativa não serão objeto de análise, pois esta impossibilita apenas eventual revisão na esfera da administração, pois o decidido pode ser revisto judicialmente³. Quanto à legislação, esta pode ser modificada através do advento de lei hierarquicamente superior ou, no caso de similar patamar hierárquico, de legislação mais nova ou mais específica⁴. Portanto, apenas a sentença⁵, e nenhum outro ato do administrador, do legislador ou mesmo do juiz estabelece a situação entre as partes e o objeto de determinado processo com a inalterabilidade produzida pelo julgamento⁶.

O termo direito será aqui considerado de forma ampla, abarcando as normas, doutrinas e decisões anteriores à conformação do Estado atual, considerando a dificuldade de determinação exata de seu conteúdo⁷. Por exemplo, consideramos como direito as instituições romanas.

As informações neste histórico foram compiladas e, apesar da pretendermos descrever os conceitos tal como eram nas sociedades apresentadas, sem a intenção deliberada de preencher as lacunas com o direito atual⁸, não pudemos ter o mesmo cuidado com os textos citados.

Ressaltamos que o trabalho não é essencialmente histórico, pois seu enfoque são as discussões hodiernas dos próximos capítulos. Porém, antes de adentrar nesta discussão e de determinar um conceito mais complexo de coisa julgada, consideramos necessário apresentar as principais vicissitudes históricas relativas à delimitação atual do conceito sob enfoque.

³ Quanto à revisão de atos administrativos regidos por conveniência e oportunidade, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 493.811**. Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de Santos. Relator: Ministra Eliana Calmon. 15 de março de 2004. Disponível na internet no site <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>>, acesso em 06/01/06, ementa: “1. Na atualidade, o império da lei e seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem inclusive as razões de conveniência e oportunidade do administrador. (...)”

⁴ Sobre conflito de leis no tempo, cf. DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 225-239.

⁵ As sentenças que não fazem coisa julgada serão examinadas no capítulo 5.

⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 485.

⁷ Cf. SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, 2003, p. 35, o conceito de direito, apesar de possuir determinação impossível, deve ser limitado ao "direito contemporâneo das sociedades capitalistas", porém optamos neste estudo pela utilização de um conceito mais abrangente.

⁸ Cf. *Ibidem*, p. 35, a ausência de subsídios históricos pode levar o estudioso à utilização de conceitos contemporâneos que não se aplicariam à realidade pelo mesmo descrita.

1.1. Direito Romano

No Direito Romano a *res judicata*, ou o bem julgado, era incontestável e sua finalidade advinha da necessidade prática de pacificação social, com a segurança na disposição dos bens e certeza do termo final do processo⁹.

A *res judicata* consistia na nova relação jurídica existente entre as partes após um processo, considerando que o processo civil romano comportou três períodos, com suas respectivas formas típicas, o das *legis actiones*, o *agere per formulas* (754 a.C. a 209 a.C.)¹⁰ e o *cognitio extra ordinem* (de 209 a.C. a 568 d.C.)¹¹.

O processo das ações da lei, ou das *legis actiones*¹², utilizado anteriormente ao processo formular, era solene e extremamente formal, apesar de oral. Este procedimento obrigava as partes à obediência de rituais e palavras pré-determinadas, porque um equívoco acerca da expressão correta a ser utilizada, poderia acarretar a perda da lide¹³. Exemplo citado está nas *Institutiones* de Gaio¹⁴, comentário IV, 11, em que a troca do termo árvores por videiras pelo autor que as pleiteava acarretou-lhe a perda da ação, pois o termo a ser utilizado conforme a lei era árvores, apesar de as árvores no caso serem efetivamente videiras¹⁵.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 370.

¹⁰ Não há especificação sobre a data do surgimento do processo formular pelo mesmo ter sido inicialmente utilizado sem embasamento legal, sendo posteriormente positivado, cf. KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 433.

¹¹ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 408.

¹² Cf. BATISTA, Deocleciano. **Coisa julgada inconstitucional e prática jurídica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 40. As ações de lei tinham base legal nas Leis das XII Tábuas que datam 451 a.C. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 423. Ocorre que, cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 86-87, a existência da Lei das XII Tábuas chegou a ser posta em dúvida, pois seu texto se perdeu, sendo sua existência auferida por citações de doutrinadores romanos, como Cícero, e comentários de Gaio e Labeo. Em sentido contrário, há posição que mesmo no tempo de Gaio não se sabia exatamente a origem das ações de lei, cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano I**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 192.

¹³ CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 413.

¹⁴ Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 91, essas institutas foram encontradas quase inteiramente apenas em 1816.

¹⁵ Cf. GAIUS. **Gai Institutionum Commentarii Quatuor**: commentarius quartus. Disponível na internet no site: <<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/gaius4.html>>, acesso em 23/08/2005, 11: "*Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur uel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.*" Tradução em GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 182-183: "As ações empregadas pelos antigos denominavam-se ações da lei, ou pelo fato de se originarem da lei (pois, na época, não existiam ainda os editos do pretor, que mais tarde introduziram novas ações), ou por se adaptarem às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis, como os termos

Este procedimento era bifásico, sendo que a parte "pedia" ao pretor a ação de lei, utilizando as palavras e gestos necessários para tanto, e a outra parte fazia o mesmo¹⁶. Assim, se tudo executado corretamente, o pretor encaminhava o julgamento a um juiz privado, frente ao qual as partes expunham a questão sem as formalidades anteriores, produziam provas e, ao final, o juiz condenava ou absolvía o réu, não havendo possibilidade de coação para fazer valer o decidido pelo juiz, pois este, por ser particular, não possuía o poder de *imperium*¹⁷.

O próprio pretor, antes de encaminhar ao juiz a lide para decisão, já conferia se os componentes do processo atual estavam presentes em ação de lei anterior. Se entendesse que sim, a matéria não seria sequer remetida ao juiz, negando-se a possibilidade de nova ação de lei para o mesmo caso¹⁸. Assim, a atuação do juiz privado era restrita¹⁹, pois vinculada à apreciação anterior do caso pelo pretor, não havendo possibilidade de reprimenda da ação em face daquele²⁰.

Neste procedimento, o que vinculava as partes à decisão judicial era a *litis contestatio*, que possuía força contratual apesar de não se tratar de um contrato, pois as intenções das partes de submissão à sentença eram feitas ao pretor, não entre si. Portanto, a efetividade da decisão advinha da própria vontade das partes, e no caso de descumprimento, as conseqüências eram similares às do contrato da época²¹. A força preclusiva do julgado

das leis. Daí ter-se respondido que perdia a ação quem, agindo por causa de videiras cortadas, empregava o termo videiras (*vites*); pois as Leis das XII Tábuas, nas quais se fundamentava a ação por videiras cortadas, empregava a expressão árvores cortadas (*arboribus succisis*) em geral”.

¹⁶ Não havia a possibilidade de impetrar-se ação que não estivesse regulada legislativamente, cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 408. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 196, havia cinco ações de leis, sendo que a *actio sacramenti* poderia ser utilizada na falta de procedimento especial, o que por si abarcaria os problemas outros que não possuíssem ações especiais. Além disso, cita que sobre a existência de outras ações de lei o tema é muito controvertido. A adstrição feita deve ser considerada em relação não à forma, mas ao conteúdo, que deveria obrigatoriamente ser protegido pelo *ius civile romanorum* para a utilização de uma ação. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 12: “*Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem.*” e 13: “*Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur (...).*” Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 183: “As ações de lei eram cinco: *sacramentum, iudicis, póstulatio, condictio, manus iniectus* e *pignoris capio.*” e 13: “*Sacramentum* era uma ação geral, porque se utilizava o *sacramentum*, em todos os casos para os quais a lei não estabelecia um processo especial (...).”

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 194-196.

¹⁸ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 108: “*Alia causa fuit olim legis actionu, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*” Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, pp. 209-210: “Antigamente, no tempo das ações de lei, a situação era diversa, pois a questão, uma vez decidida, não podia mais ser renovada, segundo o próprio direito civil. Não se interpunham, naquele tempo, como hoje, as exceções”.

¹⁹ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Rumo a uma nova coisa julgada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 42 e NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, pp. 12-13.

²⁰ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Op. cit.*, p. 42.

²¹ KASER, Max. *Op. cit.*, p. 445.

advinha do próprio processo, da atuação das partes e do pretor que determinava a *litis contestatio*, após o que os atos executados estariam irremediavelmente findos ou instituídos²². Além disso, a revelia acarretava graves penas ao réu²³.

Sobre a relação deste procedimento com a coisa julgada, o mais importante é como a formalidade acarretava alguns ônus aos litigantes, os quais não podiam esquivar-se de cumpri-los²⁴. O autor não possuía poder para obrigar o réu condenado a cumprir com sua obrigação e, para executar o decidido, havia necessidade de impetrar uma nova ação da lei²⁵ executória, como a chamada *manus iniectio*²⁶. Não encontramos referências quanto à possibilidade recursal nesta forma procedimental²⁷.

²² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 197-202.

²³ KASER, Max. *Op. cit.*, p. 445.

²⁴ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 16: "*Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciuue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAUSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE(...)*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 184: "Se se tratasse de ações in rem, as coisas móveis e as semoventes, suscetíveis de serem levadas ou conduzidas a juízo, pleiteavam-se do seguinte modo; o autor reclamante, empunhando a varinha, tomava a coisa, um homem, por exemplo, dizendo: DIGO QUE ESTE HOMEM É MEU POR DIREITO DOS QUIRITES, SEGUNDO SUA SITUAÇÃO JURÍDICA. ASSIM, COMO DISSE, VÊ QUE O TOQUEI COM A VARINHA e, ao mesmo tempo, tocava o homem com a varinha. O réu dizia e fazia o mesmo. Quando as duas partes tinham pleiteado, o pretor dizia: LARGUEM AMBOS O HOMEM e eles largavam. O primeiro reclamante interrogava o reclamado assim: PEÇO QUE DIGAS A QUE TÍTULO VINDICASTE; e o segundo respondia: EXERCI MEU DIREITO TOCANDO COM A VARINHA. Em seguida o primeiro reclamante dizia: JÁ QUE PLEITEASTE INJUSTAMENETE, DESAFIO-TE AO SACRAMENTUM DE QUINHENTOS ASSES. O contratante dizia também o mesmo: E EU TE DESAFIO. (...)"

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 218.

²⁶ Ibidem, p. 202. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 22: "*Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectioem in quosdam dederunt (...)*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 187: "Depois, algumas leis concederam a *manus iniectio*, em outros casos, contra certas pessoas, em razão da coisa julgada (...)" Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 24: "*Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IVDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IVDICATO MANVM INICIO nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla ratione factum*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 187: "Essas leis e outras de qualquer natureza, por ventura existentes, permitiam ao réu repelir a garra de quem o prendia, defendendo-se pessoalmente. O autor, nessa ação de lei, não acrescentava as palavras por causa de julgamento, mas, depois de indicar a causa em virtude da qual agia, dizia o seguinte: POR ISSO EU PONHO A MÃO SOBRE TI, POR CAUSA DE JULGAMENTO. Lembro-me de que as palavras, por causa de julgamento, introduzidas pela fórmula da lei Fúria Testamentária, não se encontravam na própria lei, o que parece ser sem razão alguma (*quid uidetur factum nulla ratione*)".

²⁷ BATISTA, Deocleciano. *Op. cit.*, p. 40.

As complexidades e formalidades são consideradas os motivos de as ações de lei serem substituídas pelo processo formular, sendo que esta substituição ocorreu formalmente com a lei *Aebutia*, em 140 a.C., que descreveu este procedimento para alguns poucos casos, e a lei *Iuliae*, em 17 a. C.²⁸, que o generalizou para abranger todos os tipos de ações.²⁹

Sobre a aplicação do *agere per formulas* ou processo formular antes da sua positivação, há conjecturas acerca de o mesmo ter sido inicialmente utilizado pelos pretores apenas para regularizar a aplicação do direito em face dos não-cidadãos, que não podiam utilizar as leis feitas para os cidadãos romanos. O fundamento de validade para sua aplicação inicial estava na autoridade do pretor, porém o procedimento passou a ser aplicado posteriormente às relações entre romanos e estrangeiros³⁰. Por outro lado, alguns afirmam que este procedimento adveio das instruções redigidas ao magistrado pelo pretor no tempo das ações de lei, para o julgamento dos casos³¹.

Mesmo após positivado, não há informações exatas a respeito do alcance das leis que formalizaram esse procedimento, havendo consenso apenas quanto ao fato de as leis Júlias o tornarem obrigatório³², apesar da utilização das *legis actiones* em poucos e determinados casos³³.

O processo formular também era bifásico. Na primeira fase, da *litis contestatio*, os atos das partes perante o juiz determinavam os limites do julgamento e os possíveis deslindes

²⁸ Datas cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2000, p. 424.

²⁹ Cf. ALVES, *Op. cit.*, 205. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 30: "*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est per formulas, litigaremus.*" Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 189: "Todas essas ações da lei tornaram-se, paulatinamente, odiosas, porque, em razão da extrema sutileza dos antigos criadores do direito, chegou-se a situação de que aquele que cometesse o menor erro perderia a causa. Por isso, as ações de Lei foram revogadas pela Lei Ebúcia e pelas duas Leis Júlias, levando os processos a realizarem-se por palavras fixas, isto é, por fórmulas."

³⁰ BATISTA, Deocleciano. *Op. cit.*, p. 40.

³¹ Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 206, nenhum texto romano traz qualquer referência a esta idéia.

³² KASER, Max. *Op. cit.*, p. 433 e BATISTA, Deocleciano. **Coisa julgada inconstitucional e prática jurídica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 40.

³³ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 230-231. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 31: "*Tantum ex duabus causis permissum est [id legis actionem facere] lege agere, damni infecti et si centumuirale iudicium futurum est; sane cum ad centumuiros itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum uel peregrinum; damni uero infecti nemo uult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat aduersarium suum, idque et commodius ius et plenius est. per pignoris capionem [. . . tota pag. . . .] apparet.*" Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 189: "Admitem-se as ações de lei apenas em dois casos: no da ação por dano iminente (*damni infecti*) e no das ações perante os tribunais dos centúviro. Não resta dúvida de que, nos processos perante os centúviro, se age segundo a ação preliminar da lei por *sacramentum*, perante o pretor urbano ou perante o pretor peregrino. Na ação de dano iminente, porém, ninguém observa a ação da lei, preferindo todos, para obrigar o adversário, recorrer à estipulação publicada no edito, meio este mais fácil e eficaz".

sobre o direito controvertido, sendo fixada a fórmula a ser apreciada pelo magistrado, com a concordância das partes³⁴. Esta delimitação inicial extinguiu a relação jurídica controvertida anterior, dando ao pretor apenas a escolha de acolher ou não a fórmula³⁵ e, feita uma das opções, não se poderia discutir novamente o decidido³⁶.

A condenação neste tipo de procedimento era sempre pecuniária³⁷, pois se o réu não quisesse devolver a coisa poderia pagar ao autor seu valor em moeda³⁸.

O processo formular era um pouco menos rígido que o das ações de lei, e com esta modificação procedimental, a imutabilidade da *litis contestatio* passa a ter relevância diferenciada, pois o processo formular permite maior liberdade às partes e os atos judiciais passam a ser em maior número e mais complexos³⁹.

Essa gama de atos processuais diversos que passou a existir com o processo formular tornou quase impossível ao pretor perceber a identidade dos litígios, ou da existência da *res judicata*, havendo a necessidade de transferir essa apreciação ao juiz⁴⁰. Com isso, o pretor, havendo nova demanda com mesmas partes sobre o mesmo objeto, ou determinava que o vínculo processual anterior absorvesse o problema atual, ocorrendo preclusão consumativa da lide⁴¹, ou, quando essa decisão era muito complexa, concedia uma *exceptio*⁴² relativa à

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 208.

³⁵ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 43: “*Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluenduae potestas permittitur, uelut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DVMTAXAT X MILIA*”. Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 192: “*Condemnatio* é a parte da fórmula em que se concede poder ao juiz para condenar ou absolver, como esta parte da fórmula: JUIZ CONDENA N. NEGÍDIO A PAGAR DEZ MIL SESTÉRCIOS A A. A.; SE NÃO PARECER QUE N. NEGÍDIO DEVA PAGAR, ABSOLVE-O ou simplesmente: JUIZ CONDENA N. NEGÍDIO EM FAVOR DE A. AGÉRIO, sem se acrescentar SOMENTE ATÉ DEZ MIL SESTÉRCIOS”.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 426.

³⁷ GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 48: “*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.*” Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 194: “A condenação em todas as fórmulas que a contém, é formulada sob a forma de cálculo em dinheiro. Assim, se pedirmos uma coisa corpórea, como terreno, escravo, roupa, ouro e prata, o juiz não condena o réu à prestação da própria coisa, objeto da lide, como era costume fazer-se, antigamente, mas condena-o em dinheiro, depois de calculado o valor da coisa (*aestimata re, pecuniam eum condemnat*).”

³⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 208-209.

³⁹ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 197-202.

⁴⁰ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 13.

⁴¹ Como ocorria nas *legis actiones*, cf. *Ibidem*, p. 17, o processo formular impedia que fosse impetrada nova ação definitivamente, sendo indiferente se o julgamento acabasse em uma sentença de mérito ou de indeferimento do pedido.

⁴² Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 214-215 e 240-241, a *exceptio* era a forma de o réu invocar direito próprio, como no caso de novação da dívida, ou no caso *res judicata*. A exceção era um acessório da

existência ou não da *res judicata*, que seria apreciada pelo magistrado na segunda fase do processo⁴³.

A delimitação inicial determinada pelo pretor não poderia ser modificada posteriormente e estabelecia os possíveis deslindes da pretensão resistida, sendo seguida pela segunda fase do processo, quando o juiz limitava-se a optar pela decisão mais razoável, condenando ou absolvendo o réu⁴⁴. Este juiz, ou *iudex unus*, era, na verdade, um particular nomeado para decidir determinado processo⁴⁵.

Alguns autores defendem que a imutabilidade do julgamento advinha do fato de a primeira fase do processo ser pública, e assim, a atuação estatal impediria o pedido de nova fórmula em relação ao mesmo problema, mas é importante lembrar que são divergentes as opiniões acerca da natureza pública ou privada da própria *litis contestatio*⁴⁶. De qualquer forma, esta possuía efeito extintivo, pois extinguiu o direito de ação, não se podendo intentar nova ação sobre o assunto já julgado⁴⁷.

fórmula, e se não fosse incluída nesta última, não poderia ser apreciada pelo juiz.

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 420-421, AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Op. cit.*, p. 42, NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 14 e TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 152. Ainda, havendo ação proposta em juízo incompetente, poderia renovar a instância ao competente. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 106: "*Et si quidem imperio continentis iudicio actum fuerit, siue in rem siue in personam, siue ea formula, quae in factum concepta est, siue ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae*", 107: "*Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilibus habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 209: "Proposta a instância contida no *imperium* do magistrado, ou *in rem* ou *in personam*, ou pela fórmula concebida *in factum* ou por aquele cuja *intentio* é concebida *in ius*, pode-se sempre, em razão do próprio direito civil, renovar a instância, sendo, nesse caso, necessária, a exceção *rei iudicatae* (de coisa julgada) ou *in iudicium deducta* (deduzida em juízo)". "Se, porém, na ação proposta em *iudicium legitimum* e *in personam* for utilizada uma fórmula cuja *intentio* é de direito civil, não se pode mais tarde, em virtude do próprio direito civil, renovar a instância, sendo assim inteiramente supérflua a exceção. Tratando-se, porém, de instância real ou *in factum*, pode-se, depois, em virtude do próprio direito civil, renová-la, sendo assim necessária a exceção de coisa julgada ou *in iudicio deducta*."

⁴⁴ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 114: "*Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absoluere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. (...)*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p.211: "É preciso examinar agora o que é conveniente ao ofício do juiz, quando antes da coisa julgada e depois de instaurado o processo o réu convence o autor. Resta saber se convém ao juiz absolver o réu, ou então, condena-lo porque, no momento de instaurar-se a instância, a situação reclama a condenação (...)"

⁴⁵ KASER, Max. *Op. cit.*, p. 443. Este juiz, nos casos das ações de lei, obrigatoriamente seria cidadão, pois o antigo procedimento abarcava apenas relações entre romanos.

⁴⁶ Cf. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 11 e CRETTELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 429, a primeira fase do julgamento seria pública, sendo daqui retirada a força de imutabilidade da *litis contestatio*. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 208, não há precisão acerca da natureza da *litis contestatio*, ou de quem a fixava, pois o livro IV das institutas de Gaio nada falava a esse respeito, havendo sobre o assunto especulações sobre o fato de o juiz fixar a fórmula e o processo ser público, ou sobre o autor fixar a fórmula e o processo ser privado.

⁴⁷ Cf. KASER, Max. *Op. cit.*, p. 458, a força preclusiva é determinada não na sentença, mas na *litis contestatio*.

Este efeito extintivo possuía força criadora, pois fazia surgir o direito à sentença⁴⁸, ou o direito do autor à condenação do réu se sua pretensão estivesse correta. Este direito pode ser demonstrado com o exemplo de que os herdeiros só poderiam continuar com a ação de seus ascendentes e receber o devido no caso de uma obrigação resultante de delito se, na época da morte do titular da ação, estivesse finda a *litis contestatio*, pois o direito à sentença deixava de vincular-se ao direito anterior que seria personalíssimo e passava a estar fundado na própria *litis contestatio*⁴⁹.

Assim, a *litis contestatio* estabelecia uma nova relação jurídica entre as partes, com uma novação do direito⁵⁰.

Aqui não há a idéia de ficção da verdade, pois a sentença não determinava a aplicação do direito, e sim, representava o direito real e concreto⁵¹. Inclusive, a novação obrigacional, que consiste em substituir uma obrigação por outra conforme estipulado pelas partes, chegou a ser comparada à novação processual, que substituíria a pretensão privada pela proposição determinada na *litis contestatio*. Isso ocorria pois esta era definitiva e inalterável, sendo que sequer o juiz da causa possuía meios de modificá-la, pela força jurídica formal da mesma⁵².

Dessa forma, se a fórmula fosse inexata, o juiz deveria absolver o réu, sendo impedido o autor, conforme o caso, de impetrar nova ação, não sendo possível ao juiz condenar o autor, ou analisar situação ocorrida entre a feitura da fórmula e seu julgamento⁵³.

No caso de pretender-se impetrar nova ação sobre o mesmo tema não seria concedida fórmula ao autor⁵⁴, porém, o réu do processo anterior poderia pedir nova fórmula sobre o

⁴⁸ ELLUL, Jacques. **Historia de las instituciones de la antigüedad**. Espanha: Aguilar, 1970, p. 304.

⁴⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 220.

⁵⁰ Por outro lado, cf. KASER, Max. *Op. cit.*, p. 458, a sentença no processo formular não fazia direito, sendo possível este entendimento apenas, por exemplo, em face dos processos declaratórios em que houvesse vinculação jurídica.

⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 4.

⁵² KASER, Max. *Op. cit.*, p. 458.

⁵³ Cf. ALVES, *Op. cit.*, pp. 223-224, se o autor pedisse escravo errado, pedindo A por B, o réu não seria condenado e o autor deveria impetrar nova ação com o objeto correto, ou, no caso de *plus petitio* ou pedido exagerado, se fosse pedido crédito ainda por vencer, ou com valor incorreto, ou pagamento em local diverso do convencionado, ou se não fosse declarada obrigação alternativa existente, o juiz deveria absolver o réu, não havendo possibilidade de o autor promover nova ação.

⁵⁴ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 118: "*Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes uel ex legibus uel ex his, quae legis uicem optinent, substantiam capiunt uel ex iurisdictione praetoris proditae sunt*", 121: "*Peremptoriae sunt, quae perpetuo ualent nec euitari possunt, uelut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusue consultum factum est aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est, item pacti conuenti, quod factum est, ne omnino pecunia peteretur*." Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, pp.112-213: "Dentre as exceções, algumas são criadas pelo pretor no edito, outras ele as concede quando examina a causa. Todas extraem seu conteúdo das leis, das deliberações com força de lei ou, então, se originam da jurisdição pretoriana.", 121: "As peremptórias podem ser opostas perpetuamente e não podem ser evitadas, como a exceção *quod metus causa*, a exceção *dolo malo*, a

objeto do processo anterior. Isso ocorria porque o julgado anterior dizia respeito apenas à titularidade do direito do autor e nada acerca de possível direito do réu. Para que fosse impedido o autor de pedir nova fórmula havia a necessidade da igualdade entre as questões da ação primitiva e da nova, como também da identidade jurídica dos litigantes, não havendo referência à identidade pessoal, porque os herdeiros das partes também se vinculavam à decisão dada⁵⁵.

A sentença atualmente faz coisa julgada quando a ela não se pode interpôr recurso⁵⁶ vinculando possível processo posterior similar. No caso do processo formular, não havia instituto semelhante à coisa julgada formal atual por não haver meio para impugnar a sentença prolatada, devido à impossibilidade de a decisão ser modificada pelo juiz da causa ou por qualquer outro. Assim, além de a sentença condenatória permitir ao autor a cobrança do devido, ainda, tanto no caso de sentença condenatória quanto absolutória, havia o advento da *res judicata*⁵⁷.

A imutabilidade que pode ser comparada com a coisa julgada atual é a imutabilidade da *litis contestatio*, pois nela existe a fixação do direito que vinculará eventual ação posterior. Por exemplo, a compensação de dívidas deve figurar na *intentio*, que é parte da fórmula, e no caso de cobrança errada, há impossibilidade de nova ação⁵⁸.

Cabe salientar que, apesar da impossibilidade recursal, havia algumas formas de modificação da situação firmada pela *res judicata*. Por exemplo, a *intercessio*, ou veto de pretor superior hierarquicamente ao ato de pretor inferior, o qual poderia vetar a execução da sentença; a *revocatio in duplum*, quando o réu expunha-se à possibilidade de pena em dobro

exceção de contravenção de lei ou de senatusconsulto, a da coisa julgada ou a deduzida em juízo, ou ainda a de pacto convencionado, ressaltando que o dinheiro de modo algum seria reclamado (*ne omnino pecunia peteretur*)".

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 224. Observa-se que a determinação do direito pela ação dependia da subordinação da parte, cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 98: "*Procurator uero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum. periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur; quod periculum non interuenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.*" Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 207: "O procurador, se agir, deve prestar caução pela futura homologação de seus atos pelo mandante, por haver perigo de se repetir a demanda sobre a mesma questão. Não haveria este perigo, se tivesse agido por intermédio do *cognitor* porque qualquer ação intentada mediante o *cognitor* não pode ser renovada pelo mandante, como não poderia se ele próprio tivesse agido." (grifo nosso).

⁵⁶ Falamos aqui da coisa julgada formal, que, de qualquer forma, é pressuposto para a coisa julgada material.

⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 224.

⁵⁸ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 68: "*Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat (...)*". Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 200: "Além disso, a compensação aparece na *intentio*. Desse modo, se, feita a compensação, o argentário tiver cobrado uma moeda a mais, perde a ação e o próprio direito. (...)" (grifo nosso).

para provar o vício formal ou material do julgado⁵⁹; ou a *restitutio in integrum*, prevista para pouquíssimos casos em que a situação julgada voltaria a ser a anterior ao julgamento⁶⁰.

A ação era forma de exercício do direito material⁶¹, não havendo, portanto, o problema de quando exatamente surgiria a *res judicata*⁶², pois, para a decisão ter efeitos não era necessário aguardar o decurso de prazo recursal, pois o julgado passava a ser obrigação para o réu no momento em que era prolatada a sentença, sendo esta obrigação estendida a terceiros e aos objetos dependentes do já julgado⁶³.

A *cognitio extra ordinem*, chamada também de processo extraordinário⁶⁴ ou monofásico, passa a ser aplicada aos interesses subjetivos em relação aos novos direitos descritos nas constituições imperiais romanas, inicialmente convivendo com o processo formular, havendo paulatina generalização até ampla utilização⁶⁵.

⁵⁹ Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 171: "Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE. unde quamvis heredes uel qui heredum loco habentur [.] obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare." Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 226: "Reprime-se não só a audácia dos autores como a dos réus, mediante penas pecuniárias, ou mediante juramento, ou ainda pela ameaça de infâmia. O pretor instituiu a pena pecuniária, em certos casos, contra os réus recalitrantes, sob a forma de uma ação em dobro, como, por exemplo, nas ações *judicati*, de coisa julgada, *depensi*, de quantia paga, de dano injusto e de legado *per damnationem*".

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 224-225. Cf. GAIUS. *Op. cit. Commentarius Quartus*, 9: "Rem uero et poenam persequimur uelut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictae sunt." Tradução em GAIUS. *Op. cit.*, 2004, p. 182: "Pleiteamos, entretanto, o objeto e a pena, nas causas em que agimos pelo dobro contra o réu contestante, o que ocorre na ação de coisa julgada, na ação chamada *depensi*, na ação de dano injusto da Lei Aquília ou na ação proposta em nome dos legados de importância certa."

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, pp. 369-370. A perspectiva utilizada decorre da teoria imanentista que considerava a ação e o processo fundidos com o direito material, cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 201-202.

⁶² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 3.

⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 201-203.

⁶⁴ Sobre a criação inicial do processo extraordinário, cf. AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Op. cit.*, p. 43, o mesmo surge pela dificuldade em determinar-se inicialmente o impedimento da apreciação do processo pelo juiz, sendo postergado em forma de *exceptio* o que não fosse apurado na primeira fase processual, acabando por tornar-se desnecessária a utilização de duas fases. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 242, em casos administrativos ou penais, a partir de queixa, o pretor chamava o acusado e, sem fórmula ou juiz privado, o magistrado decidia a questão, sendo que este procedimento passou a ser aplicado nas causas cíveis. Ainda, cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, pp. 434-435, no início da era imperial, a *cognitio extra ordinem* surge nas províncias romanas, porque, nestes locais, os casos contra a administração eram julgados por representantes do imperador que abandonavam a fórmula e não utilizavam pretores escolhidos pelas partes, como em fases precedentes, prolatando sentença em uma única instância e, pela diminuição das dificuldades, houve preferência da população por este método, que acabou por ser utilizado em Roma.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 241-243.

Este procedimento era conduzido por titulares que possuíam tanto a função de pretor como de magistrado, sendo que essas funções eram exercidas separadamente nos procedimentos anteriores.

Com isso ocorre: o desaparecimento da fórmula, da *litis contestatio*, de seu efeito consumativo e da adstrição do julgador a esta, pois o magistrado passa a julgar com base no direito positivo; a vinculação do processo ao direito público, pela utilização apenas de juízes funcionários estatais; a possibilidade de execução da sentença utilizando-se de força estatal; a criação de recursos contra a sentença pela hierarquia instaurada entre os julgadores; a impossibilidade de criação de novas ações para direitos não tutelados, como ocorria no processo formular quando houvesse a concordância das partes na feitura da fórmula⁶⁶.

Este é considerado o início da publicização dos institutos que impedem a propositura de nova ação com os mesmos elementos de ação anterior, pois a força desse impedimento deixa de advir da obrigação, ou do pseudo-contrato que as partes assumiam quando aceitavam a fórmula emitida pelo magistrado, para fundar-se na autoridade estatal⁶⁷. Com isso ocorre uma mistura das duas fases do processo formular anterior, ou seja, do caráter público da imutabilidade da *litis contestatio*, com o caráter privado da sentença emanada pelo juiz da segunda fase do processo formular⁶⁸. Consuma-se a publicização quando a função jurisdicional passa a ser exercida pela magistratura, sendo esta a última etapa da transição da justiça privada para a justiça pública⁶⁹ demonstrada na efetiva mudança do procedimento ordinário, o qual abarcava as ações de lei e o processo formular, para o extraordinário, ou transcorrido em única fase.

Com as alegações das partes e produção de provas, o juiz poderia ou sentenciar, ou utilizar a *consultatio*, o que significava remeter o processo, com as suas dúvidas e o dito pelas

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 243.

⁶⁷ Na falta de doutrina específica e a consultada ser divergente, adotamos neste capítulo uma visão de Estado ampla, como o poder político exercido, salientando-se, contudo, que, Cf. SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, 2003, p. 33, esta visão não permite a apreciação das particularidades do período histórico. Além disso, o termo Estado permite várias interpretações, como por exemplo, MACHIAVEL. **Le prince et autres textes**. Paris: Union générale d'éditions, 1965, p. 11: "*Tous les Etats, toutes les dominations qui ont tenu et tiennent encore les hommes sous leur empire, ont été et sont ou des républiques ou des principautés*", Tradução em MACHIAVEL. **O príncipe**. São Paulo: Hemus, 1977, p. 11: "Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados". Já cf. ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de estado: notas para uma investigação. In Zizek, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, pp. 111-118, conforme teoria marxista, "o Estado é explicitamente concebido como aparelho repressor", porém a concepção apresentada por ele vincula o conceito de Estado às suas funções, assim são aparelhos estatais as instituições públicas ou privadas que funcionam utilizando a repressão ou a ideologia com a finalidade de dominação pela classe capitalista.

⁶⁸ AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. *Op. cit.*, p. 43 e TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 205-207.

⁶⁹ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 25-27.

partes, a um magistrado superior. Prolatada a sentença, a parte vencida podia recorrer ao magistrado superior com a *appellatio*, porém se este confirmasse a sentença, esta teria efeito desde sua prolação, não do julgamento da apelação⁷⁰. Essa sentença advinda do processo extraordinário possuía força executiva, sendo portanto possível a utilização de *manu militari* ou da força pública para a sua execução⁷¹. Ainda, esta sentença possuía força absoluta, *erga omnes*, e, sendo pronunciada, criava um direito como situação objetiva⁷².

Assim, a *res judicata* passa a ter força em aspecto positivo e negativo, pois poderia ser utilizada em novo processo como prova, além de não poder ser objeto de um novo processo⁷³. No caso, a prova da *res judicata* era escrita, estando na escala mais alta em relação à valoração probatória, pois a sentença anterior era considerada documento público redigido por funcionário estatal, ou seja, o juiz⁷⁴.

Nesta fase da *extraordinaria cognitio*, criou-se a possibilidade de reexame da sentença, permitida pela publicização do processo⁷⁵. Assim, apesar de o decidido inicialmente ser *res judicata*, esta era suspensa enquanto a decisão estivesse sendo reexaminada. Provido o recurso, a sentença era extinta; improvido, a sentença reassumia sua eficácia anterior⁷⁶.

Este modelo nos remete à idéia da separação entre sentença e coisa julgada que existe atualmente⁷⁷, porém na época sob enfoque, não havia diferenciação entre a sentença, o trânsito em julgado e a *res judicata*, porque a *res judicata* seria o "próprio objeto litigioso decidido"⁷⁸, ou a própria sentença. Havia, inclusive, possível confusão entre o próprio julgamento e a *res judicata*⁷⁹, pois a mesma ocupava o lugar da verdade, com força tanto preclusiva, no caso de impedir reexame da situação decidida, quanto prejudicial, pois novo processo que falasse marginalmente sobre seu objeto deveria observá-la⁸⁰.

Aqui aparece um novo tipo de recurso contra a sentença, pela possibilidade de apelar-se a um titular mais próximo ao imperador, ou ao próprio, para que a decisão fosse revista⁸¹,

⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 251-253.

⁷¹ *Ibidem*, p. 253.

⁷² ELLUL, Jacques. *Op. cit.*, p. 177.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, pp. 440-441.

⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 249.

⁷⁵ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 45.

⁷⁶ TALAMINI, *Op. cit.*, 2005, pp. 206-207.

⁷⁷ Cf. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 45, esta publicização indicaria um início da separação dos conceitos de sentença e coisa julgada.

⁷⁸ GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 248.

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 206-207.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 207-208.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 206-207.

com fundamento na hierarquia entre os julgadores⁸². Assim, a *res judicata* deixa de ser a decisão acerca do direito fixado na *litis contestatio*, tornando-se ato baseado no direito abstrato; deixa de fundar-se no acordo entre as partes, para ter respaldo na força estatal, e sendo o imperador a maior autoridade do Estado, obviamente ele, ou quem lhe fizesse as vezes, poderia alterá-la.

A *appellatio* era o mecanismo utilizado para a modificação da sentença na mesma ação, porém outros importantes institutos relativos à mutação da sentença eram a *sententia nullae*⁸³ e o *restitutio in integrum*. A primeira poderia ser alegada a qualquer tempo pela falta de elementos essenciais ao processo, sendo impossível a *res judicata* nestes termos. Já o *restitutio in integrum* foi criação pretoriana, para sanar decisões de acordo com o direito, porém advindas de situações injustas. Nesses casos, a situação devia ser pautada como se a sentença não tivesse sido prolatada, cabendo à parte tomar as medidas judiciais para o retorno ao *status quo ante*.⁸⁴

Ainda, na época pós-clássica, a revogação de sentença anterior por nulidade passou a ser vinculada a um lapso temporal de dez anos entre presentes e trinta entre ausentes. Essa situação remete-se às atuais preclusões em âmbito recursal, sujeitas à convalidação pelo trânsito em julgado da sentença⁸⁵.

Posteriormente à queda do Império e à invasão bárbara do Ocidente, por volta de 476 d.C.⁸⁶, temos várias compilações do Direito Romano⁸⁷. Por exemplo, dentre os visigodos, a mais antiga compilação é o Código de Eurico, ou *Codex Euricianus*, realizada provavelmente em 470, pelo rei Eurico, sendo uma compilação do direito romano vulgar com elementos bárbaros. Foi seguida, em 506, pelo Breviário de Alarico, ou *Lex Romana Visigothorum*, numa tentativa de compilar o direito romano imperial. Porém, entre 572 e 586, o rei Leovigildo estabeleceu o Código de Eurico revisado, ou *Codex Revisium*, o qual, após ter sido reescrito, foi promulgado por Recesvinto em 654, como *Liber Iudiciorum*.⁸⁸

⁸² CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 437.

⁸³ Não existia diferença entre anulabilidade e inexistência, tudo se resumia ao instituto da sentença nula.

⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005., pp. 208-214.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 211.

⁸⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 71.

⁸⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, pp. 83-85.

⁸⁸ Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, pp. 175 e 176; e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, pp. 87-94.

Esta legislação, em suas muitas modificações, talvez pela influência do direito romano vulgar, chegou a determinar que o indivíduo que não reconhecesse a *res judicata* deveria ser apenado, sendo este um exemplo da firmeza do julgado⁸⁹.

Ainda, do *Fuero Juzgo*, de 652, uma tradução da *Lex Romana Visigothorum* do latim para o idioma castelhano, ressalta-se que o julgamento injusto não possuía nenhuma autoridade⁹⁰, havendo figura similar à da *querela nullitatis*, e que o caso julgado não poderia ser novamente debatido, possuindo força de prova⁹¹.

1.2. Direito Canônico

O direito, na Europa do início do século IV, abarcava a existência do Direito Romano - no sudeste, como Direito Bizantino -, do Direito Canônico, dos direitos germânicos, dos direitos eslavos e do Direito Celta, apesar da força do costume como fonte do direito⁹².

Com a estabilização dos feudos, o rei bárbaro não alcançava a todos com sua legislação, havendo uma transmissão do poder judicial e do poder legislativo aos senhores feudais que regulavam as relações de vassalagem⁹³. Nestas relações, a falta de legislação permitia que os senhores criassem a norma para o caso concreto e que suas decisões fossem consideradas verdadeiras leis, indiscutíveis tanto em relação às partes como ao juiz⁹⁴.

Do período medieval, optamos pelo estudo de alguns institutos do Direito Canônico, motivados por: este ser o único direito escrito da época⁹⁵, essas informações serem acessíveis, este não ser apenas uma compilação do Direito Romano antigo como as legislações bárbaras⁹⁶ - apesar da forte influência romanista⁹⁷ - e por ter vigorado com exclusividade, a partir do séc.

⁸⁹ Cf. NEVES, Celso. *Op. cit.*, 1971, p. 53, se trata da *Lex Alamannorum*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 52.

⁹¹ *Ibidem*, p. 52.

⁹² ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, pp. 71 a 72 e GILISSEN, John. *Op. cit.*, pp. 167.

⁹³ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 190 e MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In Wolkmer, Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 195-196.

⁹⁴ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 53. Este autor não traz subsídios para a afirmação, portanto não podemos investigar se o descrito é ou não apenas uma conjectura.

⁹⁵ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 190.

⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico: história e direito vigente**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001, p. 142.

⁹⁷ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *Op. cit.*, p. 197.

VIII⁹⁸, em relação aos clérigos e em determinadas situações como casamento, matérias conexas a este, testamentos, infrações religiosas como feitiçaria, heresia, etc.⁹⁹

Uma das explicações para a ampla utilização deste direito nesta época é este não pretender ser o único a existir em determinado território, com possível convivência com outros sistemas jurídicos e eventuais competências concorrentes¹⁰⁰.

Os textos canônicos legais iniciais eram compilações dos principais trabalhos legais e doutrinários romanos e o conjunto desses escritos foi reconhecido oficialmente como *Corpus Iuris Canonici* em 1582, sendo substituído em 1917 pelo *Codex Iuris Canonici*, considerando-se que o início das coleções data do séc. III¹⁰¹.

A *res judicata* no direito canônico fazia lei entre as partes, podia ser declarada de ofício¹⁰² e a imutabilidade do julgado poderia ocorrer: pela preclusão formal, por perempção ou renúncia na apelação, em face de recurso inadmissível e na *duplex conformis*, sendo esta a ocorrência de duas sentenças no mesmo processo proferidas por tribunais de hierarquia diferente, em relação ao mesmo objeto e mesmas partes¹⁰³. No caso de dois julgados discordantes, havia necessidade de uma terceira apreciação para a existência da *res judicata*, o que poderia ser feito por meio da *duplex conformis*¹⁰⁴.

Uma das peculiaridades deste direito era a mutabilidade da sentença no caso de esta versar sobre o estado das pessoas e causas matrimoniais¹⁰⁵, pois, embora essas sentenças produzissem efeitos como as outras, elas poderiam ser impugnadas sem a possibilidade de

⁹⁸ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 134.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 140.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 136-151.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 145-147.

¹⁰² Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1642, § 1: "*La cosa juzgada goza de la firmeza del derecho (...)*" e cânone 1642, § 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*".

¹⁰³ Cf. Código de Direito Canônico, "*promulgado por la Autoridad de Juan Pablo II, Papa, dado en Roma, el dia 25 de Enero de 1983*", cânone 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*". Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 142, o instituto da *duplex conformis* adveio a fim de coibir abusos dos julgadores em processos de nulidade de casamento.

¹⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 142 e 143 e NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 204. Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1643: "*Nunca pasan a cosa juzgada las causas sobre el estado de las personas, incluso las de separación de los cónyuges*".

socorro à *res judicata*. A despeito disso, essa regra permitia relativa segurança pelo fato de o determinado pela sentença poder ser exercido apesar da ausência do trânsito em julgado¹⁰⁶.

Outras singularidades deste direito estão no sistema recursal, com a possibilidade de reversão da sentença transitada em julgado pelo *restitutio in integrum*, ou sua anulação pela *querella nullitatis*. Essas exceções para afastar a *res judicata* tiveram grande força principalmente pelo fato de o Direito Canônico ser pautado pela justiça divina, considerando a impossibilidade de os representantes de Deus eternizarem uma injustiça¹⁰⁷.

A *querella nullitatis* no Direito Canônico tinha prazo de dez anos se motivada por nulidade insanável¹⁰⁸, e ao ser julgada já devolvia a apreciação da lide ao julgador da própria *querella*. Isto significa que, apesar de a situação voltar ao estado anterior à sentença, havia nova regulamentação do caso concreto de imediato¹⁰⁹, havendo rol dos atos que implicavam na nulificação da sentença.¹¹⁰

O *restitutio in integrum* tinha prazo de três meses para ser impetrado¹¹¹. As situações consideradas injustas estavam especificadas em um rol, do qual constavam: prova de falsidade desconhecida, documento novo determinante, dolo de uma parte com dano à outra, prescrição

¹⁰⁶ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 207. Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1644, § 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*", e conforme este: "*Cuando se impugne la sentencia de que se trata en el § 2, si el juez que debe decidir sobre la impugnación ve que ésta tiene fundamento probable y que de la ejecución puede seguirse un daño irreparable, podrá suspender la ejecución o supeditarla a la prestación de garantía*".

¹⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁸ Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1621: "*La querella 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*".

¹⁰⁹ Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 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*".

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, pp. 152-153. Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 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*".

¹¹¹ Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1646 § 1: "*La restitución in integrum por los motivos indicados en el c. 1645 § 2, 1 - 3, debe pedirse al juez que dictó la sentencia dentro del plazo de tres meses, a partir del día en que se tuvo conocimiento de esos motivos*".

legal de direito material e ofensa à coisa julgada¹¹². Além disso, sendo acatada esta petição, o juiz deveria manifestar-se acerca do caso concreto e regularizá-lo¹¹³.

A influência do Direito Canônico continua presente após essas fase, como notamos nas Ordenações Filipinas, que ainda traziam algumas competências exclusivas da Justiça Secular¹¹⁴.

1.3. Direito Português

A partir dos séculos XII e XIII, os reis feudais têm seu poder aumentado¹¹⁵, com conseqüente enfraquecimento do feudalismo e do Direito Canônico¹¹⁶. Há dificuldade de precisar o surgimento das primeiras leis em cada país, pois normalmente as referências encontradas são cópias posteriores de textos legislativos ou citações em literatura não jurídica¹¹⁷.

Nessa época da instituição do poder real de legislar, destacam-se as grandes ordenações da modernidade por serem uma forma de codificação do legislado ou, ao menos, uma coordenação das leis pré-existentes. O Direito Português das Ordenações é influenciado

¹¹² TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, pp. 156-157. Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 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*", e cânone 1645, § 1: "*Contra la sentencia que haya pasado a cosa juzgada cabe la restitución in integrum, con tal de que conste manifestamente su injusticia*", e § 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; 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*".

¹¹³ Cf. Código de Direito Canônico, de 1983, cânone 1648: "*Una vez concedida la restitución in integrum, el juez debe pronunciarse sobre la sustancia de la causa*".

¹¹⁴ Alguns exemplos, cf. Ordenações Filipinas, livro II, são: título I: Trata "*Em que casos os Clerigos e Religiosos hão de responder perante as Justiças seculares*"; no título XX: da competência sobre causas "*(...) meramente Ecclesiasticas, ou spirituaes (...)*"; no título IX: das competências mistas, "*Para que cessem duvidas, que pôde haver sobre quaes são os casos e delictos mixti-foi, em que os Prelados e seus Officiaes podem conhecer contra leigos, não sendo preventa a jurisdição pelas nossas Justiças nos taes casos: declaramos, que os ditos casos mixi-foi são os seguintes. Quando se procede contra publicos adulteros, barregueiros, concubinarios, alcoviteiros, e os que consentem as mulheres fazerem mal de si em suas casas, incestuosos, feiticeiros, benzedeiros, sacrilegos, blasphemos, perjuros, onzeneiros, simoniacos, e contra quaesquer outros, que commetterem publicos delictos, que confôrme o Direito sejam mixi-foi.*"

¹¹⁵ Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 296, nesses séculos tanto o direito canônico quanto as glosas reconheciam o direito do imperador à legislação.

¹¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 73.

¹¹⁷ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 296.

pelos textos visigóticos, eclesiásticos, pelas tradições, etc., cujo conteúdo se apresenta no *Fuero Real* e nas *Siete Partidas*, havendo efetiva romanização causada pela generalização do Direito Comum com a fundação da Faculdade de Lisboa, entre 1288 a 1300.

Acerca dessas influências não existem estudos específicos, porém o resultado dessa dinâmica na legislação resulta nas Ordenações.¹¹⁸

Em Portugal, parâmetro para o estudo deste período, houve três grandes compilações dos direitos anteriores, as Ordenações Afonsinas, de 1446/1447, as Ordenações Manuelinas, de 1512/1514 e as Ordenações Filipinas, de 1603¹¹⁹.

A diferenciação entre sentença que macula *cousa julgada* e que macula direito expresso já é encontrada nessas Ordenações, como também a idéia de que a *cousa julgada* é feita pela irrecorribilidade da sentença ou pela preclusão do direito de recorrer¹²⁰.

A primeira coletânea sob desígnio de Ordenações, em nome de D. Afonso V¹²¹, advém da necessidade de organização do direito vigente na época pelo grande número de normas confusas e dispersas que deveriam ser aplicadas, as quais traziam grandes prejuízos à

¹¹⁸ Cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, pp. 369 e 370.

¹¹⁹ Ibidem, pp. 296-297, NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 67 e TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 242. No estudo apresentado, como em todo o capítulo, utilizamos a legislação da época, sem a pretensão de trabalharmos com a aplicabilidade dos institutos apresentados. Ressalva feita porque cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 397, a própria jurisdição da época era em sua maioria resolvida em processos informais de composição. Datas cf. COSTA, Mario Julio de Almeida. **História do direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 269, 276 e 285, porém, cf. GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 310, as Ordenações Afonsinas, datam de 1446/1447, as Ordenações Manuelinas, de 1512/1514 e as Ordenações Filipinas, de 1603, cf LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2000, pp. 428-429, as datas são respectivamente, 1446, 1514 e 1603, e cf. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 68, a Ordenação Manuelina data de 1521.

¹²⁰ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 129-131, os incrementos mais importantes do Direito Português ao instituto estão na diferenciação entre inexistência e nulidade da sentença e entre sentença contra direito expresso e contra direito de parte.

¹²¹ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Op. cit.*, pp. 270-271, Este autor salienta a dificuldade de se determinar sua entrada em vigor, pois não existiam critérios acerca da publicidade dos atos normativos, agravada pela ausência de imprensa, sendo as cópias dessas Ordenações manuscritas, havendo opinião esporádica de sua vigência não ter havido.

segurança jurídica¹²². Essas Ordenações vêm afirmar a autonomia do sistema jurídico português, sendo que as coletâneas posteriores apenas o atualizaram¹²³.

Nas Ordenações Afonsinas, em seu Livro III, que trata de processo civil, fala-se em *cousa julgada* e a sentença dada contra esta é chamada de sentença nenhuma, ou seja, nula¹²⁴. As sentenças nulas possuíam rol taxativo para sua argüição¹²⁵, havendo possibilidade de serem alegadas a qualquer tempo¹²⁶. Entre as sentenças que contrariavam direito da parte e as que contrariavam direito expresso foi determinada diferenciação¹²⁷, sendo que aquela poderia vir a ser *cousa julgada* se dela não se apelasse, porém esta última seria sempre nula.

Havia também referências aos limites subjetivos da *cousa julgada*, pois a *cousa julgada* estava adstrita às partes¹²⁸, havendo exceções em rol exemplificativo¹²⁹, podendo,

¹²² COSTA, Mario Julio de Almeida. *Op. cit.*, p. 269. Cf. Ordenações Afonsinas, livro I, texto introdutório: "*No tempo que o mui alto, e Mui Eixcellente Princepy ElRey Dom Joham da Gloriosa memoria pela graça de Deos regnou em estes Regnos, foi requerido algumas vezes em Cortes pelos Fidalgos, e Povos dos ditos Regnos, que por boõ regimento dellas mandasse proveer as Leyx, e Hordenaçoes feitas pelos Reyx, que ante elle foram, e acharia, que pela multiplicaçom dellas se recreiaõ continuadamente muitas duvidas, e contendas em tal guisa, que os Julgadores dos feitos eraõ postos em taõ grande trabalho, que gravemente, e com gram dificuldade os podiaõ diretamente desembargar, e que as mandasse reformar em tal maneira, que cessassem as ditas duvidas, e contrariadades, e os Desembargadores da Justiça pudessem per ellas livremente fazer direito aas partes; o dito Senhor Rey movido a ello per seu requerimento, e zelo de justiça, confirando principalmente o Serviço de Deos, e dès i bem de seus Regnos, per avisoamento, e acordo dos do seu Conselho, porque achou seu requerimento seer justo cometteo a reformaçom (...)*". (grifo nosso).

¹²³ *Ibidem*, p. 274.

¹²⁴ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 70-71. Cf. Ordenações Afonsinas, livro III, título LXVIII, 4: "*E dizemos ainda, que depois que o Julgador der huuma vez Sentença defenitiva em alguum Feito, nam há mais poder de há revoguar dando outra contraira; e se a revoguisse, e desse outra contraira depois, a outra segunda será nenhuuma per Direito.*"

¹²⁵ Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXVIII: "*E differam que aquella he nenhuuma per Direito, que he dada sem a parte citada; ou contra outra Sentença jaa dada; ou dada per alguum preço, que o Juiz recebeo pera a dar; ou dada por falsa prova áciente contra alguum auzente; ou se eram muitos Juizes deleguados, e alguuns dellas deraõ Sentença sem outros; ou se foy dada per Juiz incompetente em parte, ou em todo; ou se foi dada contra Direito expresso, assi como se o Juiz julguaffê diretamente, que o meor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra Direito; cá tal Sentença he nenhuma, e de nennhum valor, e nom se requiere ser della apelado, nem pode já mais em alguum tempo passar em cousa julguada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuuma, e sem alguum effeito.*" (grifos nossos).

¹²⁶ Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXVIII: "*Quando a Sentença per Direito he nenhuuma, nom se requiere ser della apelado, ca em todo tempo pode ser revoguada.*"

¹²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 129. Cf. Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXVIII, 3: "*E porque tal Sentença como esta he contra direito da parte, e nam contra Direito expresso, por tanto nom he per Direito dita nenhuuma, mas he dita alguuma; e se a parte, contra que fosse dada, nom apelasse della ao tempo, que per Direito he assinado pera apelar, ella passaria em cousa julguada, e ficaria firme, assy como se fosse bem julguado. (...)*"

¹²⁸ Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXXV: "*Pero segundo Direito Comuum a Sentença, e couza julgada aproveite, ou empeça sómente aquelles, antre que he dada, esto nom embarguante Dizemos, que se dous sómente litiguassem, e antre elles fosse dada Sentença Defenitiva, poderá della apelar nam sómente cada huum desses litigantes, que se da dita Sentença aggravado sinta, mas ainda qualquer outro, a que esse feito possa tanger, e da dita Sentença possa vir alguum prejuizo. (...)*"

¹²⁹ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 73.

portanto, sua impugnação ser feita tanto por terceiro como por parte do processo¹³⁰. De qualquer forma, existia possibilidade de a nulidade ser sanada, com uma revista de graça especial pelo próprio Rei¹³¹.

Com a introdução da imprensa em Portugal, sentiu-se a necessidade de atualizar essas Ordenações para sua edição, e pretendendo D. Manuel ligar seu nome a uma legislação de vulto, foi iniciado trabalho de revisão¹³². Esta iniciativa reflete-se na edição das Ordenações Manuelinas, nas quais foi mantido o determinado em relação à *cousa julgada* na forma das Ordenações Afonsinas¹³³.

Ocorre que estas Ordenações, pela grande atividade legislativa da época, logo viu-se cercada por vários outros diplomas legais. Assim, foi feita uma *Colecção* de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião, porém este apanhado foi apenas um passo para uma nova reforma legislativa¹³⁴ e as Ordenações Filipinas vieram a vigorar em Portugal em 1603.¹³⁵

¹³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 129-131. Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXXV: "*Dos que podem apelar das Sentenças dadas antre as outras partes. (...) 1. E bem assy Dizemos no caso, honde o Credor e o devedor fossem ambos sómente em contenda sobre divida, e fosse dada Sentença contra o devedor, que houvesse dado fiador à dita divida: ainda que este devedor condenado nom apelasse da dita Sentença, e ouvesse consentido em ella, esso nom embarguante poderia o fiador apelas, se entender que acerqua desse feito, ou Sentença he feito alguom conluio em seu prejuizo; e será ouvido na Causa d'apelaçam com seu direito, assy como se o dito feito fosse principalmente com elle tratado. (...) 3. E esto que dito he em estes cazos aqui exppecificados, deve aver lugar em quaesquer outros semelhantes, em que a rezam pareça ser igual destes*".

¹³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 246-247. Cf. Ordenações Afonsinas, livro III, título LXXVIII, 1: "*(...) pois do começo foi nenhuuma, já per nenhuum auto seguinte nom pode ser confirmada, salvo se a El-Rey confirmar de certa ciência, porque elle há Ley animada sobre a terra, e pode fazer Ley, e revogualla quando vir que he compridoiro.*"

¹³² Cf. COSTA, Mario Julio de Almeida. *Op. cit.*, pp. 277-278, também não é pacífica a data de sua entrada em vigor, porém foram encontradas edições do livro I em 1512, e do livro II em 1513, havendo edição completa apenas em 1514, e somente em 1521 encontra-se edição definitiva.

¹³³ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 68 e 74 a 76. Cf. Ordenações Manuelinas, livro III, título 60, parágrafo 2: "*Emperó se o Juiz julgasse contra direito da parte, e nom contra Direito expresso, nom será a sentença por Direito nenhuma, mas he dita alguma; posto que seja dada contra direito da parte contra que fosse dada; e por tanto he necessário, que a parte apelle de tal sentença ao tempo limitado pera apellar; porque nom apellando, ficará a sentença firme, como se fosse bem julgado. (...)*" Quanto à preclusão dos poderes do juiz, cf. Ordenações Manuelinas, livro III, título 50, parágrafo 5, pp. 190-191: "*E despois que o Julgador der huma vez sentença definitiva em alguom feito, e a pubricar, ou der ao Escrivam, ou Tabaliamn pera lhe poer o termo da pubricaçam, nom tem mais poder de a revogar, dando outra contraira pelos mesmos autos; e se a revogasse, e desse outra contraira despois, a outra segunda será nenhuma; salvo se fosse revogada por via d'embarguos, taes que por Dereito, por o nelles aleguado, ou provado, a devesse revogar. Però se o Julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas palavras escuras, e intrincadas, bem a poderá declarar; porque outorgado he por Dereito ao Julgador, que possa declarar, e interpretar qualquer sentença por elle dada, ainda que seja definitiva, se duvidosa for; e nom soamente a elle Julgador que essa sentença deu, mas ainda ao seu socessor, que lhe socedeo o Officio de julgar; salvo se for Nosso Desembarguador, porque entonce se guardará tambem na defitiva, pera o poder interpretar, o que dissemos*".

¹³⁴ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Op. cit.*, pp. 281-285.

¹³⁵ Único consenso sobre entrada em vigor de Ordenação Portuguesa, cf. datas em GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 310; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2000, pp. 428-429 e NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 68.

Essas Ordenações reafirmavam a sentença nenhuma como impassível de passar em julgado, podendo ser revista a qualquer tempo, mesmo se houvesse apelação em relação à mesma¹³⁶, a não ser no caso de determinação do rei¹³⁷.

Definiam, ainda, os casos de sentença nula, como, por exemplo, na *cousa julgada*¹³⁸. A sentença contra direito da parte era válida, e para ser desconstituída havia necessidade de apelação, porque proferida e publicada o juiz não poderia revogar a sentença para prolatar outra em seu lugar¹³⁹, como poderia ocorrer durante a vigência das Ordenações anteriores.

1.4. Direito Brasileiro

Durante o período imperial, o Brasil Colônia submetia-se à legislação que vigorava em Portugal. Ocorre que mesmo após a Independência, essas Ordenações continuaram a regular o país¹⁴⁰, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, aguardando o advento de normas pátrias, ou a revogação das leis vigentes.¹⁴¹

A *Constituição Política do Imperio do Brazil*¹⁴², jurada em 25 de março de 1824, não diz nada sobre competência legislativa processual ou sobre sua necessidade¹⁴³, além de nada relatar acerca da coisa julgada especificamente, apesar de os processos já terminados gozarem

¹³⁶ Cf. Ordenações Filipinas, livro III, LXXV: “*Da sentença que per Direito he nenhuma, e como se não requiere ser della apellado, e como em todo tempo pôde ser revogada.*”

¹³⁷ Cf. Ordenações Filipinas, livro III, LXXV, 1. “*E postoque de tal sentença seja appellado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a appellação pareça acto approvativo della, pelo qual o appellante approvar tal nullidade, porque pois a sentença de princípio foi nenhuma, já por nenhum acto seguinte pôde ser confirmada, salvo per Nós de certa sciencia, porque o Rey he Lei animada sobre a terra, e pôde fazer Lei e revogal-a, quando vir que convem fazer-se assi.*”

¹³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2000, p. 297. Cf. Ordenações Filipinas, livro III, LXXV: “*E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada, ou he contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assi como se o Juiz julgasse diretamente que o menor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, ou outra cousa semelhante, que seja contra nossas Ordenações, ou contra Direito expresso.*” (grifo nosso)

¹³⁹ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 69 e 76-79. Cf. Ordenações Filipinas, livro III, título LXXV, 2: “*Porém, se o Juiz julgasse contra Direito expresso, não será a sentença per Direito nenhuma, mas he valiosa; e por tanto he necessario, que a parte apelle della ao tempo limitado para apellar, porque não apellando, ficará a sentença firme, como se fosse bem julgado.*”

¹⁴⁰ A edição das Ordenações Filipinas citada é um fac-símile de edição feita no Brasil, por Cândido Mendes de Almeida, em 1870.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, pp. 187-188 e HADDAD, Guilherme. **Ementas de direito romano**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964, p. 19.

¹⁴² Obedecemos a grafia da época no título das cartas constitucionais e nas notas de rodapé que exprimem texto constitucional. Para nomenclatura e legislação constitucional, cf. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Milton Campos. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2000.

de certa proteção constitucional, não havendo possibilidade de reabri-los¹⁴⁴, sendo expressa a proteção à irretroatividade das leis nesta Constituição¹⁴⁵.

Mesmo diante da impossibilidade de os processos antigos "reviverem" por força constitucional, a legislação infra-constitucional vigente no Brasil, ou seja, as Ordenações Filipinas, não impediam o *bis in idem*, porém qualquer sentença precisaria estar de acordo com possível decisão anterior que possuísse os mesmos elementos, assim, apenas a sentença que modificasse o julgado anterior poderia ser rechaçada.¹⁴⁶

Um problema prático que esta norma poderia acarretar seria a necessidade de aguardar que a sentença em desacordo com coisa julgada anterior fosse prolatada para poder invalidá-la. Porém entendeu-se que, por interpretação sistemática da legislação processual portuguesa, a sentença anteriormente dada poderia embargar o novo processo desde seu início, havendo, portanto, efeito consumativo da sentença passada em julgado anteriormente a qualquer julgamento final do novo processo.¹⁴⁷ Portanto, havendo sentença proferida e publicada, nenhum juiz poderia revogá-la.¹⁴⁸

Cabe salientar que a coisa julgada possuía força de lei, de costume e era presumivelmente justa¹⁴⁹, sendo entendida, via de regra, como irretroatável¹⁵⁰, sendo um dos primeiros efeitos da sentença¹⁵¹. Estudando o direito português da época, Sylvestre Gomes de Moraes diz que: "a coisa julgada se tem por verdade, faz do ser um não ser, do branco *prêto* e do *prêto* branco e do quadrado redondo, não se podendo opor contra ela qualquer exceção".¹⁵²

É clara a conotação romana dos preceitos acima citados, principalmente o referente aos efeitos da coisa julgada. Isso ocorre porque o Direito Português inspirou-se nos escritos

¹⁴³ Constituição de 1824, art. 179, inc. XVIII: "*Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e da Eqüidade*".

¹⁴⁴ Constituição de 1824, art. 179, inc. XII: "*Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os processos findos.*" (sic.)

¹⁴⁵ Constituição de 1824, art. 179, inc. III: "*A sua disposição (da lei, cf. inciso superior) não terá efeito retroactivo*".

¹⁴⁶ Cf. Ordenações Filipinas, livro III, LXXV: "*E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada (...) contra outra sentença já dada (...)*" (vide texto deste artigo na íntegra na nota n.º 130). Aqui a sentença nula seria a efetivamente dada contra outra já prolatada, assim, chegou-se a entender a necessidade de a segunda sentença ser prolatada para ser determinada nula. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁴⁷ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 68-74.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 76-79.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹⁵⁰ Obviamente, havia decisões que não faziam coisa julgada na época, como as nulas, as interlocutórias meras, as proferidas em processos sumários e as cominatórias. Cf. *Ibidem*, p. 89.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵² MORAES, Sylvestre Gomes de. **Tractatus de executionibus**, Coimbra, NDCCXLII, Tomo III, livro VI, capítulo IX, n. 15, p. 230. *Apud*: NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 84.

romanos na feitura de suas leis¹⁵³, o que foi refletido mais tarde na legislação processual brasileira pelo país ter sido anteriormente regido pelas normas portuguesas¹⁵⁴.

Essas Ordenações vigoraram plenamente no país até 25 de novembro de 1850, com a edição do Regulamento 737, utilizado como verdadeiro código processual em matéria comercial¹⁵⁵. Apesar de este regulamento conceituar coisa julgada, o mesmo não era utilizado em matéria civil e o preceito anterior vigorou até 1890, quando foi editado o Decreto 763, em 19 de setembro, o qual fez com que o Regulamento 737¹⁵⁶ abrangesse também as causas cíveis¹⁵⁷.

O Regulamento 737 determinava a coisa julgada como uma exceção¹⁵⁸, havendo necessidade de identidade entre as ações para a sua alegação¹⁵⁹. Ainda, o regulamento considerava-a presunção legal absoluta que deveria prevalecer mesmo havendo prova em sentido contrário¹⁶⁰. Ocorre que o texto legal não se estendeu sobre o tema e assim, a definição, as características e os efeitos do instituto foram legados à doutrina, ficando estes ligados ao regime das Ordenações.¹⁶¹

Dessa forma, podemos depreender que por haver mínima legislação sobre o tema, principalmente quando se deixa de utilizar as Ordenações Portuguesas no Brasil, a contribuição havida no período imperial existe em maior extensão doutrinariamente, havendo produção legislativa efetiva apenas com o advento da República¹⁶².

¹⁵³ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*, p. 188 e LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2000, p. 424.

¹⁵⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In Wolkmer, Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 425.

¹⁵⁶ CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a história do direito pátrio**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1967, p. 99.

¹⁵⁷ Cf. Decreto n.º 763/1890, que: "*Manda observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providencias*", diz em seu art. 1º: "*São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se contem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte*".

¹⁵⁸ Cf. Decreto n.º 737/1850, "*Capítulo V - Das exceções. Art. 74: Nas causas commerciaes só tem lugar as seguintes exceções: (...) parágrafo 4º: de cousa julgada.*" Ainda, determina a forma diferenciada de alegação da coisa cf. art. 78: "*Da exceção se dará vista ao autor por cinco dias para impugnal-a, findos os quaes o juiz rejeitará ou receberá*", art 79: "*Sendo recebida será posta em prova com uma dilação de dez dias, depois da qual, conclusos os autos com as provas produzidas, e sem mais allegações, o Juiz julgará definitivamente*", art. 80: "*Sendo rejeitada, se assignará novo termo ao réo para contestação.*"

¹⁵⁹ Cf. Decreto n.º 737/1850, art. 92: "*As exceções de - litispendencia e cousa julgada - para procederem, carecem do requisito de identidade cousa, causa e pessoa.*"

¹⁶⁰ Cf. Decreto n.º 737/1850, art. 185: "*São presumpções legaes absolutas os factos, ou actos que a Lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como - a cousa julgada.*"

¹⁶¹ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 215-216.

A *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, protegeu apenas a irretroatividade legal¹⁶³ e atribuiu aos Estados membros a competência para a legislação sobre processo civil.¹⁶⁴ Alguns Estados promulgaram seus códigos processuais e aos poucos o Regulamento 737 foi perdendo vigência, outros Estados perderam essa oportunidade em 1939, pois a Constituição promulgada neste ano determinou que a competência sobre matéria processual seria exclusiva da União, sendo promulgado um Código de Processo Civil Federal.

Além dos Códigos Processuais estatais, ainda vigoraram, em matéria processual, na época, o Regulamento 737, alguns princípios do livro III das Ordenações Filipinas, a Consolidação de Ribas, a Lei 261/1841, o Decreto de 848/1890, a Lei 221/1894, além de uma série de leis esparsas¹⁶⁵.

Assim, a disciplina sobre a coisa julgada teve diferentes delineações na legislação de cada Estado¹⁶⁶, que chegaram a determinar: a coisa julgada como matéria de exceção ritual¹⁶⁷, como tema de contestação¹⁶⁸, o momento em que incide a autoridade da mesma¹⁶⁹, seu alcance subjetivo e objetivo¹⁷⁰, a sentença passada em julgado como título¹⁷¹, os requisitos da coisa julgada¹⁷², a vedação de modificação da sentença nos próprios autos¹⁷³, a nulidade como óbice à coisa julgada¹⁷⁴, a nulidade de sentença proferida contra coisa julgada¹⁷⁵, as decisões que não

¹⁶² Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. Em nota 3, ao título LXXV, livro III, das Ordenações Filipinas, p. 684: "*Cousa julgada, diz-se, a decisão que não depende mais dos recursos, seja porque a lei não mais os permite, seja por que a parte delles se utilizou, ou não fez uso nos termos fataes e peremptorios. O effeito da cousa julgada he ser tido por verdade o que foi decidido, sendo sómente suscetível de revogação a sentença que contra si tiver vicios reputáveis por leis insanáveis.*" Salienta-se que não há como saber acerca da legislação em vigor à época da feitura dessas assertivas, apenas que a edição do texto é de 1870, sendo que nesta época já estava em vigor o Regulamento 737/1850, porém este ainda não se estendia ao processo civil, o que ocorreu apenas em 1890. Assim, o descrito pode tanto referir-se apenas às Ordenações e doutrina relativa a esta, como ter sido inspirado pelo descrito no regulamento supra citado.

¹⁶³ Cf. Constituição de 1891, art. 11, parágrafo 3º: "*É vedado aos Estados, como á União: Prescrever leis retroactivas.*"

¹⁶⁴ Conforme a Constituição de 1891, art. 34, inc. 23: "*Compete privativamente ao Congresso Nacional: Legislar sobre direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal*". Portanto, não havia qualquer limitação estadual à produção de leis processuais estaduais.

¹⁶⁵ Sobre a legislação processual da época e códigos estaduais, vide CÂMARA, José Gomes B. *Op. cit.*, p. 99 a 124.

¹⁶⁶ Sobre a coisa julgada na legislação processual estadual, vide NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 237-239.

¹⁶⁷ Nos Estados do Rio Grande do Sul, da Bahia, do Mato Grosso, de São Paulo e no Distrito Federal.

¹⁶⁸ Nos Estados de Pernambuco, de Santa Catarina, e no Distrito Federal.

¹⁶⁹ Nos Estados do Rio Grande do Sul, da Bahia, de Pernambuco.

¹⁷⁰ Nos Estados de Pernambuco, de Santa Catarina, do Mato Grosso, de São Paulo e no Distrito Federal.

¹⁷¹ Nos Estados do Rio Grande do Sul, de São Paulo e no Distrito Federal.

¹⁷² Nos Estados do Mato Grosso, de São Paulo, e no Distrito Federal.

¹⁷³ Nos Estados da Bahia, de Pernambuco, de Santa Catarina e no Distrito Federal.

¹⁷⁴ No Estado da Bahia.

¹⁷⁵ Nos Estados de Pernambuco, de Santa Catarina e de São Paulo.

fazem coisa julgada¹⁷⁶, ou ainda sua sede no dispositivo da sentença¹⁷⁷, sendo estas, de modo geral, as preocupações dos legisladores estaduais da época.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934, além de determinar a competência da União para a legislação sobre processo, ainda trata a coisa julgada em seu artigo 113, parágrafo 3º¹⁷⁸, com a configuração atual, sendo o primeiro diploma constitucional a mencionar a coisa julgada especificamente¹⁷⁹.

Nas constituições anteriores, a proteção era dada à irretroatividade da lei, conforme a tradição vinda das ordenações e, sendo utilizada essa nova fórmula de proteção (coisa julgada/direito adquirido/ ato jurídico perfeito), passou-se a adotar a regra da retroatividade das leis apenas em casos específicos, havendo uma diminuição da vinculação da irretroatividade ao ordenamento¹⁸⁰.

Esta Carta e a regulamentação constitucional da coisa julgada tiveram curta duração, pois foram eliminadas pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada a 10 de novembro de 1937, a qual nada dizia acerca do instituto.

A Constituição de 1937 manteve a competência da União para legislar sobre Direito Processual¹⁸¹, sendo promulgado o Código de Processo Civil de 1939 pelo Decreto-Lei n.º 1608/39.¹⁸² Neste Código¹⁸³, a coisa julgada é efeito da sentença¹⁸⁴ e exceção não suspensiva¹⁸⁵, possuindo força de lei nos limites das questões decididas¹⁸⁶.

¹⁷⁶ Nos Estados de Pernambuco, do Mato Grosso, de São Paulo e no Distrito Federal.

¹⁷⁷ No Estado do Mato Grosso e no Distrito Federal.

¹⁷⁸ Cf. Constituição de 1934, inc. 3: "*A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.*"

¹⁷⁹ Cf. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 137, as Constituições anteriores tratavam da coisa julgada, quando falavam da irretroatividade das leis, sendo este o artigo que permitia a vigência de normas infra-constitucionais sobre a matéria.

¹⁸⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 169.

¹⁸¹ Cf. Constituição de 1937, art. 16, inc. XVI: "Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual.."

¹⁸² NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 241.

¹⁸³ Notas sobre o Código de Processo Civil de 1939, Cf. RANGEL, Leyla Castello Branco. *Código de processo civil: quadro comparativo anotado*. 1º e 2º vol. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1975.

¹⁸⁴ Código de Processo Civil de 1939, 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."

¹⁸⁵ Código de Processo Civil de 1939, art. 182, n. II: "As exceções serão opostas nos três primeiros dias do prazo para a contestação, e serão processadas e julgadas: em autos apartados, sem suspensão da causa, as de litispendência e coisa julgada".

¹⁸⁶ Código de Processo Civil de 1939, art. 287: "A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas".

Sob os auspícios desta mesma Constituição também foi promulgada a Lei de Introdução ao Código Civil, conforme Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1942. Sobre este documento trataremos mais adiante, uma vez que o mesmo continua a produzir efeitos no sistema jurídico atual, porém a matéria regulamentada por ele não possuía significativa divergência com o texto processual. Ainda, a sede de tal determinação refere-se ao Código Civil, pois a coisa julgada foi tida por muito tempo como pertencente ao Direito Civil, conforme linha tomada pelo Direito Francês¹⁸⁷.

Apenas na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946, após nove anos regulada pela legislação infra-constitucional, a coisa julgada volta a possuir o *status* constitucional que possuiu até o ano de 1937, durante a vigência da Constituição de 1934¹⁸⁸, apesar de não ter havido mudanças na legislação processual vigente. Ocorre que o conteúdo do artigo protetivo da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido foi alterado¹⁸⁹ com a edição dos Atos Institucionais de número 1/1964¹⁹⁰ e 2/1965¹⁹¹.

O instituto foi novamente reiterado na Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967¹⁹², porém padecendo da mesma quebra ocorrida na Constituição de 1946¹⁹³,

¹⁸⁷ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁸ Cf. Constituição de 1946, art. 141, parágrafo 3º: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

¹⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁹⁰ Ato Institucional 1/1964, art. 7º: "Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. § 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, (...) § 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade". Art. 10: "No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos". (grifo nosso)

¹⁹¹ Ato Institucional 2/1965, art. 14: "Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo". Parágrafo único - "Ouvindo o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução".

¹⁹² Cf. Constituição de 1967, art. 150, parágrafo 3º: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

¹⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 170.

tendo em vista a edição do Ato Institucional 5/1968¹⁹⁴, do Ato Institucional 7/1969¹⁹⁵ e do Ato Institucional 8/1969¹⁹⁶.

Em 17 de outubro de 1969 entrou em vigor a Emenda Constitucional n.º 1, que chegou a ser considerada tanto como nova Constituição quanto como simples emenda constitucional, apesar de efetivamente modificar toda a Constituição em vigor¹⁹⁷. De qualquer forma, a mesma manteve o artigo sobre a coisa julgada nos moldes anteriores¹⁹⁸, não havendo modificação na situação de fato pela manutenção da vigência dos Atos Institucionais¹⁹⁹.

Sob a égide da Constituição de 1967, foi publicado um novo Código de Processo Civil no ano de 1973²⁰⁰, que ainda está em vigor. Nesta mutação processual muito do Código de 1939 se manteve, como a força de lei da coisa julgada, porém, em cada artigo sobre o tema, o Código atual fez alguma inovação.

Uma das principais modificações²⁰¹ foi a incidência da coisa julgada passar dos efeitos da sentença para a sentença propriamente dita, conforme art. 467 do CPC, de 1973²⁰².

¹⁹⁴ Ato Institucional 5/1968: "Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional." "Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição". "Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais". "Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilícitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis". "Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos". (grifos nossos).

¹⁹⁵ Ato Institucional 7/1969: "Art. 3º - Além dos subsídios e da ajuda de custo a que se referem os artigos anteriores, nenhum outro pagamento poderá ser feito, a qualquer título ou sob qualquer pretexto, a Deputado estadual, pelo exercício do mandato ou em razão dele".

¹⁹⁶ Ato Institucional 8/1969: "Art. 2º - Para possibilitar a realização da Reforma Administrativa poderá o Poder Executivo, inclusive o da União, através de decreto: I - alterar a denominação de cargos em comissão; II - reclassificar cargos em comissão, respeitada a tabela de símbolos em vigor; III - transformar funções gratificadas em cargos em comissão; e IV - declarar a extinção de cargos. Parágrafo único - Ficam revalidados os atos do Poder Executivo que já efetivaram quaisquer das medidas administrativas previstas neste artigo (grifo nosso). Art. 3º - O presente Ato Institucional entrará em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário".

¹⁹⁷ FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 157.

¹⁹⁸ Emenda Constitucional 1/1969, capítulo IV, art. 153, parágrafo 3º: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

¹⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 170.

²⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, 2003, p. 427.

²⁰¹ A configuração da coisa julgada no Código de Processo vigente será analisada em capítulo próprio.

²⁰² Cf. RANGEL, Leyla Castello Branco. **Código de processo civil**: quadro comparativo anotado. 1º vol. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1975, p. 123 e RANGEL, Leyla Castello Branco. **Código de processo civil**: quadro comparativo anotado. 2º vol. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1975, pp. 175 e 176 e BRASIL. **Código de processo civil**: quadro comparativo. vol. II. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1974, p. 114, e BRASIL. **Código de processo civil**: notas. vol. II. Tomo II. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1974, 1974, p. 100, no

Atualmente, a coisa julgada possui *status* de norma constitucional, conforme o artigo 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, o qual, da mesma forma que as Constituições antecedentes de 1934²⁰³, de 1946 e de 1967, destaca que: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."²⁰⁴

1.5. Crítica

A coisa julgada em todos esses sistemas possui como característica jurídica marcante a imutabilidade da decisão jurisdicional e suas finalidades sociais comuns são a segurança jurídica e a pacificação das relações controvertidas.

Percebemos essas características com maior clareza na *litis contestatio* romana, tendo em vista a impossibilidade de nova ação, mesmo quando o indeferimento do pedido ocorresse pela utilização de palavras diferentes das exigidas pelo procedimento.

O Direito Romano, ao longo do tempo, permite a percepção de que a imutabilidade da sentença está vinculada não apenas ao direito processual, mas também ao próprio exercício do direito material. Isso porque, apesar de a imodificabilidade ser importante juridicamente, esta precisa satisfazer interesses políticos de segurança jurídica.

Isso vem a ser corroborado pelas modificações dos procedimentos romanos, pois quando a forma utilizada deixava de alcançar os objetivos pretendidos jurídica e politicamente, conforme a relevância da matéria e do procedimento em questão, um destes era excluído, quando não ambos, para maior efetividade, rapidez e segurança na aplicação do direito.

No Direito Canônico e na época da monarquia portuguesa, notamos o forte traço político dado à sistematização da coisa julgada, a qual era considerada desvinculada da sentença, para que esta pudesse sempre ser modificada, por um poder absoluto, nesses casos, respectivamente, do sumo pontífice da Igreja Católica e do rei de Portugal.

projeto de lei do Poder Executivo se falava em efeitos da sentença, porém a emenda 372-SF, proposta pelo Senador Benedito Ferreira, foi aprovada para que a coisa julgada incidisse apenas à sentença, a justificação dada na época foi o excesso de discussão sobre a definição de coisa julgada material, entendendo o senador que a coisa julgada incide na eficácia da sentença.

²⁰³ Isso se não considerarmos a modificação do português escrito em relação à Constituição de 1934.

²⁰⁴ Faremos a análise sobre a norma constitucional vigente em capítulo próprio.

Deste período, observamos principalmente que a coisa julgada possui caráter político, e a sua manipulação como manifestação de poder é clara, tanto pelas formas utilizadas para a sua desconsideração, através de recursos ou ações idôneas, como pela sua manutenção impreterível em alguns casos, fixando-se prazos às formas aptas para a sua desconsideração.

Fica claro que a fixação da eternização ou não das controvérsias judiciais é uma opção política e devemos considerar que isto ocorre de forma abrangente nos sistemas jurídicos como um todo, pois: é a legislação que determina a sistematização da coisa julgada, esta atividade legislativa é inegavelmente política e seus meios fixam o que é o instituto jurídico, o qual deve ser, posteriormente, pensado como uma das peças de um ordenamento complexo que também o delimita.

Assim, ao tratarmos do direito estaticamente, ou seja, em relação ao disposto pela norma criada, de acordo com a forma pré-determinada, em determinado tempo, podemos perceber que essa norma em seu relacionamento e adequação molda-se a outros parâmetros jurídicos regulados previamente, como, por exemplo, à Constituição.

Dessas observações, podemos considerar que o instituto da coisa julgada pode ser estudado sob dois enfoques: o jurídico e o político²⁰⁵

²⁰⁵ Cf. NEKATSCHALOW, André Custódio. **Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas**. Dissertação de mestrado. Orientador: Vicente Grecco Filho. São Paulo: USP, data de defesa 07.05.1996, p. 24, há vertente processual e política. Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 110 a 119, toda norma é política, pois "o direito pertence à política", p. 115, porém o mesmo diz que para entendermos algo como político ou não devemos pensar no conceito utilizado para o termo política, pelo fato de o mesmo ser equívoco.

CAPÍTULO 2 - DELIMITAÇÃO

As facetas jurídica e política dos institutos positivados podem ser apreciadas e comprovadas não apenas historicamente, mas também pela forma como a coisa julgada é determinada atualmente no direito comparado.

Há o exemplo da Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976, que, apesar de não descrever o conceito do *caso julgado*, impede que este seja modificado mesmo pelo Tribunal Constitucional Português, pois, embora seja possível o controle de constitucionalidade da lei em que se baseia a decisão transitada em julgado, a coisa julgada é mantida por existir ressalva constitucional para tanto²⁰⁶.

Este posicionamento constitucional é considerado acertado pela doutrina portuguesa, apesar da falta de conceituação constitucional, pois esta defende que a coisa julgada possui "um conceito pré-constitucional suficientemente densificado".²⁰⁷

No mesmo sentido da Constituição Portuguesa, temos a Constituição Espanhola que afirma o valor da coisa julgada mesmo quando houver decisão superveniente do Tribunal Constitucional Espanhol em ação de controle de constitucionalidade, porque o último recurso a ser interposto contra decisão judicial é o direcionado a este Tribunal, e este deve respeitar a coisa julgada²⁰⁸.

Esta Constituição obriga o cumprimento da decisão judicial e não cita a possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado. Mesmo eventual erro judicial deve ser

²⁰⁶ Cf. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** de 02 de abril de 1976. Disponível na internet no site <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>, acesso em 05/01/06, art. 282, 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."

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 1041.

²⁰⁸ Cf. ESPANHA. **La Constitución Española**. Disponível na internet no site <<http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>>, acesso em 06/01/06, artículo 161, 1. "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.", e artículo 53, 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

ressarcido por meio de indenização, não se falando em nenhum momento em modificação judicial do decidido²⁰⁹.

A Constituição da França, de 04 de outubro de 1958, dá plena força de coisa julgada às decisões do Conselho Constitucional, pois estas, além de irrecorríveis, necessariamente devem ser seguidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo²¹⁰, da mesma forma como ocorre na Constituição Italiana, que também prevê a impossibilidade de impugnação às decisões da Corte Constitucional²¹¹.

Nestes exemplos, notamos o interesse político dos Estados em manter suas decisões estáveis para a manutenção da autoridade do Poder Judicial, principalmente em relação às genericamente chamadas Cortes Constitucionais.

Porém, também está claro que após a determinação dos parâmetros da coisa julgada em cada Estado, ou seja, das formas com que esta pode ser flexibilizada pelo arcabouço de recursos de cada ordenamento, o instituto passa a ter um conceito mais concreto e diferenciado em cada Estado onde é protegido.

2.1. Enfoque político

O enfoque político, como forma de análise de uma determinada norma jurídica, são os fatores que determinaram a feitura de uma norma em certo ordenamento, os interesses e as forças sociais que impuseram sua elaboração e os efeitos políticos que sua aplicação terá na sociedade.

²⁰⁹ Cf. a Constituição Espanhola, art. 118: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto" e art. 121: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

²¹⁰ Cf. FRANÇA. **La Constitution du 4 octobre 1958**. Disponível na internet no site <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/c1958web.htm>>, acesso em 06/01/06, article 62: "(...) Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles". Trad. em FRANÇA. **Constituição da França**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, art. 62: "(...) As decisões do Conselho Constitucional serão irrecorríveis. Deverão ser reconhecidas pelos poderes públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais".

²¹¹ ITALIA. **Costituzione della Repubblica italiana**: 27 dicembre 1947. Disponível na internet no site <http://www.giurcost.org/fonti/index.html>, acesso em 06/01/06 137: 137: "(...) Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione". Trad. em ITALIA. **Constituição da República Italiana**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, art. 137: "(...) Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida nenhuma impugnação".

Os ordenamentos são criados por políticos e a mudança destes no poder pode determinar grandes modificações legislativas. Assim, um ordenamento feito sob pressões públicas, lutas sociais e ideologias divergentes, necessariamente há de ser político.²¹²

Mesmo uma decisão política fruto de certo consenso "põe fim a uma controvérsia pública sobre a oportunidade de criação de certos regulamentos"²¹³. Dessa forma, a opção política sempre vincula-se à necessidade ou não de colocar certas normas em vigor, e um dos fatores analisados para sua efetiva legislatura é a finalidade deste conjunto de normas.

Um exemplo de abordagem política está na descrição da finalidade de certo conjunto de normas, neste caso das que delimitam a coisa julgada.

Conforme doutrina preponderante²¹⁴, a coisa julgada tem a finalidade eminentemente prática de colocar fim a um litígio e estabilizar as relações jurídicas²¹⁵. Porém, a expressão mais correta acerca da finalidade prática da coisa julgada talvez seja: colocar fim à pretensão da parte de ter seu pedido julgado pelo Poder Judiciário, com a apreciação de seu mérito, mais de uma vez.

Não é à pretensão resistida da parte que a coisa julgada coloca termo final e, sim, à possibilidade de a parte que teve sua lide já julgada pelo Poder Judiciário, obter, deste mesmo órgão, nova apreciação em relação ao feito já sentenciado.

A estabilidade da sentença de mérito ou a "(...) firmeza e imutabilidade que a sentença atinge é que constitui o elemento diferenciador entre ela e os demais atos de natureza jurídica emanados pelo Estado"²¹⁶, não se confundindo com despachos de mero expediente, decisões interlocutórias, concessões fundadas em tutela antecipada e poder geral de cautela etc, em relação a esta característica.²¹⁷

²¹² DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 110.

²¹³ *Ibidem*, p. 116.

²¹⁴ NECKATSCHALOW, André Custódio. *Op. cit.*, p. 44.

²¹⁵ ALVES, Elaine Cristina Bueno. Delineamentos da coisa julgada e sua garantia constitucional. **Revista dos Tribunais**. Fascículo Cível. ano 93, vol. 827, set., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 87; FERNANDES, Adriana da Silva. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Dissertação de mestrado. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: USP, data de defesa 19.09.2000, p. 7; GAZZI, Mara Sílvia. *Op. cit.*, p. 89; GRECO FILHO, Vicente, 2000. *Op. cit.*, p. 247; NECKATSCHALOW, André Custódio. *Op. cit.*, p. 44.

²¹⁶ Cf. PIMENTEL, Wellington Moreira. Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal. In **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 335.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 333, reforça a importância da sentença de mérito transitada em julgado, dizendo que "(...) a sentença se constitui no ato de maior relevo do fenômeno processual. É o seu objetivo, o epílogo do processo e seu clímax".

A necessidade de obstar nova apreciação de coisa julgada reside na tentativa de impedir que várias sentenças divergentes ou contraditórias sejam proferidas sobre o mesmo fato²¹⁸.

Assim, a coisa julgada não macula o direito de ação, pois, mesmo considerando a existência desta, o indivíduo possui o direito de peticionar ao Poder Judiciário. Isso ocorre porque o acesso à Justiça e o direito de ação²¹⁹ não podem ser afastados²²⁰, pois sua maior ou menor concretização deverá ser feita dentro da análise de preliminar ou de mérito do alegado.

Isso significa que não há valor ou princípio constitucional que possa, faticamente, ser levantado como óbice à apreciação de qualquer petição levada ao Judiciário, uma vez que qualquer ponderação só poderia ocorrer nos próprios autos e a impossibilidade de apreciação judicial impediria a formação destes. O que pode acontecer em apreciação inicial, é o aplicador do direito, seja juiz ou tribunal, considerar alguma preliminar que impeça o exame dos fatos e do direito explicitados pelo requerente²²¹.

²¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, collateral estoppel e eficácia preclusiva secundum eventum litis. In **Revista dos Tribunais**. n. 608, junho, São Paulo Revista dos Tribunais, 1986, p. 25.

²¹⁹ Cf. CF/88: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

²²⁰ Sobre ponderação e hierarquização de valores, vide MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 452.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 418099/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do julgamento: 06/08/2002. Data da publicação/fonte: DJ 23.09.2002, p. 255. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05. Ementa: "Ação rescisória. FGTS. Sentença que julgou improcedente o pedido pela ausência de documento indispensável à propositura da ação (extratos das contas vinculadas ao FGTS). Falta que acarreta o indeferimento da inicial e não a extinção com julgamento do mérito. 1. Não pode o juízo substituir a decisão de indeferimento da inicial, ante a ausência de documento indispensável à propositura da ação, pela de improcedência do pedido, em razão dos efeitos da coisa julgada, que, no primeiro caso, é meramente formal, com eficácia adstrita ao âmbito do próprio processo, e, no segundo, é material, impeditiva da repropositura da ação, ainda que mediante a exibição dos extratos do FGTS exigidos. 2. Solução que se harmoniza com os precedentes do egrégio STJ no sentido de que é prescindível a juntada dos extratos das contas vinculadas à inicial da ação ordinária em que se busca a correção monetária dos saldos das contas do FGTS. 3. Recurso provido para, reconhecendo a ofensa ao art. 267, I, do CPC, julgar procedente o pedido da ação rescisória, desconstituindo a sentença transitada em julgado, e indeferindo a inicial daquele processo sem julgamento de mérito. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 343656/SP**. Relator: Ministro Franciulli Neto. Segunda Turma. Data do julgamento: 13/05/2003. Data da publicação/ fonte: DJ 04.08.2003, p. 258. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05. Ementa: "Recurso especial. Alínea "a". Mandado de segurança. Fornecimento de água a estabelecimentos de ensino municipais. Falta de pagamento. Interrupção do serviço. Identidade de partes pedido e causa de pedir. Coisa julgada. - Em mandado de segurança cuja sentença denegatória de mérito já transitou em julgado, pretendia a Fazenda do Estado de São Paulo fosse assegurada a manutenção do fornecimento de água aos estabelecimentos da Delegacia de Ensino de Bauru, sob o fundamento central da ilegalidade da suspensão do abastecimento, por se tratar de serviço essencial, que deve obedecer ao princípio da continuidade. Há nítida identidade entre as partes e o pedido do presente mandamus e do anteriormente julgado. A causa de pedir, entendida como a soma do elemento de fato e do efeito jurídico dele derivado, está circunscrita, em ambas as ações, à alegada ilegalidade da interrupção do fornecimento de água pela falta de pagamento do serviço, nada obstante as diferenças em relação aos meses de inadimplência, o valor do débito e os estabelecimentos da Delegacia de Ensino atingidos. Quanto ao mérito, já enfrentado no writ precedente, concluiu-se pela possibilidade de corte pela falta de pagamento do serviço. Existe, pois, a tríplice identidade exigida pelo parágrafo 2º, do artigo 301, do CPC para o reconhecimento da res

Portanto, mesmo não obstante o direito de ação, a coisa julgada dá ao réu o poder de alegar sua existência em caso de impetração de segunda ação, impedindo a formação da relação processual entre o autor e o réu sobre a mesma pretensão, estando o sujeito passivo protegido de nova decisão.

Claro que a apreciação judicial das lides pretende impedir a resolução privada dos conflitos, assim, a tensão que o problema acarreta às partes é transferida do conflito em si para a propositura da ação judicial. A coisa julgada põe fim a essa tensão que o litígio acarreta às partes, principalmente ao chamado réu, desígnio que define posição de certa desvantagem na relação jurídica. Dessa forma, essa decisão imutável dissolve a relação que as partes possuem dentro do processo e define uma situação que é determinante, objetivando paz social²²².

Optando o Estado por solucionar os conflitos intersubjetivos, este desloca a determinação do direito subjetivo para o órgão judicial com a aplicação do direito objetivo, ou seja, no momento em que este diz como o caso concreto deve ser regulado, e, após a prestação desta jurisdição, temos a coisa julgada.

Apesar da pressuposta problemática entre segurança e justiça, a coisa julgada pode ser única ou não, podendo ser diversificada de acordo com cada caso, conforme o determinado pela legislação de cada Estado, devendo ser regulamentado o método a ser seguido para a formação da mesma²²³.

O Estado também pretende ter as controvérsias dirimidas no menor tempo e com menor ônus financeiro²²⁴. Por isso permite que as partes entrem em um consenso e resolvam a situação controvertida ou que um árbitro seja utilizado para tanto. Porém, no caso de nenhuma dessas hipóteses ser suficiente, permite às partes que recorram a ele para a resolução do conflito.

Essa atribuição do Estado é um poder-dever, pois a ação judicial, em conformidade com o devido processo legal, que termina em coisa julgada, é um direito do cidadão e um poder estatal, no sentido de que o Estado, por este meio, afirma sua força política, substituindo a vontade das partes pela sua vontade.

judicata. Recurso especial não conhecido".

²²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 24.

²²³ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 432.

²²⁴ Sobre princípio da economicidade e da otimização da ação estatal *vide* FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 85-87.

Solucionado o litígio, o Estado termina a prestação da atividade jurisdicional devida às partes, que devem se submeter ao poder de império estatal, sendo a qualidade desta prestação apenas um dos fatores formadores da opinião da sociedade sobre os serviços estatais²²⁵.

A coisa julgada não atinge apenas as partes litigantes, mas toda a sociedade, pois de pouca valia seria a ação judicial se as partes não a observassem e repropusessem, a todo tempo, ações sobre o mesmo problema, sendo interessante ao Estado que eventual falha seja resolvida por recursos²²⁶, no qual eventual vício seria sanado no próprio processo já existente.

Óbvio que, a despeito do conteúdo normativo do instituto, este possui um fundamento essencialmente político para sua determinação legislativa²²⁷. Assim, devemos pensar em forma jurídica e exigência política²²⁸, o que se direciona à idéia de que "o fundamento político social da coisa julgada pode ser qualquer pensamento dominante na época"²²⁹, sendo política a sua configuração concreta em cada momento histórico.

Diante disso, devemos abandonar a concepção de coisa julgada como um único instituto, com mesmo conceito e mesmos parâmetros em todos os ordenamentos jurídicos, como notamos, por exemplo, pelo estudo do Direito Romano, no qual a coisa julgada era admitida de forma evidentemente diversa da utilizada atualmente pelo sistema jurídico brasileiro²³⁰.

Ainda que os institutos correlatos à coisa julgada sejam uma constante nos ordenamentos jurídicos conhecidos, devemos diferenciar esse conceito necessário de coisa julgada de suas condições concretas de existência, sendo cada ordenamento jurídico visto de forma individualizada.

Assim, constante nos ordenamentos são as decisões definitivas não impugnáveis. Porém, quem as decide, quando e de que forma o faz, deve ser estudado pontualmente, conforme as distinções nos ordenamentos sobre suas limitações recursais.

²²⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 24. "(...) Corolariamente, o Estado projetará sobre a sociedade uma imagem positiva ou negativa, conforme seja o desempenho, capacidade e prestígio de seu aparelhamento judiciário, especialmente no que tange ao acatamento e cumprimento das determinações dos magistrados".

²²⁶ FERNANDES, Adriana da Silva. *Op. cit.*, p. 10.

²²⁷ NEVES, Celso. *Op. cit.*, pp. 429-430.

²²⁸ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 61: "(...) apesar de as regras constitucionais apresentarem um inegável caráter jurídico, regulam situações profundamente políticas".

²²⁹ ROSA, Eliezer. Pequenos apontamentos de processo civil. In **Revista de Direito Processual Civil**, vol. I, p.

62. Apud NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 431.

²³⁰ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 430.

Esses moldes não fixos da coisa julgada são determinados conforme a opção política do legislador de cada Estado, que pondera entre dois problemas em extremos opostos: a existência de sentenças injustas imutáveis e a insegurança jurídica, pela mutabilidade plena das decisões. Há, portanto, tantos recursos, em cada ordenamento, quanto necessários para se alcançar uma razoabilidade ou proporcionalidade, conforme o ideário do legislativo de cada Estado, entre estes dois extremos indesejáveis²³¹.

Também é política a decisão sobre qual órgão decidirá e de que forma este dará a última palavra, como nos casos da recente reforma do recurso extraordinário e da súmula vinculante – com o advento da Emenda Constitucional 45 –, da instituição do juizado especial de pequenas causas e da modificação da execução do Código de Processo Civil – como forma de agilizar a prestação judicial.

De qualquer forma, a coisa julgada retira a dúvida existente na relação controvertida, incorporando ao beneficiário da sentença o objeto jurídico em litígio, determinando a certeza do anteriormente incerto e dando imutabilidade ao que antes era apreciável. Também, "(...) constitui-se num *plus* a reforçar a posição jurídica do beneficiário, antes infirmada pela controvérsia. (...)",²³² o que permite o entendimento da coisa julgada como um aspecto do processo, "considerado no resultado favorável a uma parte".²³³

No sistema jurídico brasileiro, optou-se politicamente por vetar nova sentença sobre outra já dada desde as Ordenações que aqui vigoraram, sendo a tradicional utilização do instrumento da coisa julgada nesse sistema seguida até os dias atuais²³⁴, havendo certas modificações do instituto conforme as mutações havidas na legislação e doutrinas nacionais.

Nessa breve explanação sobre a finalidade da coisa julgada utilizamos o enfoque político na análise do instituto para exemplificar este método, porém, afirmamos que, neste trabalho, a análise da coisa julgada no direito brasileiro será feita sob o enfoque jurídico.

²³¹ NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 432

²³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 24

²³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 369.

²³⁴ *Vide* capítulo 1 sobre ordenações portuguesas no Brasil.

2.2. Enfoque jurídico

A compreensão das normas em seu contexto jurídico (interpretação sistemática) indica, inicialmente, uma compatibilidade da norma inferior com a norma superior. Sem dúvida que o poder legislativo, ao votar uma norma, é movido pela política, porém o modo como esta norma interagirá com o ordenamento segue diretrizes jurídicas²³⁵, inclusive pela impossibilidade de se prever todos os efeitos que a norma irá irradiar quando possui simultânea vigência como outras normas.

Mesmo concordando com o caráter político essencial de toda norma, inclusive pelo fato de sua feitura e publicação serem pautadas exclusivamente na política e em seus institutos, é possível uma análise jurídica no estudo da norma em vigor dentro de um sistema com princípios e normas pré-existentes, com as quais esta deve conviver.

O espaço ocupado por uma norma dentro do sistema é restrito, não apenas pela sua redação e pela intenção do legislador, mas pela sua interação com um sistema anterior que não lhe permite maior amplitude. Por exemplo, há normas que apenas regulamentam um direito constitucional, a elas superior, e com este devem ser compatíveis.

Uma abordagem jurídica não se preocupa com a finalidade e oportunidade do instituto, com a sua moralidade e justiça. Observamos o objeto em sua compatibilidade com as normas que lhe são superiores e na delimitação de sua utilização pelas normas que estão em seu patamar, conforme a especificidade ou novidade das mesmas²³⁶. Um exemplo de abordagem jurídica é a recepção da legislação infra-constitucional sobre a coisa julgada pela Constituição de 1988.

Para entendermos a recepção do instituto da coisa julgada, determinado no Código de Processo Civil de 1973²³⁷ e na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942²³⁸, pela Constituição de 1988, devemos trabalhar, inicialmente, com os princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica.

²³⁵ Não há dúvida de que o aplicador do direito pode ser influenciado mais pelo político do que pelo jurídico, porém ao estudarmos o ordenamento, é possível fazer a tentativa, apesar de difícil, de considerarmos o jurídico sem pensarmos em outros fatores. Na verdade, essa distinção presta-se a invalidar teorias, que utilizam a casuística como base, pois a teoria jurídica pode ser pensada apesar dos problemas fáticos, devendo ser estudada em relação ao mesmo sem que haja maniqueísmo. Escolhemos este método para a feitura do presente trabalho.

²³⁶ Exemplo de abordagem puramente jurídica encontramos em KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, tanto na dinâmica jurídica que trata da compatibilidade da norma inferior com a norma superior, como a estática jurídica que busca o real sentido jurídico da norma despido de ideologia.

²³⁷ Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973.

²³⁸ Decreto-lei 4657, de 4 de setembro de 1942.

Esses princípios devem ser adotados como ponto de partida deste exame por serem mormente aceitos pelos doutrinadores e referirem-se principalmente à aceitação ou não de norma vigente anterior à elaboração de nova Constituição²³⁹.

Consideramos que os princípios constitucionais possuem uma abrangência muito mais larga que as normas constitucionais, por alcançarem todo o conjunto de normas infra-constitucionais adstritas à Constituição²⁴⁰, e não apenas àqueles a que se referem diretamente.

A Constituição, em sentido formal, é o elenco de normas denominadas constitucionais com "força jurídica superior"²⁴¹ em relação às outras normas do sistema, sendo essa a força que determina a supremacia da Constituição²⁴².

Conforme teoria kelseniana, o sistema jurídico deve ser entendido como uma "estrutura escalonada"²⁴³, na qual as normas constitucionais encontram-se no ápice desta escala e as outras normas em patamares inferiores, em hierarquia determinada pela própria Constituição²⁴⁴.

A Constituição pode regular tanto a forma de criação da legislação futura como seu conteúdo, em razão da pressuposição de existência de uma norma fundamental que impõe sua observância, pois na própria lei superior está o fundamento de validade da regra inferior²⁴⁵. Portanto, na incompatibilidade da norma infra-constitucional com a Constituição, aquela deve perder sua validade, tanto no caso de incompatibilidade formal quanto material com esta²⁴⁶.

No caso concreto, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 que define a coisa julgada foi promulgada sob égide da Constituição de 1937, que nada dizia a respeito do tema. Esta lei foi recepcionada pela Constituição de 1946 e pelas subseqüentes que tratavam da coisa julgada nos moldes atuais, delegando ao direito infra-constitucional sua conceituação.

Vale lembrar que, o Código de Processo Civil foi promulgado sob a égide da Constituição de 1967, que trazia o texto relativo ao instituto sob análise exatamente igual ao

²³⁹ Acerca de norma jurídica infraconstitucional e Constituição nova, vide BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 67-82.

²⁴⁰ Sobre normas e princípios Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 149 a 152. *Vide* também BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malhadeiros Editores, 2001, pp. 243-244, sobre a concepção de princípios como normas, e as normas compreenderem regras e princípios.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 322.

²⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 101.

²⁴³ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 224.

²⁴⁴ Sobre essa estrutura escalonada da ordem jurídica, vide *Ibidem*, pp. 246-249 e 255.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 215-217.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 57. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 463, fala em desconformidade.

atual, sendo os parâmetros infra-constitucionais dados à coisa julgada aceitos como constitucionais.

Conforme essas informações, podemos depreender que os constituintes de 1988, seguindo a tradição dos legisladores anteriores e conhecendo o tratamento dado à coisa julgada até então, não tiveram a intenção de modificar os moldes dados pela legislação infra-constitucional a esse instituto, isso por não terem modificado o artigo específico acerca da mesma em sede constitucional e, ainda, por não terem inserido qualquer palavra que o delimitasse de forma diversa.

Assim, parece-nos que os representantes do povo não houveram por bem conceituar a coisa julgada em sede constitucional, fazendo remissão implícita ao seu sentido infra-constitucional, mediante a manutenção da norma anterior de baixa densidade normativa.

A baixa densidade normativa de uma norma significa que a mesma não define de forma palpável seu objeto, não relaciona as formas coercitivas para seu cumprimento e não descreve os meios e os esforços a serem efetuados para sua concretude. Nesta categoria de normas está a que define constitucionalmente a coisa julgada, pois não há sanção para o seu descumprimento, sendo delegado ao legislador infra-constitucional a opção referente à sua definição e à sua proteção²⁴⁷.

A alta porosidade dessa norma jurídica pode ser demonstrada pelo grande número de interpretações que a mesma permite, sendo necessário que se informe o sentido da norma para sua efetiva aplicabilidade²⁴⁸. No caso concreto, o legislador constitucional mantendo a "porosidade"²⁴⁹ da norma constitucional, permitiu que a sede infra-constitucional implementasse essa norma, pois mesmo de baixa densidade normativa a norma constitucional é vinculante e deve ser obedecida, assim como as que possuem maior especificidade e, portanto, maior força jurídica²⁵⁰.

Esse silêncio do constituinte em relação a uma maior determinação do instituto sob comento, assim como em relação a outras normas de baixa densidade normativa, demonstra

²⁴⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 77. O autor trabalha com a idéia de falta de densidade das normas programáticas em relação aos direitos sociais. A diferença de enfoque está no fato de o implementador da medida, no caso de políticas públicas, ser o administrador/poder executivo, e no caso em enfoque, ser o legislativo, quando falamos em sua delimitação, e o judiciário, no caso de sua aplicação.

²⁴⁸ Idem. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**. Fascículo Civil. ano 94, vol. 832. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2005, pp. 13-14.

²⁴⁹ Ibidem, p. 79.

²⁵⁰ Ibidem, p. 80.

"uma vontade negativa do criador da norma, que decide por não decidir".²⁵¹ Considerando essa "vontade negativa do criador da norma", quem pretende interpretá-la deve inicialmente constatar esse fato, buscando o órgão competente para a determinação dos parâmetros a serem adotados.

Há, portanto, um espaço de interpretação para o intérprete, que pode ser o doutrinador, por exemplo, e um espaço de concretização da norma, efetuado pelo competente para tanto, conforme o indicado pela própria norma de baixa densidade, o qual pode ser o administrador, o legislador ou o próprio juiz²⁵².

Assim, à doutrina não cabe a interpretação da norma e sim a apreciação das atitudes do ente concretizador da norma, o qual pode optar dentro de um certo círculo de significados pertinentes, sendo o intérprete um fiscal do concretizador da norma.²⁵³

Conforme este primeiro aspecto, podemos entender que, com o advento da Constituição de 1988, houve a manutenção das normas processuais infra-constitucionais anteriores sobre como a coisa julgada se forma, como no caso da Lei de Introdução ao Código Civil e do Código de Processo Civil, pela repetição da garantia constitucional de baixa densidade²⁵⁴ no ponto que esta diz "a lei não prejudicará (...)". Isso porque se manteve como competente para complementar o dito pelo constituinte o legislador ordinário.

Porém, fazendo uma análise completa da Constituição Federal, claro que esta modificou vários institutos que influenciam na definição de coisa julgada, como quais tribunais decidem, como o fazem, onde cabem os recursos, a determinação do duplo grau de jurisdição etc.

Além disso, essa construção utilizada pelo constituinte também se relaciona com a idéia de que para a Constituição promulgada, apesar de sua aplicabilidade imediata, retroagir validamente para modificar a coisa julgada no caso concreto formada antes de 1988, há necessidade de determinação expressa dessa retroatividade e de seu objeto²⁵⁵, um exemplo

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2005, pp. 14.

²⁵² *Ibidem*, p. 15.

²⁵³ *Ibidem*, 2005, pp. 16. Essa posição do autor demonstrada por um interpretativismo moderado, cf. o mesmo, é denominada pragmatismo jurídico, não se vinculando às idéias extremas: a da utilização da interpretação para toda e qualquer problemática e a da unicidade interpretativa de cada norma.

²⁵⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, 2003, p. 321, a idéia de opção do constituinte em manter ou não o ordenamento anterior conduz ao conceito de Constituição material, dado pelo autor, como "o estatuto jurídico do político"; o que significa que o legislador conjuga suas intenções políticas e as descreve de forma jurídica, sendo essas aspirações políticas o conteúdo das Constituições, consideradas jurídicas apenas em sua forma, em seu modo descritivo, por seguirem parâmetros jurídicos determinados.

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, 2001, pp. 87-90.

está na reintegração de funcionários, previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁵⁶.

Diante disso, apesar do tema ser complicado, a Constituição Federal não mudou nada na definição da coisa julgada, mediante a proibição de a lei modificá-la.

A continuidade da ordem jurídica pode ocorrer, apesar de mutação constitucional, se a nova ordem assim o determinar de forma implícita ou explícita, havendo, assim, a recepção do ordenamento anterior²⁵⁷. Também, devem ser consideradas as dificuldades práticas de se criar todo um sistema jurídico novo e o fato de certas regras colocadas em vigor na época de Constituição anterior serem compatíveis com a Carta atual, havendo sempre certa continuidade²⁵⁸. Porém, a validade desse sistema infra-constitucional se dá apenas quando a nova ordem assim o determina, e é a nova Constituição que deve dispor sobre o assunto, conforme a intenção política vigente, no sentido de efetividade ou não dessas normas infra-constitucionais.²⁵⁹

Apesar desses problemas políticos, entendemos que houve juridicamente a recepção dos diplomas legais sob comento pela Constituição atualmente em vigor.

Embora a Constituição de 1988 não relate explicitamente este princípio da continuidade, não houve grandes questionamentos a este respeito quando das rupturas constitucionais brasileiras²⁶⁰, sendo o princípio amplamente aceito e, como podemos perceber pela situação atual, amplamente acatado mediante recepção maciça da legislação anterior²⁶¹.

²⁵⁶ CF/88, art. 8º, do ADCT: "É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos".

²⁵⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 233.

²⁵⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 460-461.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 71-74, KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 232-235

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 68

²⁶¹ Como exemplo de recepção de normas anteriores à Constituição de 1988: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 732**. Data de aprovação: sessão plenária de 26/11/2003. Publicação: DJ de 9/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05: "É constitucional a cobrança da contribuição do salário educação, seja sob a carta de 1969, seja sob a Constituição de 1988, e no regime da lei 9424/1996". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 663**. Data de aprovação: sessão plenária de 24/09/2003. Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 3; DJ de 10/10/2003, p. 3; DJ de 13/10/2003, p. 3. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05: " Os parágrafos 1º e 3º do decreto-lei 406/1968 foram recebidos pela Constituição"..

Quanto à possível inconstitucionalidade formal superveniente, conforme consenso amplo, a norma infra-constitucional não precisa ser formalmente compatível com o processo legislativo determinado na Constituição vigente no momento de sua criação²⁶², impossibilitando a arguição de inconstitucionalidade formal em face da Constituição atual, contudo, com a possibilidade desta arguição em relação à Constituição anterior no caso concreto²⁶³. Dito com palavras simples, a norma é formalmente constitucional se respeitar o procedimento previsto no momento de sua criação e não se torna inconstitucional se esse procedimento for modificado pela Constituição superveniente.

A compatibilidade a ser apreciada com o advento de Constituição diversa deve ser apenas de conteúdo material, substantivo²⁶⁴, havendo, portanto, a validade de forma legislativa não amparada na Constituição nova, como o exemplo do decreto lei que instituiu a Lei de Introdução ao Código Civil²⁶⁵.

O instituto da coisa julgada passou a ser utilizado em 1988 tal como era sob a vigência²⁶⁶ da Carta anterior, não havendo maiores questionamentos ou tentativas de inovação

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 83.

²⁶³ *Ibidem*, p. 85.

²⁶⁴ Cf. *Ibidem*, p. 85, a inconstitucionalidade de norma conforme a Constituição anterior pode ocorrer em caso concreto, cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 463 "Não importa que as leis fossem inconstitucionais material, orgânica ou formalmente antes da entrada em vigor da nova Constituição."

²⁶⁵ Outros exemplos: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 438-DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 07/02/1992. Data da publicação: DJ 27/03/1992, p. 3800, ementa vol 1655-01, p. 81, RTJ vol. 140-02, p. 407. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05. Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada e anterior a da Constituição padrão. 1. Não há inconstitucionalidade formal superveniente. 2. Quanto à inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIn 2, Brossard, 6.2.92) - contra três votos, entre eles do relator desta -, em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 3. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante, com ressalva de sua posição pessoal, se rende à orientação da Corte". Votação: unânime. Resultado: não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso especial n. 212455-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 14/11/2002. Data da publicação: DJ 11/04/2003, p. 27, ementa vol 2106-04, p. 701. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05. Ementa: "Processo. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disciplina. Persistência no cenário normativo. -As normas processuais insertas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, relativas a ações e recursos situados na respectiva competência, foram recepcionadas pela Constituição de 1988, no que com esta forem harmônicas. Inexistindo o instituto da inconstitucionalidade formal superveniente, o conflito entre normas processuais, sob o ângulo material, resolve-se mediante a consideração da revogação tácita". Votação: unânime. Resultado: desprovido.

²⁶⁶ Em relação à discussão doutrinária sobre o fato de a norma anterior à Constituição perder vigência ou validade, vide BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 72-82. Posição da nossa Corte Constitucional cf. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2-DF**. Relator: Ministro Paulo Brassard. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 06/02/1992. Data da publicação: DJ 21/11/1997, p. 27, ementa vol 1892-01, p. 1. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05. Ementa: "Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua

em relação ao instituto e suas características com base na vigência da Constituição atual, mas tão somente observações referentes à utilização correta do instituto e de sua configuração relativas à sua delimitação infra-constitucional²⁶⁷.

Esse exemplo e as explicações efetuadas são necessários pois a regulamentação infra-constitucional acerca de coisa julgada é anterior à Constituição de 1988, e sua relativização defendida com parâmetros contidos nesta Constituição atual. Sem dúvida, essa Carta é, como toda emanção do poder constituinte originário, "a suprema manifestação da visão política vencedora"²⁶⁸, porém não se pode controlar todos os aspectos que irão modificar-se com a entrada em vigor de tão largo manancial normativo.

A análise do processo e deste vinculado ao direito material, é a finalidade deste trabalho, porque nele pretendemos discutir o tema da coisa julgada relacionado com as normas vigentes e com os princípios constitucionais. Pensaremos neste instituto e nas discussões acerca de sua relativização, deixando de lado aspectos políticos e morais, que implicam obrigatoriamente em opção axiológica, fazendo em um estudo jurídico.

Óbvio que a correção de injustiças é objetivo querido por todos, porém esta será analisada sob critérios como o devido processo legal, o qual deve ser observado quando houver necessidade de sanar eventual desacordo entre, por exemplo, a sentença dada e o legislado.

Determinado o conteúdo mínimo do conceito de coisa julgada e o enfoque a ser utilizado para os outros capítulos do trabalho, abordaremos o assunto em pauta em balizas constitucionais²⁶⁹ enfocando algumas digressões sobre o caráter constitucional e de direito

elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (grifo nosso) 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido". De qualquer forma, cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 462: "Na hipótese de revisão constitucional, não se opera novação. A revisão só tem efeitos negativos - sobre normas ordinárias anteriores contrárias - não positivos - sobre as não desconformantes".

²⁶⁷ Um exemplo do estudado são os textos de Liebman, que tratam da autoridade da coisa julgada e do fato de esta ser ou um efeito da sentença ou a eficácia dada aos efeitos da sentença. Cf. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 40. "(...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado".

²⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 114.

²⁶⁹ Cf. textos constitucionais doutrinários pesquisados, a apreciação da coisa julgada e sua problematização dava-se em nível processual, e apenas os parâmetros processuais eram apreciados. Como exemplo, BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 2001, p. 229-230, em comentários à Constituição, aborda apenas a diferença entre coisa julgada formal e material, tratando da Constituição ao determinar que as duas formas processuais são por ela protegidas,

fundamental da coisa julgada, discorrendo a respeito da problemática constitucional sobre a delimitação da coisa julgada no Brasil, pois atualmente vários doutrinadores desejam vê-la flexibilizada após o prazo rescisório.

O objeto do trabalho é a coisa julgada e as normas relativas à mesma, hoje, no Brasil, utilizando como referência a Constituição Federal de 1988, atualmente vigente. Não pretendemos divagar sobre possível *lege ferenda*, cuja abordagem seria eminentemente política, ou de doutrina internacional.

O instituto em foco modificou-se com o passar do tempo, pois entra no ordenamento brasileiro como norma imposta pelo soberano, passa a ser regulado na legislação infra-constitucional, em 1850, com a edição do Regulamento 737, e vai tomando espaço constitucional a partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, com as modificações dos textos pátrios.

A fórmula prescrita constitucionalmente é repetida, demonstrando a opção política do legislador em não modificar o instituto fundamentalmente, inclusive no caso de dar-lhe maior flexibilidade.

citando posteriormente a Lei de Introdução ao Código Civil.

CAPÍTULO 3 – COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Analisaremos, neste capítulo, os argumentos utilizados pela doutrina brasileira, tanto para a manutenção como para a relativização da coisa julgada inconstitucional.

Em primeiro lugar, relataremos os principais pontos dos discursos que pretendem ver a coisa julgada relativizada no caso concreto, seguidos dos que defendem a impossibilidade dessa relativização.

Essa separação da doutrina em categorias originais em relação à coisa julgada não foi realizada de forma clara pelos doutrinadores brasileiros estudados, apesar de a considerarmos imprescindível e, por meio deste método, pretendemos medir a pertinência e a importância de cada argumento em uma teoria sobre a coisa julgada.

Teceremos observações e críticas sobre cada argumento após sua descrição, citando trabalhos e comentando suas particularidades. Problemas gerais sobre cada bloco doutrinário serão descritos após o elenco dos argumentos que os compõem, nos itens denominados críticas. Todas as críticas efetuadas terão por base a compatibilidade dos argumentos com a Constituição de 1988 ou sua lógica interna.

Ao final do capítulo, realizaremos uma análise geral de todo o material recolhido, tanto especificamente, como em relação aos dois blocos doutrinários. As idéias consideradas problemáticas, ou não serão utilizadas, ou lhes será dado um sentido considerado aproveitável para a construção de uma teoria sobre a coisa julgada e seu papel constitucional.

Pretendemos desconstruir a doutrina atual sobre a coisa julgada, separando os argumentos aproveitáveis dos não aproveitáveis, pretendendo contribuir para a construção de uma teoria sobre a coisa julgada compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Também buscaremos os fundamentos últimos de cada bloco doutrinário ou o que seus argumentos têm em comum, apesar das divergências evidentes entre os argumentos que serão demonstrados.

As propostas de modificação legislativa e os trabalhos focados em legislação internacional não serão estudados neste capítulo, que tem foco na possibilidade de interação e compatibilidade dessas concepções brasileiras com o Direito, principalmente Constitucional, vigente no Brasil.

Quando falarmos em coisa julgada, a referência será a coisa julgada no caso concreto. Havendo necessidade, usaremos outros termos, como conceito de coisa julgada, coisa julgada

formal, coisa julgada material e parâmetros de coisa julgada, para que não haja confusão entre esses conceitos. Optamos pela utilização do termo coisa julgada para o caso concreto pois os argumentos abordados tratam normalmente da manutenção ou relativização desta.

Apesar de certos argumentos adotarem uma leitura do tema com outra concepção de coisa julgada, como, por exemplo, em relação aos parâmetros infra-constitucionais da coisa julgada, o efeito pretendido pelas argumentações é sempre a relativização ou a manutenção das situações individuais já transitadas em julgado, sendo este um outro motivo para optarmos por este conceito como o geral.

3.1. Argumentos favoráveis à relativização

3.1.1. Da negação do caráter constitucional

Este argumento nega *status* constitucional à tutela dada à coisa julgada por esta não possuir caráter constitucional quando se trata de posterior sentença de mérito sobre o já transitado em julgado.

A norma constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI, é interpretada como referente apenas ao legislador, não ao Poder Judiciário e a coisa julgada poderia ser modificada pelo juiz, no caso de violação da justiça e da constitucionalidade no caso concreto, sem prejuízo constitucional, pois a impossibilidade de rescisão da coisa julgada estaria protegida apenas infra-constitucionalmente²⁷⁰.

Defende que deve ser dada a mesma importância à conformidade de todos os atos públicos com a Constituição, pois, muito se fala em compatibilidade da legislação com a Lei Fundamental, sem a mesma preocupação com os atos do Poder Judiciário.

A ausência de controle dos atos judiciais acarretaria uma institucionalização da sentença como impermeável e impassível de modificação quando passada em julgado, apesar da possibilidade de estas possuírem vícios e inconstitucionalidades. Além disso, a inexistência, em determinados casos, de formas recursais para a impugnação desses vícios,

²⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 70.

combinada a uma cultura de preponderância da atividade jurídica, determinaria certa preponderância do Judiciário, em relação aos demais poderes públicos²⁷¹.

Prevê, com a manutenção dessa situação, que o Direito deixaria de ser a Constituição para se tornar as próprias decisões judiciais, o que não se coadunaria com o Estado de Direito, que impõe a compatibilidade de todos os atos do Poder Público com a Constituição.

Todos os atos públicos deveriam ter o mesmo tratamento do ato legislativo, o qual quando inconstitucional é considerado nulo, por meio da garantia da subordinação constitucional de todos os poderes constituídos e do afastamento do ato inconstitucional mesmo judicial²⁷², pois este também seria nulo²⁷³.

Essa idéia de a coisa julgada não poder ser considerada um valor absoluto, com conseqüente nulidade da sentença inconstitucional, como ocorre com os atos administrativos e os atos legislados inconstitucionais, está baseada na convergência da doutrina nacional em considerar a lei inconstitucional nula, impossibilitando a discussão sobre um tratamento diferenciado para o caso das sentenças judiciais, mesmo quando soberaneamente julgadas²⁷⁴.

Considera incorreto o conceito de coisa julgada tradicionalmente utilizado pela doutrina devido à sua vinculação à idéia de imutabilidade²⁷⁵. Entende que apesar de a coisa julgada ter sido "prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República"²⁷⁶, porque esta "não se preocupou em dispensar tratamento constitucional ao instituto da coisa julgada em si"²⁷⁷, negando-lhe proteção constitucional²⁷⁸, sendo sua intangibilidade protegida apenas infra-constitucionalmente²⁷⁹.

Conforme premissa que o Princípio da Constitucionalidade seria princípio constitucional e a garantia da coisa julgada seria infra-constitucional, não haveria conflito de normas no caso de sentença transitada em julgado baseada em lei inconstitucional, porque a

²⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 70-73.

²⁷² *Ibidem*, pp. 74-76.

²⁷³ *Ibidem*, p. 84.

²⁷⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 10-12.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 80.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 7.

²⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 83.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 84.

²⁷⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, p. 7.

proteção à coisa julgada seria hierarquicamente inferior à necessidade de conformidade entre as sentenças e a Constituição²⁸⁰.

Nega *status* constitucional à tutela da coisa julgada e dá *status* constitucional à proteção da constitucionalidade e justiça da sentença como forma de afastar “a séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro (...)”²⁸¹, pois a coisa julgada teria caráter meramente operacional, seria apenas norma de Direito Processual infra-constitucional, resguardada apenas quando compatível com a Constituição²⁸².

Defende a supremacia do Princípio da Constitucionalidade como absoluta, sendo este superior a todos os outros inseridos na Constituição Federal, o que tornaria impossível a ponderação do Princípio da Constitucionalidade ou da ordem constitucional, porque o prejuízo à coisa julgada seria vedado apenas à lei, podendo haver, se necessário, correção da mesma por sentença judicial²⁸³.

Para esta concepção, não há conflito entre segurança e justiça, o qual seria forjado para optar-se sempre pela segurança e, conseqüentemente, pela coisa julgada, em detrimento da justiça no caso concreto²⁸⁴.

Defende a possibilidade de a coisa julgada ser intangível apenas no caso de ilegalidade, não estendendo essa intangibilidade à coisa julgada inconstitucional, pois naquele caso caberiam os argumentos de segurança e certeza, e neste não, pelo motivo de a inconstitucionalidade guardar relação de prejudicialidade com a coisa julgada²⁸⁵.

Há quem argumente que no caso de inconstitucionalidade não ocorreria sequer crime de desobediência quando houvesse descumprimento de sentença proferida com este vício, pela nulidade da decisão²⁸⁶.

O Poder Judiciário como poder constituído, e não poder constituinte, dependeria de ressalva constitucional para que a coisa julgada fosse imutável, independentemente de sua

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 85.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 84.

²⁸² NASCIMENTO, Carlos Valder. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2005, p. 6.

²⁸³ BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 129-132.

²⁸⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, pp. 10-12.

²⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 86-87.

²⁸⁶ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, pp. 172-173.

compatibilidade constitucional²⁸⁷. Assim, se o Estado de Direito prevê a subordinação de todos os poderes instituídos à Constituição, e estando o Poder Judiciário nesse contexto, sua manifestação seria a própria vontade estatal, e, não sendo o mesmo detentor da soberania, seria impossível a existência de regras diversificadas para tais decisões judiciais²⁸⁸. Além disso, sendo os três poderes iguais e harmônicos, seus atos deveriam ser submetidos à mesma possibilidade de modificação, pois pensar de forma diferente seria dizer que a lei vale menos que a sentença judicial, o que, nesses termos, não seria correto²⁸⁹.

Dessa forma, esse argumento pretende traçar um método para a relativização da coisa julgada, que ocorreria, conclusivamente, “mediante um critério prévio e abstrato de simples relação hierárquica”.²⁹⁰

Separamos as duas idéias contidas neste argumento: a de que só a lei tutela a coisa julgada, independentemente de seu conteúdo; e a de que a Constituição protegeria sim a coisa julgada, porém apenas se esta estivesse em conformidade com o seu conteúdo.

Apesar de o posicionamento abordar a proteção da coisa julgada apenas em patamar infra-constitucional, não se posiciona sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada quando esta estiver em conformidade com a Constituição e nem mesmo sobre a possibilidade da lei ser o fundamento para a abolição da coisa julgada da sentença a ser relativizada, independentemente do seu conteúdo, o que, em tese, seria possível na falta de proteção constitucional ao instituto.

Assim, mesmo negando caráter absoluto à coisa julgada, consideramos errôneo negar-lhe caráter constitucional. A Constituição impõe o respeito de todos os poderes constituídos não apenas à lei, mas também à coisa julgada, pois o fato de o legislador infra-constitucional determinar os contornos da coisa julgada não retira seu caráter constitucional²⁹¹. A assertiva de que a coisa julgada teria caráter meramente operacional, ou seja, seria apenas norma de direito infra-constitucional processual²⁹², não pode prevalecer, pois o instituto em estudo é protegido pela Constituição explicitamente.

Outros argumentos, mesmo pró-relativização, aceitam a constitucionalidade da tutela à coisa julgada, não concordando com o argumento de sua tutela ser infra-constitucional. Isso

²⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 86-87.

²⁸⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 3-4.

²⁸⁹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, pp. 132-136.

²⁹⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 390-391.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 388-390.

²⁹² NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2005, p. 6.

ocorre por vezes de forma explícita, por vezes de forma implícita, quando pela leitura do argumento percebemos a aceitação da constitucionalidade da tutela da coisa julgada pela lógica do descrito em cada um deles.

Por exemplo, no argumento da impossibilidade de formação da coisa julgada material em sentenças isentas de efeitos substanciais, que entende haver a proteção constitucional dada à coisa julgada mesmo em face de novo ato do Poder Judiciário, haveria possibilidade de modificação dos julgados apenas nos casos por ela elencados, nos quais a coisa julgada não se formaria.

Sobre a necessidade de controle das decisões do Judiciário, pelo mesmo ter o poder de manifestar-se em último lugar sobre o direito a ser aplicado, principalmente quanto às relações em concreto, e de controlar os outros órgãos públicos, afirmamos que esta é a opção do Estado Moderno, qual seja, a de delegar ao Poder Judiciário a obrigação de determinar definitivamente as situações controvertidas, pois "alguém, precisa decidir de modo último e vinculante o sentido do ordenamento"²⁹³, e esta opção é feita em favor de um órgão imparcial, com atuação objetiva em parâmetros unicamente processuais²⁹⁴.

O Poder Judiciário falar em último lugar no caso concreto e controlar os outros poderes, não é decisão arbitrária, pois existem outros meios para o controle do próprio Judiciário, como a vigilância da doutrina, das organizações políticas, a possibilidade de juízes serem submetidos a processo disciplinar, com imputação de responsabilidade aos faltosos, etc.

Também, não poderíamos utilizar o mesmo meio para o controle da constitucionalidade do ato normativo e do ato jurisdicional, uma vez que o controle da constitucionalidade da lei deve ser feito, também, por ato jurisdicional. Dessa forma, a coisa julgada não pode ser considerada igual à lei, nem inferior a esta, conforme prega este argumento, pois a força de lei que se confere à coisa julgada não é suficiente para a descrição da força deste instituto, sendo a coisa julgada superior à própria lei que não pode revogá-la.²⁹⁵

Sobre não haver conflito entre segurança jurídica e justiça, o qual seria forjado para favorecer a segurança e a coisa julgada,²⁹⁶ em primeira análise, notamos que o conflito existe, pois se a coisa julgada é protegida constitucionalmente e o argumento pretende que prevaleça

²⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 386-387.

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 386-387.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 386-389.

²⁹⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 10-12.

a justiça da decisão, por ser constitucionalmente protegida, forçoso entender a existência do referido conflito entre esses valores constitucionais no caso da coisa julgada inconstitucional.

Acerca da não ocorrência de crime de desobediência no caso de descumprimento da sentença por sua inconstitucionalidade, apesar de transitada em julgado²⁹⁷, entendemos que, por ser a coisa julgada protegida pela Constituição, não podemos ignorar o comando judicial, o que acarretaria, inclusive, a perda da autoridade do Poder Judiciário.

Para que haja a possibilidade do não cumprimento da sentença judicial, há necessidade de que outro ato do Poder Judiciário, permitido pela legislação em vigor, assim determine, pois, caso contrário, seria agravada a já problemática situação do Judiciário, que teria que lidar não apenas com a morosidade, mas também com o descumprimento de suas decisões por todo e qualquer prejudicado que interpretasse a lei em que se baseou sentença de seu interesse como inconstitucional.

Esta argumento não apresenta qual seria a regra aplicada ao caso concreto quando o Supremo Tribunal Federal realizasse a modulação dos efeitos da lei declarada inconstitucional postergando-os para o futuro. Também não resolve se haveria possibilidade de o interessado esperar passar o prazo determinado para a manutenção da norma inconstitucional, para depois tentar modificar a sentença de seu interesse, já passada em julgado no período da modulação dos efeitos dessa lei, em razão da inconstitucionalidade declarada.

Utilizar a mesma modulação dos efeitos da inconstitucionalidade das leis para as sentenças passadas em julgado não seria possível, pois não há lógica na declaração da nulidade de alguma decisão, principalmente no caso concreto, com a simultânea manutenção dos efeitos anteriores.

Se a declaração de inconstitucionalidade e a manutenção das decisões inconstitucionais aprimorassem a discussão sobre o assunto, isso não deveria ocorrer em sede judicial. Consideramos que a livre modificação das decisões e a modulação dos efeitos da coisa julgada no caso concreto, daria muito poder ao Judiciário e suas decisões seriam imprevisíveis. Inclusive, este argumento não resolve o problema de a Constituição não validar a coisa julgada inconstitucional, pois no caso da autoridade suprema desta, a sentença protegida deveria ser respeitada, independentemente de seu conteúdo, se assim determinado.

Não pretendemos que a interpretação constitucional seja imutável, pois há necessidade de certa atualização da norma com o decorrer do tempo, inclusive porque a Constituição traz

²⁹⁷ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, pp. 172-173.

vários valores contraditórios, porém, quando há tal modificação interpretativa, os mesmos parâmetros devem ser usados para todos os casos apreciados pelo Judiciário. No entanto, na discussão sobre a coisa julgada inconstitucional, encontramos posições com incoerências internas como no caso de estarem presentes na mesma teoria as assertivas de que, quando o indivíduo deve devolver dinheiro ao Estado, a coisa julgada deve ser tratada como absurda e injusta²⁹⁸ e quando o Estado deve devolver dinheiro ao indivíduo por pagamento de crédito tributário, claramente inconstitucional, fala-se em modulação de efeitos²⁹⁹.

Há tese que defende que o problema da modificação eterna do julgado está na possibilidade de contenda eterna, sem corte temporal, excluindo o fato de o proferimento da sentença ser sanatório de qualquer preclusão e decadência. Diz que a legislação de novos parâmetros à coisa julgada impediria a utilização da relativização, como no caso dos embargos do art. 741 do Código de Processo Civil, que exemplifica a resolução do problema pela legislação de novos meios de impugnação, de rescisão ou de recurso em relação a determinadas decisões com determinados requisitos³⁰⁰.

Enfim, não concordamos com o argumento de que a proteção à coisa julgada possui sede infra-constitucional e que o método para sua relativização pode ocorrer “mediante um critério prévio e abstrato de simples relação hierárquica”³⁰¹, pois nos perfilamos à concepção da coisa julgada tutelada constitucionalmente.

3.1.2. Dos Princípios da Legalidade e da Moralidade

O argumento da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade, defende a possibilidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, pois o direito apenas teria “êxito na sua aplicação”³⁰² se sua interpretação e aplicação forem constitucionais.

²⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 69-70.

²⁹⁹ *Ibidem*, pp. 102-107. Ainda os autores, citando idéia de Eduardo Garcia de Enterría, dizem do entendimento da: “(...) Suprema Corte Americana no sentido de não ordenar a devolução de impostos já pagos por diversas razões, tais como: a) o fato de o contribuinte ter auferido os benefícios dos gastos públicos financiados; b) desorganização das finanças públicas; e c) definitividade das transações. Enfim, a quebra da indispensável segurança das relações jurídicas.” Percebe-se, claramente, um raciocínio pró-estatal.

³⁰⁰ SILVA, Ovidio A. Batista da Silva. Coisa julgada relativa? In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, p. 218.

³⁰¹ TALAMINI, *Op. cit.*, 2005, pp. 390-391.

³⁰² DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 29.

O normativo deve vincular-se à realidade, sem espaço para uma ciência do direito pura, que afaste a ponderação da justiça, motivo último do direito. Defende ser indispensável a relação entre a sentença, a legalidade e a moralidade, devendo até a lei subordinar-se à última³⁰³, para que haja a "descoberta do justo pela razão"³⁰⁴.

Diz que o Judiciário deve adotar a absoluta "supremacia do princípio da moralidade", que é a "essência do direito", pela sua competência para revisar os seus atos e inculcar responsabilidade aos seus servidores, e deve ser "mais vinculado" que os outros poderes por regular sua própria conduta e a dos seus juízes³⁰⁵.

A violação deste Princípio acarretaria a não existência dos direitos³⁰⁶, pois a coisa julgada deveria se basear na "verdade, certeza e justiça"³⁰⁷, uma vez que apenas uma outra sentença pode desconstituí-la, não a lei³⁰⁸.

A coisa julgada teria autoridade de lei entre as partes, porém não atingiria a verdade dos fatos³⁰⁹. Assim, apesar da existência de motivos políticos, como a estabilidade dos direitos, e de motivos jurídicos³¹⁰, como a citação da coisa julgada pela Constituição, para a imutabilidade da coisa julgada, estes são insuficientes como justificativa para a manutenção de graves imoralidades³¹¹.

Explica que a injustiça não deve prevalecer em época alguma, e que a coisa julgada é um instrumento processual que não pode se sobrepor à legalidade e à moralidade; não podendo a lei entre as partes valer mais que a Constituição, com a qual deve ser compatível para a existência da coisa julgada. A segurança traria certeza, porém não a realidade dos fatos, tendo sede infra-constitucional, e a injustiça impediria o trânsito em julgado, pois a moralidade, a legalidade e a justiça seriam os pilares do regime democrático, protegidas

³⁰³ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 30.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 31.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 31.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 32.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 34.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 35.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 40.

³¹⁰ Cf. *Ibidem*, p. 42. Segundo o autor, as teorias sobre os motivos jurídicos são: "a) a presunção da verdade contida na sentença (Ulpiano, Pothier e outros); b) a ficção da verdade ou da verdade artificial (Savigny); c) a da força legal, substancial da sentença (Pargensteher); d) a da eficácia da declaração contida na sentença (Hellwig, Binder, Stein); e) a da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco); f) a da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães); g) a de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde concentra-se a força da coisa julgada (Chiovenda); e h) a teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença."

³¹¹ *Ibidem*, p. 42.

constitucionalmente³¹². A estabilidade das situações pode ocorrer apenas quando amparada na confiabilidade das instituições e no justo³¹³.

O Princípio da Legalidade deve ser entendido aqui não como a exata aplicação da lei no caso concreto, mas como a utilização de princípios, doutrina, jurisprudência, etc., devendo o juiz decidir com base no sistema jurídico³¹⁴. Portanto, afirma esta concepção que a coisa julgada é relativa, não podendo superar a legalidade e a moralidade, nunca passando em julgado se inconstitucional³¹⁵, pois a sentença deve ser justa e sustentar o estado democrático, e a inconstitucionalidade deve ser revista a qualquer tempo, pelos fatos da sentença nunca passarem em julgado e a segurança jurídica vincular-se à proporcionalidade e razoabilidade³¹⁶.

Notamos neste argumento um posicionamento diferente do anterior, pois este defende que a coisa julgada deve ser protegida no caso de ser justa, não havendo essa proteção apenas nos casos de sua injustiça ou inconstitucionalidade.

Esta tese, apesar de defender que a injustiça impede o trânsito em julgado³¹⁷, e de pretender a "descoberta do justo pela razão"³¹⁸, não se propõe a definir o que é o justo, embora exponha parâmetros como a moralidade, a legalidade e a justiça, por serem pilares do regime democrático com sede constitucional³¹⁹. Além de não determinar o conceito de justiça, não explica como ponderar o princípio da moralidade ou como aplicar os elementos que efetivariam o Princípio da Legalidade, como a jurisprudência, a doutrina, etc. Isso sem considerarmos que esses elementos normalmente possuem divergências.

Apesar de afirmar que a segurança jurídica possui sede infra-constitucional³²⁰, defende que a coisa julgada justa deve ser protegida, não havendo essa proteção apenas nos casos de

³¹² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 45.

³¹³ *Ibidem*, p. 46.

³¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 174-175.

³¹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 18-19.

³¹⁶ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, pp. 60-61. Cabe salientar que não serão tratados todos os casos práticos expostos, que podem ser conferidos nas pp. 61-67.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 31.

³¹⁹ *Ibidem* p. 45.

³²⁰ *Ibidem.*, p. 45.

injustiça ou inconstitucionalidade³²¹. Assim, a segurança jurídica estaria vinculada à proporcionalidade e razoabilidade³²².

Não há clareza acerca de a coisa julgada ser ou não protegida constitucionalmente, pois, em determinadas afirmações, percebemos um enfoque nos princípios, não havendo a explicação simplista da coisa julgada ser infra-constitucional. Outras vezes, a segurança jurídica é tratada como infra-constitucional e a coisa julgada impassível de desconstituição apenas pela lei³²³. Percebemos não existir um posicionamento claro sobre a questão crucial da forma de proteção dada à coisa julgada, que deveria determinar o delineamento de qualquer afirmação sobre o tema.

Essa posição utiliza um rol exemplificativo de casos em que a coisa julgada de pronto deveria ser relativizada. Por vezes os exemplos são bem específicos, como o caso da coisa julgada que determine "vitalício o cargo de juiz com, apenas, um ano de exercício". Por vezes são muito amplos, como a sentença "baseada em fatos falsos" ou "ofensiva à soberania estatal", ou que seja "contra os bons costumes e os valores morais da sociedade"³²⁴.

Não concordamos com este rol pois a intenção das teorias pró-relativização não deve ser a de dar tal amplitude à utilização do termo coisa julgada inconstitucional, como ocorre nos exemplos citados. Apesar de os casos específicos demonstrarem injustiças, não há clareza sobre fórmulas objetivas que possam ser usadas como parâmetros na investigação das situações a serem relativizadas, sem cairmos no casuísmo³²⁵.

O instituto da coisa julgada ficaria vazio se aceitássemos a premissa de que serem relativizadas apenas as sentenças que contivessem "graves injustiças" ou "absurda lesividade". Isso pela dificuldade de sabermos qual a sentença injusta, ou qual a "gravemente" injusta, além do problema de medirmos a lesividade normal para apurarmos a lesividade absurda³²⁶. Mesmo se fosse possível fazermos a distinção entre injustiças graves e não tão graves, a relativização apenas dos casos extremos manteria as sentenças um pouco injustas, o que é incompatível com a aplicação dos princípios da Legalidade e da Moralidade defendida.

³²¹ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, pp. 60-61. Não trataremos todos os casos práticos expostos pelo autor, que podem ser conferidos nas pp. 61-67.

³²² *Ibidem.*, pp. 60-61. Não trataremos todos os casos práticos expostos pelo autor, que podem ser conferidos nas pp. 61-67.

³²³ *Ibidem.*, p. 35.

³²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 390-391.

³²⁵ *Ibidem.*, p. 391.

³²⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 220.

Sobre a submissão estrita ao Princípio da Legalidade, consideramos que a adoção de um único ponto de vista como legal e todos os outros como ilegais, separaria as normas em dois arca-bouços: de um lado estariam as normas legais e do outro, as normas ilegais. Porém, o argumento resolve como separar essas normas, havendo a mesma problemática lançada à ao justo e ao injusto. Isso sem pensarmos na dificuldade de determinar quem daria a última palavra sobre o direito justo, legal e absoluto³²⁷.

3.1.3. Da sentença sem efeitos substanciais

O argumento da impossibilidade de coisa julgada material em sentenças isentas de efeitos substanciais, apresentada também como "teoria das impossibilidades", parte do pressuposto de que a coisa julgada é qualidade dos efeitos da sentença e está vinculada à sua existência e substancialidade³²⁸.

A "impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença" impossibilitaria a formação da coisa julgada, e a sentença seria apenas ato jurídico sem força para concretizar seus efeitos. Pretende a tese ponderar valores em busca de casos "excepcionalíssimos", nos quais a coisa julgada deve ser afastada, e já afirma não haver solução prévia e absoluta em relação aos casos em que isso aconteceria³²⁹.

O problema das teorias sobre a quebra da coisa julgada, conforme esta concepção, está na inadequação entre a relativização e um critério objetivo, como ocorre na impossibilidade jurídica do pedido ou na "macro improcedência"³³⁰. Diz que nem sempre nos casos concretos há violação de direito expresso e por vezes sequer há problemas da sentença relativos à aplicação do direito. Além disso, as situações inaceitáveis poderiam ocorrer na apreciação da realidade para o julgamento, o que traz a necessidade de critérios e mecanismos internos para se fazer esse juízo comparativo equilibrado. Não defende a livre utilização dos meios

³²⁷ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 222.

³²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 392.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 392-394.

³³⁰ Macroprocedência significa "um julgamento de mérito que prescinde de provas", podendo o juiz perceber de plano a impossibilidade jurídica do pedido e sua inviabilidade sem examinar os fatos apresentados, apenas utilizando as normas vigentes. Cf. *Ibidem*, pp. 382-383.

processuais para tanto, pois, a sentença a ser relativizada deve ser desconstituída e não considerada inexistente.³³¹

Os resultados estáveis advindos do processo só poderiam ocorrer sem prejuízo da justiça, que este deve garantir por se vincular ao valor do justo, ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal, ao juiz natural, à igualdade, aos recursos e à ação rescisória.

Propõe a interpretação dos princípios e garantias do processo civil para a promoção de um sistema processual justo, servindo seus princípios à ordem justa, não aos "fetiches da ordem processual".³³² Utiliza as premissas de que a coisa julgada não pode ir além dos efeitos que devem ser imunizados e deve estar em equilíbrio com os institutos que determinam um "resultado justo".³³³

A inexistência da coisa julgada quando "delinqüente", cuja sentença fosse desprovida de efeitos substanciais, é exemplificada nos casos de investigação de paternidade fraudulenta e dano ambiental não verificado, pois sua manutenção seria a consagração de sentenças advindas de fraude, ou de "formas delituosas do processo". Defende que o rol de situações que merecem ser relativizadas deve ser determinado, apesar das previsões legais em contrário³³⁴, havendo na tese citações sobre a possibilidade de ulterior demanda acerca do já julgado, pelo fato de a coisa julgada ser condicionada aos valores da decisão³³⁵.

Apesar do casuísmo utilizado para os raciocínios a respeito da relativização, as situações concretas citadas possuiriam em comum a "prevalência do substancial sobre o processual", não havendo critérios objetivos para a determinação de quando a coisa julgada deva ser afastada ou mitigada. Assim, intenciona-se buscar esses critérios objetivos, pois no caso de ocorrer a "impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença", existiria a necessidade de flexibilização.³³⁶

Diz que o direito a determinado bem precede o processo, devendo este definir o devido, o que seria seu efeito substancial. Na falta desse efeito, existindo apenas efeitos processuais, não haveria coisa julgada material, apenas coisa julgada formal, pois a coisa

³³¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 393-394, Salienta o autor o exemplo do exame de DNA inexistente à época do processo, em que não há violação da sentença e sim "uma repercussão na mesma", apresentado por DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. v. 2, n.º 2, São Paulo: Associação Paulista da Magistratura, julho-dezembro/2001, p. 36.

³³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 8-9.

³³³ *Ibidem*, p. 9.

³³⁴ *Ibidem*, p. 14-18.

³³⁵ *Ibidem*, p. 19-22.

³³⁶ *Ibidem*, pp. 27-28.

julgada não teria dimensão própria e sim a dos efeitos substanciais da sentença, como, por exemplo, ocorreria em sentença que determinasse o recesso de Estado brasileiro ou o cumprimento de cláusula contratual que obriga o pagamento com a carne do devedor, como no Mercador de Veneza³³⁷. Essas sentenças deveriam ser repelidas por razões de ordem constitucional; no primeiro caso, pela força da nação ser autorizada a impedir essa execução e, no segundo, pela resistência do condenado ser legítima³³⁸. Assim, a sentença inconstitucional não deve ser considerada como ato jurídico inexistente, pois haveria efeitos processuais em relação à sentença, faltando-lhe a eficácia dos seus efeitos substanciais.

Outra idéia apresentada é a de que os princípios devem servir ao homem, e dar-lhe felicidade, sem vinculação a qualquer idéia pré-determinada, e estes devem ser sopesados em cada caso para não se "sacrificar o insacrificável". Portanto, considera inconstitucional a "leitura clássica da garantia da coisa julgada" e defende a pertinência do problemático termo coisa julgada inconstitucional, pois se a coisa julgada incide sobre os efeitos substanciais da sentença, no caso de não havê-los, não há coisa julgada³³⁹.

Em síntese, a coisa julgada aqui está vinculada aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade e quando "muito" lesiva ao Estado deve ser ponderada em relação à moralidade administrativa; que o justo valor das indenizações é insuperável, assim como a cidadania, os direitos do homem e o meio ambiente equilibrado; que a revisão do julgado é obrigatória no caso de erro grosseiro e a ordem jurídica justa é garantia constitucional que repele a coisa julgada injusta, apesar do caráter excepcional dessa flexibilização³⁴⁰.

Pensamos que quando este argumento utiliza casos limítrofes, como o pagamento de dívida com préstimos sexuais ou com carne do devedor, a parte interessada não pode deixar de impetrar remédio para a desconstituição dessa sentença, utilizando, por exemplo, a ação rescisória, pois havendo sentença que assim o disponha não se vai esperar o decurso de prazo para posterior impugnação. A própria concepção diz que a coisa julgada inconstitucional seria inválida e não inexistente, devendo ser desconstituída. Isso incidiria na possibilidade de sua

³³⁷ Cf. SHAKESPEARE, William. **The merchant of venice**. England: Penguin Books, 1968, p. I.3, parágrafo 140: "Go with me to a notary, seal me there/ Your single bond, and, in a merry sport/ If you repay me not on such a day/ In such a place, such sum or sums as are/ Expressed it the condition, let the forfeit/ Be nominated for an equal pound/ Of your fair flesh, to be cut off and taken/ In what part of your body pleaseth me."

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 28-31.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 32.

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 24-25.

manutenção, tendo em vista a impossibilidade de impedir a formação da coisa julgada no caso concreto e de permitir a modificação eterna do julgado.

Se acatada a tese, não poderemos falar em flexibilização da coisa julgada, pois a coisa julgada nem se formaria. Porém, mesmo com a inexistência da coisa julgada, não teríamos uma sentença inexistente, pois haveria falta de eficácia, o que demandaria ato para a sua desconstituição e tornaria necessária a existência da coisa julgada, independentemente de seu conteúdo.

Mesmo ponderando valores em busca de casos "excepcionalíssimos"³⁴¹, o argumento não alcança este objetivo, uma vez que repete os casos apresentados como injustos em outros trabalhos, como o do DNA, da justa indenização, ou da proteção ambiental, além destes serem trabalhados de forma superficial. Se pensarmos o justo valor das indenizações, a cidadania, os direitos do homem, o meio ambiente equilibrado³⁴² como insuperáveis, estariam na mesma categoria a auto-afirmação dos povos e a paz, o desenvolvimento e o meio ambiente, que são incompatíveis, sendo impossível a sua absolutização.

Há doutrina que afirma que este argumento radicaliza a idéia de coisa julgada adstrita aos efeitos da sentença judicial já existente³⁴³, além de não tratar da possibilidade de não haver, em determinado caso, efeito declaratório a ser imunizado, sendo que, para este, os efeitos da decisão são externos ao ato jurisdicional³⁴⁴.

Assim, olhamos com cautela a "perigosa indeterminação do pressuposto utilizado", qual seja o de "grave injustiça", como parâmetro para a inexistência de efeitos substanciais das sentenças, como mote para a relativização da coisa julgada.³⁴⁵

3.1.4. Do homem comum

A coisa julgada inconstitucional para este argumento deve ser relativizada quando o juiz, pensando como o "homem da rua", ou o homem comum, não aceitar o que a sentença

³⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 392-394.

³⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 24-25.

³⁴³ Cf. teoria de LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, 1984.

³⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 216.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 218.

passada em julgado determinou, como por exemplo, privar um filho de seu pai³⁴⁶, assim como outras injustiças flagrantes.

O juiz deveria afirmar os valores da sociedade, não podendo se esconder atrás da coisa julgada, apesar de essa atitude acarretar certa insegurança. Porém, a "ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio de certezas, probabilidades e riscos"³⁴⁷, devendo-se assumir certos riscos razoáveis em busca da justiça, pois o exercício jurisdicional é passível de erro.

Percebemos um problema neste raciocínio no exemplo da revisão da sentença que obriga uma indenização injusta decorrente de desapropriação³⁴⁸. As indenizações por desapropriação têm seu valor determinado por órgão estatal, têm sua necessidade determinada por órgão estatal, a propriedade do bem fica com ente estatal e a ação é julgada pelo poder público e defendida por órgão público, não se podendo esquecer do reexame necessário a que essas decisões são submetidas, o que deveria fazer preponderar o interesse público. Assim, consideramos a apresentação do problema simplista, uma vez que não trata de todos os aspectos da realidade tão prezada pela teoria, tentando enganar o senso comum quando apresenta apenas uma das várias facetas dos problemas concretos.

O próprio autor da tese relata que "os precedentes jurisprudenciais brasileiros colhidos na pesquisa feita apontam exclusivamente casos em que se modificam indenizações a serem pagas pelo Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos (...)"³⁴⁹. Por este motivo destacamos a necessidade do elenco de situações concretas e critérios objetivos para a eventual desconsideração da coisa julgada, por exemplo, pela modificação de seus parâmetros processuais, o que não se apresenta na referida tese.

Para que o pensar como o "homem da rua", ou o homem comum - que não aceitaria flagrantes injustiças³⁵⁰ - tivesse importância teórica, este deveria ser relevante em relação ao caso concreto e o acesso aos fatos e provas referentes à situação analisada seria livre, pois a decisão de um caso fácil, por meio da simplificação da realidade complexa em que se vive, não pode ser usada como argumento.

³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 36-37.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 38.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 24-25.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 35.

³⁵⁰ *Ibidem*, pp. 36-37.

Consideramos que nada se decide judicialmente pensando-se como um homem comum, pois regras processuais têm obrigatoriamente que ser seguidas, tanto que nenhum integrante do Poder Judiciário pode fundamentar sua decisão no fato de ter enfrentado a lide como faria o homem comum.

3.1.5. Da sentença inexistente

Esta concepção pró-relativização entende que a coisa julgada não deveria formar-se na falta das condições da ação, o que acarretaria a inexistência da sentença, e, a conseqüente ampliação da noção tradicional de sentença inexistente³⁵¹.

O argumento fundamenta-se na idéia de que a sentença, proferida em desconformidade com a Constituição, não passa em julgado e considera que determinar certo tipo de sentença como inexistente seria a melhor forma de impedir a eternização de situações indesejáveis, pelo mecanismo de não formação de coisa julgada nas sentenças que não possuíssem cognição suficiente para tanto, como já ocorre nos casos das cautelares, monitórias e execuções. Defende que neste rol estariam incluídas as sentenças de ações de investigação de paternidade em que não constasse a feitura do exame de DNA³⁵².

Faz uma interpretação menos rigorosa das hipóteses de cabimento da rescisória, por meio de um redimensionamento da utilização desta ação já determinada legislativamente, a qual relativizaria os casos de sentença passada em julgado, quando inexistente, abarcando no conceito de inexistência: as sentenças promulgadas sem a presença das condições da ação, as ofensivas à coisa julgada, as embasadas em lei declarada inconstitucional pelo Supremo, as que afastam a incidência de norma considerada inconstitucional no caso concreto que, posteriormente, é declarada constitucional pelo Supremo, os casos de pedido feito na inicial e não decidido, e os de pedido não feito e decidido³⁵³.

Apesar de a tese não tratar apenas da falta de condição da ação como hipótese para que ocorra a inexistência da sentença transitada em julgado, nas outras possibilidades

³⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 377.

³⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. Relativização da coisa julgada. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Juspodium, 2004, pp. 231-232.

³⁵³ Idem. *Op. cit.*, 2003, pp. 26, 39, 54 e 78.

apresentadas também haveria a falta de condição da ação, pois, seguindo o raciocínio utilizado, no segundo, quinto e sexto exemplos apresentados haveria a falta de interesse de agir, e no terceiro e quarto, a impossibilidade jurídica do pedido.³⁵⁴

Defende que na falta de condição da ação, haveria apenas “aparência de jurisdição”, portanto, a ação não existiria³⁵⁵. Além disso, há clara intenção de ampliar as hipóteses de falta de condições da ação, como no caso de não feitura de DNA, considerado como aparentemente inequívoco, devendo ser realizado em nova sede processual na falta do mesmo em processo anterior. Isso porque a feitura anterior deste exame para uma nova ação ser impetrada, não é considerada imprescindível, uma vez que a falta de parentesco na realidade, mesmo declarado na sentença transitada em julgado, acarretaria a esta decisão a ilegitimidade de parte³⁵⁶.

Assim, as ações sobre o estado da pessoa não formaria coisa julgada, sendo possível impetrar nova ação para a comprovação do decidido acerca de possível parentesco. Isso porque, no caso de existirem meios para a comprovação da realidade, estes deveriam ser utilizados, pois a tutela de interesses indisponíveis deve ser diversificada legislativamente, sendo considerada conveniente a diferenciação da tutela neste caso. Defende que deveria ser criado, pelo fato de o parentesco ser interesse indisponível, um “micro-sistema diferenciado” para sua regulação³⁵⁷, assim a produção da coisa julgada nas ações especificadas ocorreria apenas se o resultado estivesse em conformidade com a produção probatória³⁵⁸.

Para esta concepção, a sentença inexistente não precisaria ser rescindida, devendo ser impetrada *querella nulitatis*, ou ação autônoma de declaração de inexistência para declaração da inefetividade da mesma. Porém, apesar de a citada *querella* ser o remédio considerado cabível para a desconstituição da sentença inexistente, pela “teoria da aparência” seria também possível a utilização da rescisória, pois a sentença apenas aparentaria ser sentença, sendo aparente também seu trânsito em julgado. Com isso, haveria a aplicação do Princípio da Fungibilidade, não apenas em relação aos recursos a serem impetrados, mas também em relação aos meios utilizados para a impugnação de sentenças judiciais. Este seria o caso da falta de exame de DNA, podendo a rescisória ser interposta em dois anos após a obtenção do

³⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 377-378.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 378-379.

³⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, 2003, pp. 186-187 e 203.

³⁵⁷ *Ibidem*, pp. 188 e 195-196.

³⁵⁸ FARIAS, Cristino Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas relações relativas à filiação. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp. 81.

exame, assim como no caso de declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, em que a sentença poderia ser rescindida em dois anos após essa declaração³⁵⁹.

Em síntese, a tese pretende ver, na falta de condição da ação, a razão para a configuração da sentença inexistente³⁶⁰.

O primeiro problema que encontramos é que a ação de *querella nulitatis* não está regulamentada no Direito Brasileiro, sequer em sede infra-constitucional. Além disso, sendo a *querella nulitatis* conceito utilizado quando há inexistência do ato jurídico, consideramos desnecessário ser impetrada qualquer ação autônoma para sua apreciação, devendo o juiz, a qualquer tempo, desconhecer o processo anterior, como ocorre, por exemplo, no caso de falta da citação do réu, pela força do artigo 214 do Código de Processo Civil³⁶¹.

Casos de inexistência são chamados pela doutrina de *querella nulitatis*, a qual deve ser aceita independente de pedido, sem a necessidade de qualquer declaração formal do juiz, não sendo cabível a ação rescisória, pois a própria inexistência do ato determina sua não apreciação em qualquer sede, isso apesar de ser por vezes preconizada a possibilidade de ação declaratória negativa em caso de dúvida sobre determinada inexistência no mundo jurídico³⁶².

Sobre a base teórica utilizada por esta teoria, quais sejam: na falta de condições da ação há apenas aparência de jurisdição e que a ação com falta dessas condições não seria ação e apenas o exercício de um direito à petição, encontramos os seguintes problemas: na primeira idéia, a atividade jurisdicional que não recebe a ação por falta de suas condições é uma atividade preliminar e não jurisdicional, portanto, isso não pode ser causa para a relativização da coisa julgada; na segunda idéia, consideramos que o acesso à justiça é um direito, mesmo no caso de o autor não possuir razão para tanto, estando ou não presentes ditas condições e pressupostos processuais, havendo apenas invalidade nos casos apresentados, pois o autor estaria integrado na relação processual, apesar da falha em seu pleito³⁶³.

Na tentativa de ampliar as hipóteses de falta de condições da ação, são expostos raciocínios que não se sustentam nos casos concretos. O exemplo de a falta do parentesco de fato já declarado na sentença em ação de investigação de paternidade acarretar ilegitimidade da parte não pode prevalecer, pois a relação ou não de parentesco é o mérito do processo,

³⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, 2003, pp. 208 e 238-239.

³⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 383-384.

³⁶¹ Art. 214, do CPC: "Para a validade do processo, é indispensável a citação do réu."

³⁶² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2000, p. 59.

³⁶³ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* 2005, pp. 378-380.

portanto a legitimidade existe entre os possíveis pai e filho, não apenas entre o pai e o filho verdadeiros³⁶⁴.

Defende o argumento que as sentenças com soluções juridicamente impossíveis seriam inexistentes, pois o próprio pedido seria juridicamente impossível, logo inexistente, e que a rejeição do pedido que causa situação juridicamente impossível acarretaria sentença rescindível. Não podemos dispensar diferentes tratamentos para situações similares, portanto os vícios, nos dois casos, devem ser considerados de mérito e não de falta de condições da ação, pois a impossibilidade jurídica do pedido ocorreria apenas quando "o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo sistema", o que não ocorre nestes casos, pois onde há a impossibilidade normativa de obtenção do bem pretendido, existe motivo para a improcedência da ação com julgamento de mérito, não para a determinação da inexistência da sentença.³⁶⁵

Utilizar a falta de condição da ação como razão para a inexistência da sentença, não deve proceder, pois não podemos relacionar a falta de condição da ação com situações em que o problema encontra-se no seu mérito³⁶⁶.

3.1.6. Da fungibilidade dos meios rescisórios

A sentença inconstitucional para este argumento, em discordância com a tese anterior, não seria inexistente – o que ocorreria nos casos de sentença proferida sem dispositivo ou com falta de citação – e, sim, inválida – como nos casos de sentença injusta, ou contra a natureza, ou que faz do preto, branco – porque esta adviria de processo regular, apesar de ser viciada³⁶⁷, isso sem referência à legislação. Considera também que a sentença inválida não poderia prevalecer, pois hoje o Processo Civil busca maior aproximação possível do “Direito justo”.³⁶⁸

As sentenças que não observam regras, princípios e garantias constitucionais, deveriam ser tratadas da mesma forma que os atos inconstitucionais do Poder Legislativo³⁶⁹. Pois, se a nulidade de atos judiciais é considerada normal quando ocorre por meio de ação

³⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* 2005, pp. 381-382.

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 381-384.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 383-384.

³⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 89.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 91.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 92.

rescisória e revisão criminal - hipótese acatada pelos processualistas -, haveria a necessidade de ampliação do instituto para abarcar as sentenças inconstitucionais, mesmo transitadas em julgado³⁷⁰.

No entanto, “O exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para controle da coisa julgada inconstitucional (...)”³⁷¹ sendo a ação rescisória a única forma regulamentada de controle, apesar de também ser utilizada para os casos de sentença ilegal e os de sentença inconstitucional, havendo mesmo mecanismo e mesmo prazo para as duas hipóteses, o que não é considerado ideal.³⁷²

Assim, essa concepção prega a utilização da ação rescisória nos casos de coisa julgada inconstitucional sem a observação de seu prazo legal como “medida extraordinária diante da gravidade do vício contido na sentença”³⁷³, sendo possível, também, a impetração de ação declaratória de nulidade ou de embargos à execução para sanar a dita inconstitucionalidade, pois o juiz não pode executar sentença eivada de inconstitucionalidade e não apreciar casos de flagrante inconstitucionalidade³⁷⁴, quando impetrada nova ação para a sua discussão.

Sobre os remédios processuais a serem utilizados, há referência à ação autônoma (declaratória negativa de certeza), à rescisória e à alegação do vício em outro processo. Sustenta a ampla abertura das vias recursais para alguns casos, como a falta de observação das regras do litisconsórcio necessário e unitário. Propõe o redimensionamento da ação rescisória, pois, como sua admissibilidade é muito restrita, deve-se abrir a interpretação desses parâmetros para a aceitação da inconstitucionalidade como motivo para a sentença ser revista, por exemplo, no caso de servidores que, por ação judicial, possuem rendimentos diversos³⁷⁵.

Afirma que sua fundamentação está na modificação na Consolidação das Leis Trabalhistas³⁷⁶ e na edição da Medida Provisória n.º 2180/01 que altera o art. 741³⁷⁷, do

³⁷⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, p. 14.

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 93.

³⁷² *Ibidem*, p. 93.

³⁷³ *Ibidem*, p. 96, sendo a forma admitida pela apreciação dos Princípios da instrumentalidade e da economia.

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 96-97.

³⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 38-41 e CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 200.

³⁷⁶ Parágrafo 5º, do art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas: "Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal".

³⁷⁷ Parágrafo único do art. 741, CPC: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também exigível 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”.

Código de Processo Civil, que inserem no ordenamento dispositivos que permitem a não execução da coisa julgada inconstitucional. Isso apesar de a modificação legislativa ser considerada desnecessária, pela possibilidade da utilização de outros meios para o mesmo efeito, pois o vício da sentença possuiria tal gravidade que seria desnecessária a declaração da inconstitucionalidade pelo Supremo para que esse problema fosse sanado, apesar de a decisão desta instância vincular todo o Poder Judiciário³⁷⁸.

A despeito da eficácia *ex tunc* dada a essa possível declaração da inconstitucionalidade, entende que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da coisa julgada devem ser determinados em cada caso concreto, porque, mesmo se o Supremo declarar uma inconstitucionalidade em relação à lei ressaltando a coisa julgada, esta decisão não atingiria as situações não sentenciadas, mas já formadas no passado³⁷⁹, sendo o raciocínio fundamentado no fato de o Princípio Republicano proteger a segurança jurídica, conforme o Preâmbulo da Constituição Federal.³⁸⁰

Não são endossadas as soluções dadas apenas em favor do Estado, vendo-se com preocupação esta prática dos Tribunais, porém considera clara a necessidade igualitária de flexibilização dos julgados quando necessário voltar-se para a justiça e para a legitimidade das decisões em detrimento da certeza e da segurança, isso em casos raros³⁸¹.

Por outro lado, há trabalhos que defendem que a ação rescisória é inapta para definir esta situação, ou qualquer outro meio recursal já determinado legislativamente. Pois, especificamente neste caso, a *querella nulitatis* seria cabível, podendo a mesma ser declarada sem a necessária observância do prazo da rescisória, havendo impugnação em ação autônoma³⁸².

Dessa forma, o argumento defende, por vezes de forma ampla, por vezes de forma restrita, a existência de meio formal para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Sobre as modificações trazidas pela Medida Provisória citada e da possibilidade de seu cabimento para toda e qualquer parte, não apenas em prol do Estado, há alguns problemas

³⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 99.

³⁷⁹ Lei 9868/99, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

³⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 103-107, usam como exemplo a eficácia sempre *ex nunc* em relação a decisões sobre o Direito tributário.

³⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 41-43.

³⁸² NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 19-23.

como: qual resultado passará a vigorar quando se afastar a sentença anterior. Normalmente haveria a ausência da execução apenas, porém, podem ocorrer casos mais complexos em que a parte, erroneamente executada, alegue direito a algum provento.

Consideramos que, apesar das formas de rescisão citadas, o problema está em como regular a situação que o afastamento da sentença acarreta. Pois mesmo neste caso o que ocorre é a rescisão da sentença, não a declaração de sua inexistência, pois a sentença mesmo inconstitucional existe juridicamente³⁸³.

Outro problema está na eventual decisão do Supremo, em que se baseia a modificação de sentença, ser posteriormente modificada. O argumento defende que, no caso de declaração de inconstitucionalidade, não haveria maiores problemas, pois a lei seria retirada do ordenamento jurídico. Porém, devemos lembrar da possibilidade de uma lei, inicialmente declarada constitucional e tendo rescindido várias coisas julgadas, ser, posteriormente, declarada inconstitucional. Inclusive pelo mesmo motivo que a afastou nos casos concretos³⁸⁴.

A defesa de que qualquer meio pode ser utilizado para a desconstituição da coisa julgada injusta ou inconstitucional, pela ampla abertura recursal e o redimensionamento da ação rescisória, por sua admissibilidade ser considerada muito restrita, não nos parecem acertada.³⁸⁵ Mesmo defendendo a relativização da coisa julgada, há necessidade de meio específico para a sua desconsideração, para que não se perca toda uma tradição processual de existirem parâmetros determinados para a rescisão de sentenças.

Defendemos uma maior discussão sobre o meio e os critérios para tanto, mesmo em sede doutrinária, pela necessidade de maior debate e especificação dos pontos de vista.

Quanto à modificação legislativa ser desnecessária, pela possibilidade da utilização de vários meios para atingir o efeito dos inovadores embargos de execução³⁸⁶, não podemos entender a resistência em aceitar meio específico para a alegação de determinado vício, pela utilização do recurso definido na legislação diminuir as possibilidades de impugnação preliminar e pelos requisitos necessários para a modificação da coisa julgada preservarem seu valor, como instrumento de efetivação da segurança jurídica.

³⁸³ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp. 125 e 130.

³⁸⁴ Idem. *Op. cit.*, 2004, pp. 131-133.

³⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 38-41 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 200.

³⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 99.

Não concordamos também com a abordagem feita acerca da declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo, considerada desnecessária para que o vício da sentença seja sanado³⁸⁷. Se qualquer juiz tiver o poder de modificar julgados anteriores, a qualquer tempo, com base em um amplo e contraditório rol de valores protegidos constitucionalmente, a justiça não seria preservada e sim o arbítrio, pela impossibilidade de qualquer decisão judicial ser tida como a resposta definitiva à lide.

3.1.7. Do afastamento do trânsito em julgado

Diferindo das idéias anteriores, este argumento defende a ampliação das hipóteses de sentenças que não transitam em julgado. Considera também que a tese da ampliação da noção de sentença inexistente já citada possui o problema de entender que o efeito da declaração de inconstitucionalidade sobre a sentença é a nulidade, o que dispensaria a propositura de nova ação, isso pela impropriedade na utilização do termo inexistente³⁸⁸. Assim, o argumento defende seu ponto de vista com a negação de outro.

Afirma que na atual tendência da relativização da coisa julgada existe uma confusão entre sentença inexistente e sentença rescindível, e as teorias usam da descrição não técnica e da retórica para impingir resultados contrários à lei, sendo essa solução uma forma de "desdenhar, senão de eliminar, o instituto da coisa julgada"³⁸⁹.

Entende que uma nova lei que venha a ser criada para tal relativização, poderia ser utilizada apenas para sentenças de mérito futuras. Considera que há muitas possibilidades recursais que impedem a efetividade da jurisdição; além do fato de os Tribunais criarem mais recursos, pela aceitação de, por exemplo, o mandado de segurança e cautelares para a atribuição de efeito suspensivo a recursos devolutivos, mesmo sem fundamento jurídico para tanto³⁹⁰.

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 99.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In **Revista dos tribunais**. n. 830, ano 93, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2004, p. 62.

³⁸⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Relativização da coisa julgada**. Disponível na Internet no site <www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm>. Acesso em 27/10/2005 (Publicado na Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, Ribeirão Preto - SP, 23, pp. 11-7, nov/2001)

³⁹⁰ *Ibidem*, 2001.

Assim, "a negativa de coisa julgada apresenta-se como o recurso dos recursos, o mais extraordinário dos recursos, pois dispensa prazo e abre as portas para novas alegações e provas". O rol da rescisória não trata de sentenças nulas e sim rescindíveis, sendo que as nulas não estão no Código de Processo Civil, havendo construção doutrinária em relação ao réu não citado ou com citação nula, ao proferimento de sentença sem publicação ou por sujeito que não é juiz. Dessa forma, "sentença rescindível não é, pois, sentença nula e, muito menos, sentença inexistente", e sim é aquela determinada no rol da ação rescisória³⁹¹.

Defende que "o que não existe não pode ser rescindido", portanto não há ação rescisória tanto em relação à sentença inexistente, como em relação à sentença nula, pois, para haver coisa julgada a ser rescindida, há necessidade de relação processual válida, sendo a sentença ou inatacável, ou nula, ou rescindível.

Para a tese, no caso de nulidade, devem ser usados os embargos à execução ou a ação anulatória autônoma, nos quais pode ser declarada a inconstitucionalidade em primeiro grau de jurisdição, sem prazo decadencial. Porém, devido à sua abrangência, este método é considerado problemático, pois haveria a negação da existência da coisa julgada, independente de rescisória, sendo qualquer juiz apto para sua desconsideração³⁹².

Um inconveniente de tal alargamento é a possibilidade de órgão inferior anular sentença de Tribunal, mesmo do Supremo, além das também problemáticas nulidades declaradas em mesma hierarquia.

Conclui que a solução em determinados casos seria a permissão permanente de rescisão, por órgão competente em determinados casos, para impedir que qualquer juiz ou Tribunal possa desrespeitar a coisa julgada a pretexto de sua nulidade³⁹³.

Porém, não fica claro como seria a determinação desse rol de casos em que a coisa julgada não ocorreria, se de forma legislada ou por construção doutrinária. O problema de legar para a doutrina a determinação, mesmo de uma única hipótese, de caso em que não ocorreria coisa julgada, seria a possibilidade de essa construção ser ampliada em relação a vários outros casos específicos, pela impossibilidade de a doutrina vincular o órgão que decide à uma forma de aplicação da teoria no caso concreto, criando situação na qual o Poder Judiciário ficaria livre para construir, em cada lide, várias hipóteses consideradas

³⁹¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Op. cit.*, 2001..

³⁹² *Ibidem*.

³⁹³ *Ibidem*.

assemelhadas, além de considerarmos o problema da falta de uniformidade na modificação das sentenças e no acesso à prestação jurisdicional.

3.2. Críticas

Apesar de termos efetuado críticas pontuais acerca dos argumentos logo após a descrição de cada um deles, teceremos observações gerais que envolvem mais de um dos argumentos apresentados.

Há nos autores dessas teses pró-relativização, mútua referência de aceitação, mesmo quando os argumentos possuem fundamentos diversos e incompatíveis. Podemos perceber a intenção pré-concebida de posicionamento em determinado sentido anterior à elaboração da tese a ser sustentada, não havendo uma dúvida a ser investigada e sim uma convalidação de determinada idéia por qualquer meio de sustentação.

Mesmo argumentos totalmente dissonantes referem-se uns aos outros, apesar de haver a impossibilidade de sua convivência por serem excludentes.

Por exemplo, no argumento da não aceitação da sede constitucional da proteção à coisa julgada há referência ao argumento da ineficácia da coisa julgada na falta de efeitos substanciais da sentença³⁹⁴, apesar de o segundo confirmar a constitucionalidade da tutela do instituto.

Sobre o argumento da ausência de proteção constitucional dada à coisa julgada existem referências nas outras concepções que aceitam essa proteção, no sentido de aquela ser considerada, por exemplo, na utilização da *querella nulitatis*³⁹⁵, sendo acolhida “em sua plenitude” pelo argumento da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade³⁹⁶.

A tese da ineficácia da sentença no caso de ausência de seus efeitos substanciais diz defender uma conceituação do instituto em estudo vinculado aos Princípios da Moralidade Pública e da Segurança Jurídica, conforme a tese da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e Moralidade³⁹⁷.

³⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 88-89.

³⁹⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 17-18.

³⁹⁶ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, pp. 52-56.

³⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 13-15.

Além disso, existe trabalho que concorda com todos os argumentos pró-relativização citados, chamando-os de contribuições³⁹⁸.

Outro problema está na demasiada utilização do casuismo como fundamento aos raciocínios utilizados, pois em todos os casos citados haveria a "prevalência do substancial sobre o processual", defendendo-se que critérios objetivos – apesar de inexistentes – devem ser buscados através do método indutivo, com a reconstrução dogmática das idéias invocadas em casos concretos³⁹⁹, ficando claro que o nascimento das teorias advém da observação de precedentes judiciais⁴⁰⁰. São utilizados para tanto, principalmente, os casos de inobservância do Princípio da Justa Indenização⁴⁰¹ e de falta de exame de DNA anterior à decisão que determinou ou não certa filiação⁴⁰².

Apesar de considerarmos o método citado pertinente para a investigação científica, os casos utilizados são apresentados de forma simplificada, a ponto de serem exemplos de casos fáceis em que a indignação quanto ao resultado acaba por induzir à determinada solução do problema teórico, não havendo a utilização sistemática do método indutivo, mas uma forma de convencimento pela retórica.

Como exemplo, podemos apresentar o caso de filho que pretende que a coisa julgada seja desfeita em razão da necessidade de busca do verdadeiro pai. Entretanto, se, também de forma retórica, colocarmos outros elementos como forma de indução a soluções diferentes do problema, essa outra decisão passa a ser a óbvia para o caso concreto, como o fato de este filho já ter tentado matar o pretense pai e pretender o reconhecimento de sua paternidade em razão apenas de sua fortuna, por interesses financeiros; ou, invertendo a situação, podemos ter a possibilidade de pai miserável pretender ser reconhecido pelo filho rico, já adotado por terceiro, apesar de tê-lo abandonado na infância; ou ainda, temos a possibilidade de o filho ter sido levado para adoção sem o conhecimento dos pais, os quais sempre o procuraram. Assim, percebemos que quando não há um efetivo estudo de casos, não é cabível a utilização do referido método.

Esses problemas do casuismo ocorrem quando a escolha teórica é posterior à escolha das situações concretas com que se trabalhará, podendo-se chegar a absurdos em defesa de opiniões particulares, como por exemplo, a citação de parâmetro objetivo de sentença

³⁹⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2005, pp. 79-88.

³⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 27-28.

⁴⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 215.

⁴⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 33-35.

⁴⁰² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 47

incompatível com a Constituição que “permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo”⁴⁰³ e que “conceda aumento salarial aos servidores públicos”⁴⁰⁴.

Quando a casuística determina o elenco de critérios objetivos para a relativização da coisa julgada, há outros problemas como o da pretensão de se determinar estritamente como cada critério irá ser utilizado em casos concretos, como no da injusta indenização ou da investigação de paternidade fraudulenta, ou, ainda, de apresentarem-se critérios tão amplos que compreendam todas as situações especificadas, sem pensar que, nestes casos, no bojo do critério amplo, tudo pode ser incluído.

Temos como exemplo o argumento da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade, o qual na apresentação de rol de critérios objetivos, mistura exemplos específicos, como o caso da coisa julgada que determine "vitalício o cargo de juiz com, apenas, um ano de exercício", com exemplos muito amplos, como sentença "baseada em fatos falsos" ou "ofensiva à soberania estatal", ou que seja "contra os bons costumes e os valores morais da sociedade".⁴⁰⁵

Mesmo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que já permitiu a relativização da coisa julgada, tende atualmente a considerar essa prática dentro de apertados parâmetros⁴⁰⁶.

Apesar da discrepância entre o julgado e a realidade, não podemos nos deixar envolver pelos "oportunistas", que, tendo seu direito rejeitado pretendem ver seus conflitos rediscutidos, citando o exemplo da Fazenda Pública, a qual, mesmo com a perícia sobre o valor do imóvel desapropriado amplamente discutida em contraditório, por achar alto ou incabível o valor determinado, pretende rediscuti-lo.

Isso é incabível, porque "o problema de funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão da sentença acobertada pela coisa julgada material", que abrangeria o deduzido e o dedutível, inclusive, por haver

⁴⁰³ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2005, p. 4.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 390-391.

⁴⁰⁶ Isso cf. parâmetros em BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação civil n. 70002610012**. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. 7ª Câmara. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05, que determinou por acatar-se exame de DNA como prova em demanda para comprovar-se o parentesco, e BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação civil n. 70005134747**. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 7ª Câmara Cível. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05, em que se negou a feitura do exame e o considerou como mais um elemento para a convicção do juiz.

clara diferença entre o laudo falso, situação abrangida pela rescisória, e laudo que não satisfaz uma das partes do processo⁴⁰⁷.

Podemos, neste caso, pensar em duas possibilidades:

1^a) que o valor do imóvel, determinado em avaliação efetuada corretamente, por não ter sido pago na ocasião da indenização, foi corrigido, sendo o montante final muito superior ao valor de mercado, o que impossibilita a modificação da decisão, uma vez que, desde a desapropriação, o expropriante deve um montante em dinheiro conforme o avaliado e não conforme o valor do imóvel. Além disso, a pontualidade do pagador permitiria o pagamento do valor de mercado do imóvel a ser desapropriado, não havendo essa pontualidade a correção do devido deve ser feita de acordo com o valor avaliado, não com a flutuação do valor do imóvel, pois quem teve um bem desapropriado não possuiu, durante a mora, nem o dinheiro nem o bem.

2^a) que houve efetiva supervalorização, não percebida nem pelo procurador estatal, nem pelo assistente técnico, nem pelo juiz ou pelos Tribunais em remessa necessária, situação esta que nos parece improvável. Porém, considerando essa possibilidade, havendo conluio, que é crime, este deve este ser apurado, podendo-se em ação autônoma discutir o problema, após o pagamento do devido, sem se aniquilar todo o sistema por existência de eventuais corruptos, que devem ser punidos⁴⁰⁸.

Sobre o exame de DNA, vemos uma estimulação à desconfiança nas relações filiais consignadas. Além disso, apesar de eventual cabimento da rescisória neste caso, para sua admissibilidade seria necessária tanto a prévia feitura do DNA, que concluísse de forma divergente da sentença, como o respeito ao seu prazo, que é requisito indispensável à própria jurisdição, havendo necessidade de regulamentação legal para o caso específico⁴⁰⁹.

Já existem técnicas (como a RFLP, ou Restriction Fragment Length) que, atualmente, podem colocar em dúvida o resultado da técnica do exame de DNA hoje utilizada (PCR, ou Polymerase Chain Reaction), o que poderia indicar possível desconstituição de segunda ação que relativizou a coisa julgada para retornar, por vezes, à primeira decisão⁴¹⁰. Dessa forma, a discussão a ser travada nesta sede é se a impossibilidade do legislador em acompanhar os

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 65-66. Sobre deduzido e dedutível, art. 474 do CPC: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

⁴⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 56 e 58.

⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 66-67.

⁴¹⁰ Nota de rodapé 38 em *Ibidem*, p. 67.

avanços tecnológicos pode permitir que o juiz decida os casos que se submetem à coisa julgada material, utilizando o critério da proporcionalidade⁴¹¹.

Há quem entenda que, apesar dos motivos para um filho conhecer seu verdadeiro pai serem fortes, nunca se viu ação "proposta por filho abastado contra pai miserável", sendo esse tipo de contenda normalmente baseada em interesse financeiro⁴¹². E no caso de haver a possibilidade de revisão, esta deve ser possível tanto para o filho, que pretende conhecer sua paternidade, quanto para o pai, que pretende contestá-la, não sendo esta última hipótese admitida pelos relativistas.

No caso de aceitarmos a possibilidade da revisão dos julgados sobre parentesco, abrimos a possibilidade de milhares de ações serem repropostas por pais e filhos que queiram rediscuti-lo, o que acarretaria "o caos e a total insegurança jurídica". Portanto, a resolução deste problema, assim como dos demais relativos a casos concretos, deve efetuar-se pela "afirmação positiva do sistema e não pela negação do sistema" como se pretende⁴¹³.

Exemplo é o caso de pai negar-se a fazer o exame de DNA. O juiz mesmo assim deve julgar a ação, conforme o sistema determina, e sua decisão será acobertada pela coisa julgada, mesmo sem este exame, o que demonstra um aumento da incidência da coisa julgada, sendo defesa sua diminuição. Outro exemplo é a coisa julgada segundo a prova colhida e não segundo o resultado do processo, porém o cabimento desse entendimento é explicitado pelo sistema, que tem como exemplo o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública⁴¹⁴, sendo essa possibilidade, no caso de investigação de paternidade, apreciável apenas como proposta de *lege ferenda*⁴¹⁵.

A intenção dessas tese de permitir a relativização de uma sentença quando esta for "gravemente" injusta⁴¹⁶, conforme o argumento da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade, ou "muito" lesiva⁴¹⁷, conforme o argumento da impossibilidade de coisa julgada material em sentenças isentas de efeitos substanciais, desemboca na grande

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 67.

⁴¹² SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, 2004, p. 222.

⁴¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 53.

⁴¹⁴ Art. 16 da lei 7347 de 24 de julho de 1985: "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

⁴¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 53-55.

⁴¹⁶ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 31.

⁴¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 24-25.

dificuldade da determinação do que é lesivo, ou injusto, havendo maior dificuldade ainda em sabermos quando essa injustiça ou essa lesividade passa a ser insuportável⁴¹⁸.

Mesmo se fosse possível fazer a distinção entre injustiças graves e não tão graves, tal procedimento manteria as sentenças um pouco injustas, o que não seria compatível, por exemplo, com a aplicação efetiva dos Princípios da Legalidade e da Moralidade, defendida por uma das teses citadas.

Muitos argumentos, principalmente a da possibilidade instrumental da rescisão da sentença inconstitucional passada em julgado, defendem a utilização da ação rescisória sem a observação de seu prazo legal, ou das hipóteses de seu cabimento⁴¹⁹, além da possibilidade de modificação da coisa julgada por ação autônoma (declaratória negativa de certeza) e por alegação em outro processo, sustentando por vezes ampla abertura das vias recursais⁴²⁰.

Porém, não podemos aceitar um sistema processual sem qualquer regra formal, ou um discurso ponderado sobre sua problemática. Apesar de as teses pró-relativização pretenderem uma melhora do sistema processual, a coisa julgada foi considerada intocável por séculos no Brasil, não podendo o instituto ser despido de sua importância sem um método rigoroso para tanto.

O último problema a ser abordado é a confusão que se instala quando utilizamos termos como existência, validade, eficácia, nulidade, anulabilidade e rescindibilidade, sendo necessário ponderações sobre a temática, com inicial determinação do significado de alguns conceitos para depois trabalharmos com o descrito nas teses pró-relativização.

Dividiremos os termos em dois grupos, um com as adjetivações dadas aos atos jurídicos, conforme sua estabilidade, como a existência, a validade e a eficácia, e outro com as conseqüências dadas aos vícios dos atos jurídicos, como a nulidade, a anulabilidade e a rescindibilidade.

O primeiro grupo relaciona-se aos diferentes planos de manifestação em que o ato jurídico pode ser analisado. Não há fundamento para que os termos sejam confundidos, apesar de entre eles existir certa conexão, como a necessidade de que algo exista para ser inválido⁴²¹.

⁴¹⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 220.

⁴¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 96, sendo a forma admitida pela apreciação dos Princípios da instrumentalidade e da economia.

⁴²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* 2001, pp. 38-41 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 200.

⁴²¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 121-122 e 125-126.

O ato existente é determinado na observação de elementos objetivos, quais sejam: 1) o agente, que deve ser o órgão capaz de produzir o referido ato, sendo aqui sempre o poder estatal; 2) a manifestação de vontade dos agentes relacionados ao ato, considerando que essa vontade deve ser externada de alguma forma para sua existência factual e vinculada ao surgimento do ato e não à sua permanência no mundo jurídico; 3) o objeto, pois o ato não pode ser de realização impossível, ou óbvia pelas leis naturais, além de ser necessário um mínimo conteúdo de inteligência sobre o significado da vontade expressa; 4) e a forma, a qual há de ser sempre pública, pois um ato público só pode surtir efeitos quando feito por instrumento particular⁴²².

Assim, no caso de ser impossível entender o que uma sentença determina, esta é inexistente e não pode valer no mundo jurídico. Além disso, a obviedade da inexistência torna desnecessária a sua declaração.

A validade do ato é expressa em requisitos determinados por comando hierarquicamente superior, podendo ser de vários graus. Essa gradação é que determina as conseqüências da violação da validade, ou seja, se o ato inválido será nulo ou anulável⁴²³.

Os elementos para a aferição da validade dos atos jurídicos são: 1) a capacidade das partes, que considera a efetiva competência do agente para manifestar determinado ato jurídico; 2) a liceidade do objeto, ou a compatibilidade do ato com as leis de ordem pública, significando a obediência à legalidade e à constitucionalidade; 3) e a forma, ou a adoção das formalidades prescritas para a formação do ato, pretendendo uma diminuição da ocorrência de dolo e coação, para uma maior autenticidade do ato, facilidade na produção de provas e solenidade⁴²⁴.

Como exemplo da diferença entre a invalidade e a inexistência de determinado ato, podemos citar o seguinte: uma sentença prolatada por quem não é juiz é ato inexistente, por haver apenas aparência de sentença, porém, uma sentença prolatada por juiz incompetente é inválida, sendo a invalidade ligada, neste caso, ao efeito da nulidade, o qual deve ser declarado para produzir efeitos⁴²⁵.

Sobre eficácia, devemos dividir seu conceito em: eficácia social e eficácia jurídica.

⁴²² TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, pp. 133-137.

⁴²³ *Ibidem*, p. 139.

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 138-140.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 129.

Eficácia jurídica significa a capacidade de a norma possuir todos os requisitos para sua aplicabilidade, para vincular no caso concreto, possuindo "realizabilidade, praticidade". Dessa forma, esta se refere à produção de efeitos jurídicos pela norma, em maior ou menor grau⁴²⁶. Um exemplo da falta de eficácia jurídica é a lei já votada ainda no período de *vacatio legis*, pois a mesma é existente, é válida, porém não é eficaz, por ser impossível a sua aplicação ao caso concreto.

A eficácia social da norma se refere a determinado ato ou a sanção por determinado ato serem normalmente cumpridos⁴²⁷, ou seja, é vinculada à obediência e à aplicação da norma⁴²⁸. Assim, a eficácia da norma pode estar no cumprimento espontâneo do determinado pelo Estado, denominada "eficácia do preceito ou primária"; ou na efetiva imputação de pena à conduta determinada em preceito primário e sua efetiva imposição ao descumpridor deste, sendo esta denominada "eficácia da sanção" ou "secundária"⁴²⁹.

Percebemos, portanto, que a inexistência acarreta a impossibilidade da própria inteligência do ato como jurídico, que a invalidade prescinde de ato para sua anulação, devendo a rescindibilidade, por sua vez, ser relacionada com as hipóteses descritas quando da determinação de cabimento dos recursos e ações autônomas de impugnação, para a efetiva rescisão de ato anterior e possível novo regramento.

Toda essa incursão sobre existência, eficácia e validade é necessária pois a determinação do vício contido na coisa julgada inconstitucional, considerada como ato jurídico, permite saber da possibilidade de sua relativização e da forma como isso pode ocorrer, em conformidade com o sistema jurídico atual.

Assim, explicitaremos quais teses pró-relativização abordam este tema para maior clareza da problemática contida nessas teses e da sua intenção de modificar conceitos tradicionais acerca dos vícios do ato jurídico, para instrumentalizar a relativização da coisa julgada.

Por exemplo, o argumento da negação da proteção constitucional dada à coisa julgada, diz que o ato inconstitucional é nulo⁴³⁰. Porém, diz ser desnecessário o cumprimento da

⁴²⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60 e 66.

⁴²⁷ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 901.

⁴²⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 66.

⁴²⁹ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63-64.

⁴³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 84.

sentença em que exista esse vício, havendo assertiva sobre a não ocorrência do crime de desobediência pelo descumprimento desses tipos de sentença⁴³¹. Pensamos que isso não pode ser sustentado, pois a simples não observação do ato só poderia ocorrer no caso de inexistência, sendo necessário ato que declare a referida nulidade para a mesma surtir efeitos.

O argumento da necessária aplicação dos Princípios da Legalidade e da Moralidade diz que a violação dos princípios citados acarreta a não-existência dos direitos⁴³². Ocorre que, mesmo quando fere a Constituição, o ato surte efeitos, impedindo a suspensão da inexistência do mesmo, pois para a retirada deste ato do mundo jurídico há necessidade de declaração. Além disso, no caso da inconstitucionalidade, não são atendidos os requisitos descritos como necessários para a configuração da inexistência do ato.

O argumento da impossibilidade de coisa julgada material em sentenças isentas de efeitos substanciais, defende não figurar a inexistência da sentença inconstitucional, havendo a utilização de parâmetro diverso denominado na tese como ineficácia dos efeitos substanciais da sentença, o que impediria a formação da coisa julgada. Diz a tese, de forma inovadora, que essa falta de eficácia de efeitos da sentença teria como sanção a não-formação da coisa julgada⁴³³, afastando a aplicação tradicional dos conceitos que determinam os vícios dos atos jurídicos.

O argumento da sentença inexistente na falta de condições da ação defende que na falta das condições da ação haveria a inexistência da sentença⁴³⁴, exige conseqüente ampliação da noção tradicional de sentença inexistente e considera existir apenas aparência de jurisdição, pois ação com falta dessas condições não seria ação, e sim apenas um exercício de direito à petição⁴³⁵. Ocorre que isso não pode ser acertado se os conceitos de invalidade e inexistência forem considerados conforme os parâmetros apresentados. A tese, explicitamente, pretende uma ampliação do conceito da inexistência, o que não podemos aceitar, pois não se pode mudar o sentido de determinado instituto jurídico em busca de resultados práticos, uma vez que essa atitude em ampla escala deixaria todo o direito indeterminado, não sendo idônea a modificação de conceitos consagrados na falta de outro meio para atingir uma finalidade.

⁴³¹ BERVALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, pp. 172-173.

⁴³² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 32.

⁴³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 32.

⁴³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, 2003, pp. 186-187 e 203.

⁴³⁵ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 377.

Discordando dessa tese, temos o argumento da possibilidade instrumental da rescisão da sentença inconstitucional passada em julgado, que considera a sentença inconstitucional como inválida, porque esta adviria de processo regular, apesar de viciada⁴³⁶. Porém, esta tese aceita a total flexibilização da coisa julgada, que pode ser afirmada por qualquer meio e prazo, inclusive nos casos de injustiça ou de sentença contra a natureza, pelo fato de o Processo Civil atual buscar maior aproximação ao “Direito justo”.⁴³⁷

O problema aqui é trabalharmos com a invalidade, dando a ela o tratamento de inexistência, como o exemplo de a sentença dada contra lei natural ser considerada inexistente, e dar à invalidade um tratamento muito mais amplo do que o usual, pois no caso de invalidade, as nulidades e anulabilidades devem ser pleiteadas e decretadas em conformidade com determinados meios processuais, não havendo a liberdade irrestrita apresentada. Dessa forma, apesar da referência quanto ao vício contido na sentença, parece-nos que a tese na verdade utiliza o conceito de ato nulo.

Esta tese considera desnecessária a caracterização de meios legislados para a relativização da coisa julgada, sendo desnecessária também a declaração da inconstitucionalidade pelo Supremo para este vício ser sanado⁴³⁸, o que não podemos aceitar, devendo, mesmo no caso de se defender a utilização do Princípio da Fungibilidade quando há erro na utilização do meio processual cabível, ser imprescindível a determinação do recurso ou ação autônoma, mesmo inominada, a ser utilizada e dos critérios objetivos a serem preenchidos para esta impugnação, impossibilitando tanto a aceitação de alegação impertinente como a rejeição da pertinente.

A tese que consideramos abordar com mais propriedade o problema sobre a natureza do ato inconstitucional é a teoria da ampliação das hipóteses de sentenças que não passam em julgado, que defende que o rol da rescisória não trata de sentenças nulas ou inexistentes e sim de sentenças rescindíveis⁴³⁹ e que “o que não existe não pode ser rescindido”, não sendo possível a utilização da ação rescisória nos casos de sentenças inexistentes e nulas, pela distinção existente entre sentenças inatacáveis, nulas e rescindíveis.

Afirma que no caso de nulidade, ou da coisa julgada baseada em lei inconstitucional, devemos usar embargos à execução, determinados legislativamente para tanto e que a

⁴³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 89.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 91.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 99.

⁴³⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Op. cit.*

inconstitucionalidade da lei declarada pelo Supremo é a única possível de ser evitada de nulidade, pois se fosse ampliado o rol de sentenças nulas, haveria a negação da própria existência de coisa julgada, por meio obscuro⁴⁴⁰. Além disso, esse alargamento do conceito de inexistência poderia acarretar a situação de órgão inferior anular sentenças dos Tribunais, mesmo do próprio Supremo.

A solução apresentada por esta concepção é a permissão de, em determinados casos, haver a possibilidade permanente de rescisão, por órgão competente, como forma de impedir que qualquer juiz ou Tribunal possa desrespeitar o trânsito em julgado, utilizando-se da modificação do conceito de coisa julgada para tanto⁴⁴¹.

Conseqüentemente, consideramos que a coisa julgada, baseada em lei que tenha a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade determinada pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser considerada nula, em conformidade com a doutrina dominante⁴⁴², e que o vício encontrado no referido ato jurídico está em sua validade, não em sua existência ou em sua eficácia.

3.3. Argumentos contra a relativização

3.3.1. Da constitucionalidade

Este argumento, considerado correto por todos os posicionamentos deste bloco doutrinário, defende que a coisa julgada é constitucionalmente protegida como direito fundamental, tutelado, no caso brasileiro, pela Constituição de 1988, não podendo ser obstada sem que lei infra-constitucional assim o determine.

Considera que a diferenciação entre sentença justa e injusta remonta ao disposto nas Ordenações Afonsinas, em que a sentença dada contra direito de parte era “alguma” e a sentença dada contra direito expresso, “nenhuma”, sendo a primeira possível de transitar em julgado, se não alegado o problema dentro do prazo e com o instrumento pertinente para

⁴⁴⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Op. cit.*

⁴⁴¹ *Ibidem.*

⁴⁴² BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 01/12/2005.

tanto, e a segunda impossível de ter seus vícios sanados pelo decurso de prazo, podendo ser revisada a qualquer tempo.⁴⁴³

Afirma que o instituto da segurança jurídica, que possui a coisa julgada como elemento de existência, é manifestação do Estado Democrático de Direito, sem o qual não é possível garantir os direitos fundamentais, e que a desconsideração da coisa julgada é uma forma de manter a ditadura de forma obscura, acabando com a democracia⁴⁴⁴.

Essa prática de rescisão da coisa julgada injusta é entendida como “retrógrada e anacrônica”⁴⁴⁵, além de utilizada pelos alemães como “instrumento do totalitarismo”⁴⁴⁶.

Como corte metodológico, a tese se limita à análise de dois argumentos: 1) da constitucionalidade da proteção constitucional à coisa julgada e 2) da possibilidade de eventual inconstitucionalidade de sentença transitada em julgado poder ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição⁴⁴⁷.

Conforme essa concepção, há necessidade desta análise por “estar aberta a estação de caça à coisa julgada” chamada aqui de “derradeiro bastião em defesa das liberdades civis contra as arbitrariedades do Estado no exercício da função jurisdicional”.⁴⁴⁸

Alega que pensar os parâmetros da coisa julgada como não protegidos pela Constituição não é a melhor interpretação, pois as normas presentes na Carta Maior deveriam possuir a máxima efetividade e a flexibilização desses parâmetros seriam incompatíveis com o sistema constitucional atual⁴⁴⁹.

Se a regra constitucional for entendida como protegendo a coisa julgada apenas do legislador, o próprio instituto deixaria de existir, pois seria permitida a modificação da sentença de mérito por qualquer outra forma, senão por lei, tendo-se como exemplos o ato administrativo e a sentença judicial.

Diz que, neste caso, o referido artigo constitucional ficaria vazio, pois a proteção que existiria seria apenas à irretroatividade da lei e considera que a coisa julgada possui conceito mais abrangente que apenas impedir que a lei não modifique a sentença transitada em julgado. Haveria também, se acolhida a hipótese, a inversão da hierarquia das normas jurídicas, pois a Constituição não seria observada no que ela determina, pois seria afastada a norma

⁴⁴³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 92-94.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 47.

⁴⁴⁵ Ibidem, pp. 92-94.

⁴⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁴⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, pp. 95-96.

⁴⁴⁸ Ibidem, pp. 97.

⁴⁴⁹ Ibidem, pp. 98-99.

constitucional pela mera interpretação doutrinária pró-relativização, que não possui sequer determinação infra-constitucional. Assim, a Carta Maior não deveria ser interpretada quando expressa claramente a sua vontade⁴⁵⁰.

Sobre o efeito da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, apesar da aceitação geral do caráter declaratório da mesma, defende que não podemos utilizar o mesmo parâmetro usado para as leis para o caso da sentença passada em julgado. Por exemplo, existe o problema da sentença já transitada em julgado, baseada em lei declarada inconstitucional, efetivada por ato de boa-fé e da possibilidade da modulação dos efeitos dessa decisão, apesar de possível defender a necessidade de efetiva ressalva do Supremo em relação à coisa julgada para a sua manutenção⁴⁵¹.

Entende que o efeito *ex tunc* dado à declaração de inconstitucionalidade nunca comprometeu a coisa julgada, por esta ser um limite constitucional à declaração de inconstitucionalidade em via abstrata. Essa possibilidade de modificação da sentença não incidiria na lei e sim na interpretação da lei feita pelo juiz, porque a sentença pode estar fundada em mais de uma norma e apenas uma delas ser declarada inconstitucional, não sendo resposta cabível, neste caso, a imediata rescisão do julgado⁴⁵².

Acerca do cabimento de ação rescisória no caso de declaração de inconstitucionalidade, defende que essa declaração não é uma forma de rescisão automática do julgado, e não pode ser usada como meio de uniformizar a interpretação constitucional desconsiderando a coisa julgada, pois esta não deve corrigir erros dos Tribunais Superiores. Destaca que o próprio Supremo Tribunal sumulou tanto não caber rescisória em caso de interpretação de lei controvertida em casos infra-constitucionais⁴⁵³, quanto a impossibilidade de recurso extraordinário no caso de julgamento com interpretação possível, porém não ideal, considerando que esse recurso versasse sobre problemática estritamente constitucional⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, p. 100.

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 58-59.

⁴⁵² *Ibidem*, pp. 59-61.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 343**. Data de aprovação: sessão plenária de 13/12/1963. Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Disponível na Internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais"

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 400**. Data de aprovação: sessão plenária de 03/04/1964. Publicação: DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279. Disponível na Internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05: " Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra 'a' do artigo 101, III, da Constituição Federal"

Também afirma que o zelo que o Supremo Tribunal Federal deve ter com a Constituição não deve significar a desconsideração da coisa julgada material, inclusive pela possibilidade de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade a partir da Lei 9.869/99⁴⁵⁵, o que demonstra que o ato inconstitucional pode ser eficaz no ordenamento jurídico, sem aberturas para sua impugnação, mesmo quando individual.

Se cabível a rescisória aliada à eliminação da súmula 343, a resultante impossibilidade de limitação da discussão daria tal amplitude a esse cabimento que não haveria hipótese resguardada⁴⁵⁶.

Para a desconsideração da coisa julgada seria necessário regra constitucional, sem confundir a rescindibilidade da sentença com sua existência, nulidade ou eficácia.⁴⁵⁷ Inclusive, este instituto nas legislações específicas teria sua abrangência aumentada, o que tornaria constitucionais essas novas determinações legais, pois o aumento da abrangência de um direito fundamental é sempre compatível com a Constituição Federal. Exemplos são o artigo 18, da Ação Popular⁴⁵⁸, e o artigo 15, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵⁹, porque na ausência destes, havendo a improcedência dessas ações, a coisa julgada ocorreria apenas entre as partes, não prejudicando terceiros interessados, o que, com essas leis, não ocorre, pois no caso de procedência da ação há coisa julgada para todos. Mesmo no caso da ausência do trânsito em julgado na ação de alimentos, a regra de direito processual apenas daria efetividade a uma norma material⁴⁶⁰, que permite a rediscussão da demanda⁴⁶¹.

O argumento da inconstitucionalidade da proteção à coisa julgada afirma que esta posição resiste à idéia da coisa julgada inconstitucional nula, e que não é cabível uma “hierarquia de inconstitucionalidades”, pois todos os atos inconstitucionais devem ser tratados

⁴⁵⁵ Art. 27 da Lei 9868/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 63-65.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 106.

⁴⁵⁸ Lei 4717 de 29 de junho de 1965, art. 18: "A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

⁴⁵⁹ Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078 de 11 de setembro de 1990, art. 103: "Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes* (...), II – *inter partes*(...), III – *erga omnes*(...)."

⁴⁶⁰ Art. 1699 do Novo Código Civil: "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo".

⁴⁶¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, pp. 107-108.

da mesma forma, o que impediria um tratamento diferenciado para a lei inconstitucional e para a sentença inconstitucional, mesmo quando transitada em julgado⁴⁶².

Além disso, mesmo defendendo que o efeito *ex tunc* não compromete a coisa julgada, por esta ser um limite à declaração de inconstitucionalidade em via abstrata⁴⁶³, este argumento não pondera sobre o conceito e as implicações da inconstitucionalidade, o que consideramos imprescindível para um posicionamento inovador contra a nulidade do ato inconstitucional. Portanto, a dissociação do ato inválido por inconstitucionalidade com sua nulidade e com seu efeito retroativo requer uma incursão profunda neste tema.

Mesmo a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade não seria, como afirmado, uma forma de convalidação de todos os atos inconstitucionais⁴⁶⁴, mas sim uma delimitação legal clara que determinaria um pronunciamento para qualquer aplicabilidade do ato viciado.

Entendemos que a chamada ampliação do conceito de coisa julgada de algumas leis especiais é apenas a determinação infra-constitucional que a norma suprema permite. Portanto, o modo como a coisa julgada se faz nesses casos se vincula a uma normatização específica fundada na Constituição.

Enfim, consideramos este argumento da constitucionalidade acertado no que tange à constitucionalidade da proteção dada à coisa julgada, sendo imprescindível regramento infra-constitucional para a determinação de seus parâmetros concretos.

3.4.2. Da cidadania processual⁴⁶⁵

Este argumento, como os outros que abordam a impossibilidade de relativização da coisa julgada e também alguns que entendem haver essa possibilidade, parte da premissa de que o instituto goza de prestígio constitucional, com quebra do julgado apenas nos casos que a lei determina, sem a possibilidade de relativização de modo atípico, ou de forma não determinada pelo sistema processual.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 107-109.

⁴⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 59-61.

⁴⁶⁴ Art. 27 da Lei 9868/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁴⁶⁵ Argumento cf. artigo de PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. **Revista de Processo**. Doutrina Nacional. vol. 28, n.º 112. Revista dos Tribunais, out./dez. de 2003, pp. 23-32.

Trabalha-se aqui com a idéia de que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade pressupõe a inexistência de garantia constitucional absoluta, com conseqüente mitigação de qualquer dos valores em enfoque, pois a ponderação de custo e benefício deveria ocorrer tanto para as partes como para a ordem jurídica⁴⁶⁶, a qual pode ter perdas nesta ponderação.

Essas observações seriam corroboradas, conforme o argumento, pela teoria dos degraus ou das esferas sobre os direitos fundamentais, que afirma, conforme a “primeira onda” de relativização, que um direito obstado em esfera ou degrau mais profundo garante algum outro direito fundamental, justificando essa opção pela proteção de bens e valores comunitários de grande importância, quando prejudicados em casos concretos⁴⁶⁷.

A "segunda onda" permitiria esta relativização, em certos casos, pelo Legislativo, na feitura das leis infra-constitucionais⁴⁶⁸.

Esta tendência, conforme o autor, inevitavelmente chegou à garantia da coisa julgada, apesar da relativização da mesma já ser possível por meio de ação rescisória. Ocorre que essa "terceira onda" admite hipóteses de relativização fora das possibilidades da ação rescisória, como nos seguintes casos concretos: injusta indenização, equívocos no processamento da demanda; e irrealidade de parentesco (DNA), por descompasso entre realidade científica e decisão judicial. Esses casos são apresentados como grandes injustiças concretas, que fundamentam a mitigação da coisa julgada por meio de nova sentença sobre o mérito, voltando-se à ponderação entre a justiça concreta e a segurança social⁴⁶⁹.

A relevância desta discussão estaria no fato de eventual flexibilização da coisa julgada poder modificar totalmente situações individuais já consolidadas, havendo claro posicionamento pela impossibilidade de modificação da situação consolidada sem a invalidação anterior da sentença transitada em julgado que a determinou, não podendo o juízo simplesmente desconsiderar o anteriormente julgado sem sua rescisão, pois este ainda estaria coberto pela intangibilidade⁴⁷⁰.

As formas apresentadas para tal rescisão são: a ação rescisória, no caso de sentença de mérito, e a ação anulatória, na existência de vício como a falta de citação do réu, pois qualquer raciocínio diverso seria uma violação ao Princípio do Devido Processo Legal,

⁴⁶⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, pp. 23-24.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 30.

essência do Estado Democrático de Direito⁴⁷¹. Apesar de a coisa julgada não ser considerada característica fundamental da jurisdição, por haver exceções à mesma, é indispensável ao Estado Democrático de Direito e à garantia de acesso ao Poder Judiciário, pois "de nada adianta falar de direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente"⁴⁷².

O próprio sistema demonstra não ignorar a possibilidade de ocorrerem decisões injustas criando o remédio processual da ação rescisória para diminuir a permanência desses atos viciados no mundo jurídico, porém, opta por elencar hipóteses para seu cabimento, sem acabar com a garantia de imutabilidade da coisa julgada, que é meio para que os conflitos sejam solucionados definitivamente.⁴⁷³

Sobre a utilização de ação anulatória no caso de falta de citação do réu, afirma o argumento que essa anulação se baseia em critério objetivo, no sentido de que sempre deve ser anulada a sentença no caso de falta de citação do réu, independentemente do resultado da demanda. O que não ocorre, por exemplo, com a falta de exame de DNA, pois, neste caso, seria desnecessário que todos os processos sem esta prova fossem refeitos, não havendo parâmetro objetivo sobre o que deve ser modificado, o que implicaria na impossibilidade de mitigação⁴⁷⁴.

Limitando o debate às sentenças que atentam contra a Constituição⁴⁷⁵, que pretendem efeitos juridicamente impossíveis⁴⁷⁶ e que são injustas e imorais por se apresentarem contra a legalidade e moralidade⁴⁷⁷, esta linha defende que, nesses casos, admite-se o cabimento de rescisória para a revisão da coisa julgada, considerando que outras formas de relativização iriam atacar a própria cidadania processual, que compreende a necessidade de manutenção da ordem social juridicamente organizada⁴⁷⁸.

Sobre a possibilidade de modificação dos limites da rescisória, considera que eventual modificação legislativa incidiria apenas sobre os processos em andamento e os futuros,

⁴⁷¹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 57-58.

⁴⁷³ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁴⁷⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 30.

⁴⁷⁵ Cf. argumento da negação.

⁴⁷⁶ Cf. argumento da impossibilidade.

⁴⁷⁷ Cf. argumento dos princípios.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 31.

mantendo-se a discussão, nos casos cíveis, anteriores à pretensa feitura da lei⁴⁷⁹, pela existência do Princípio da irretroatividade das leis.

Situações concretas que afetam o senso de justiça de alguns não podem impulsionar o caos jurídico, e sim um maior aparelhamento judicial para a correção desses problemas, com a necessária manutenção da ordem jurídica, o que seria viável em tempos de reformas processuais como o atual, havendo a possibilidade de ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória e dilação de seu prazo em "hipóteses excepcionálíssimas", dentro da ordem jurídica⁴⁸⁰.

Percebemos que são apresentados como meios de modificação da coisa julgada a ação rescisória e a ação anulatória, na existência de vícios como a falta de citação do réu⁴⁸¹. Assim, apesar de pretender que a relativização ocorra em "hipóteses excepcionálíssimas"⁴⁸², duas formas recursais são permitidas, apesar de totalmente diversas e de tratarem de dois tipos de sentenças diferentes, as rescindíveis e as anuláveis.

Além da indeterminação sobre o meio para a relativização da coisa julgada inconstitucional, as hipóteses que seriam relativizadas via ação anulatória, não são claras, havendo apenas referência sobre sua aplicação em casos semelhantes ao da falta de citação do réu, vício que podemos comparar a uma infinidade de casos, em alguns aspectos, e afastar desses mesmos casos, em outros aspectos.

Diante dessas considerações, concluímos que a relativização nesses termos abrangeria uma infinidade de situações, não sendo alcançada a objetividade desejada pela concepção.

3.3.3. Da incerteza do resultado justo

Afirma este argumento que a busca pela justiça não pode motivar a relativização da coisa julgada, pois a existência de modificação do julgado não implica no alcance da justiça, pela impossibilidade de esta ser garantida na segunda decisão.

⁴⁷⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, p. 31.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 32.

A discussão sobre a relativização da coisa julgada, independente das hipóteses de cabimento da ação rescisória, estaria ligada ao problema sem solução existente entre a facticidade e a validade do direito, da tensão entre segurança e justiça.

Apesar de a decisão judicial não vigorar apenas porque provém do Estado, devendo possuir certos requisitos, não há atualmente forma para alcançar sempre o resultado justo, nem em primeira decisão, nem em sede de relativização da coisa julgada.

Portanto, pela falta de critérios objetivos, esta relativização levaria à desconsideração do instituto, o que acarretaria uma situação insustentável⁴⁸³, na qual a coisa julgada deixaria de existir. Além disso, os critérios apresentados para a relativização são perigosamente indeterminados, tais como "grave injustiça", "séria injustiça", "sentença abusiva"⁴⁸⁴, inclusive porque essa adjetivação dada à sentença é imprestável, visto sua porosidade e sua indeterminação.⁴⁸⁵

Em relação à possibilidade dessa relativização, argumenta que, sem dúvida, o julgado não pode suplantar a realidade, porém a discussão proposta não é sobre eventual nulidade da sentença e sim sobre a possibilidade e a conveniência de relativizar o julgado sem hipóteses elencadas para o cabimento da ação rescisória, mesmo com as teorias pró-relativização defendendo essa nova prática processual⁴⁸⁶.

Diz que a injustiça da decisão não pode ser fundamento para o afastamento da coisa julgada, pela dificuldade de impedir que a sentença reformada seja novamente reformada em razão desta mesma justiça, pelos parâmetros desta não serem absolutos e pela diversificação de seu conceito na sociedade atual que se diz democrática e pluralista quanto a valores⁴⁸⁷.

Considera que, atualmente, o Direito Justo é o mesmo que Direito Positivo, pois impossível que os magistrados descubram o Direito Justo fora dos parâmetros estabelecidos pela lei, apesar de utilizarem uma discricionariedade não dada pelo sistema⁴⁸⁸. Assim, a sentença impassível de recurso faz "inexoravelmente" coisa julgada e havendo casos identificados pela doutrina como merecedores de tratamento diferente, estes devem ser instituídos por lei⁴⁸⁹.

⁴⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 55-56.

⁴⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, 2004, p. 218.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 220.

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 56-57.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁴⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, 2004, p. 218-219.

⁴⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 59.

Outra dificuldade estaria em determinar qual Tribunal diria o que significa uma séria injustiça, ou como este separaria a lesividade normal da abusiva e julgaria de forma a impedir um outro julgamento subsequente que viesse negar a injustiça grave do primeiro julgamento, por haver o mesmo vício da injustiça no segundo julgamento pós-relativização da coisa julgada. Assim, conclui que a compatibilidade da coisa julgada com os Princípios Constitucionais é impossível, pois os princípios constituem normas abertas por sua natureza⁴⁹⁰.

Adverte que há, portanto, duas situações importantes nessa discussão: 1) a sentença torna-se imutável em razão da coisa julgada e 2) a apreciação da ocorrência ou não dessa deve ser feita preliminarmente. Além do que existem, normalmente, dois equívocos nas teses pró-relativização: 1) a inversão lógica do fundamento, pois havendo incerteza quanto à justiça, pressupõe-se que a sentença a ser dada aceitaria a relativização da coisa julgada; e 2) a intangibilidade, que, afastada no caso da primeira sentença injusta, pretende ser reafirmada na segunda sentença, tornando esta impermeável, apesar de não haver fundamento para manter a intangibilidade desta segunda coisa julgada e impedir que, no dia seguinte, o sucumbente na relativização não proponha nova medida para a sua desconstituição⁴⁹¹.

Portanto o sistema, considerando a existência de decisões injustas, garante esta imutabilidade, por não haver meios de garantir a justiça da segunda decisão, pela possibilidade de o juiz errar ao decidir a revisional⁴⁹².

A coisa julgada é considerada preceito constitucional, formador do conceito de Estado Democrático de Direito, e sua relativização uma velha tese já superada, inclusive pela impossibilidade de determinar o “juiz posterior da justiça da sentença”. Por isso o risco político da insegurança seria mais grave do que o risco de sentença injusta ou inconstitucional do caso concreto, pois há possibilidade da convivência do sistema com essas últimas⁴⁹³.

Ainda, a ação rescisória deveria ser utilizada para a ponderação entre o fato do trânsito em julgado e o efeito de imutabilidade, pois, mesmo havendo rescisão, pode ser desnecessário um novo julgamento da lide, ou, no caso de este ocorrer, pode a decisão judicial não ser

⁴⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, 2004, p. 220.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 57-58.

⁴⁹³ NERY, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman. vol. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

diversa da anterior, tendo essa ação por objeto o “controle da regularidade da atribuição de eficácia da coisa julgada à conclusão da sentença transitada em julgado”.⁴⁹⁴

Deve-se, também, conforme a tese, ter cuidado com os "oportunistas", que, tendo seu direito rejeitado, pretendem ver seus conflitos rediscutidos⁴⁹⁵.

Apesar da tendência atual de aumento dos poderes do Judiciário, com o intuito da prestação ser a mais adequada possível, na busca da justiça do caso concreto, afirma o argumento que o juiz, por não alcançar estes objetivos por meio da lei, utiliza o Princípio da Proporcionalidade, por meio de adequação e necessidade. Porém, a utilização deste critério para a relativização da coisa julgada não permitiria a harmonização dos conceitos, apenas a ponderação dos mesmos com conseqüente afastamento total de um dos princípios, no caso o da coisa julgada, sem a certeza de se alcançar um resultado justo. Além disso, essa ponderação poderia ser feita apenas em situações excepcionais, por método não interpretativo, visando a elaboração de critérios para se "obter a solução mais justa em um conflito de bens".⁴⁹⁶

Defende que a coisa julgada difere do direito, sendo este apenas objeto da decisão jurisdicional e assim a harmonização dos direitos deveria ocorrer na decisão de cada caso, não podendo a sentença ser contraposta a algum direito concreto, pois dando este poder ao juiz, haveria a eliminação da garantia da segurança jurídica, instituindo-se um sistema aberto⁴⁹⁷.

O argumento caracteriza o tema como uma contraposição entre a justiça e a coisa julgada material, entretanto considera que o conceito de justiça utilizado pelas teses pró-relativização não pode prevalecer pela falta de fundamentos, pela inconsistência do argumento do homem médio, pela impossibilidade de consenso geral do que é o justo e pela impossibilidade de "destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida".⁴⁹⁸

Apesar da lógica deste argumento acreditamos que a impossibilidade de alcançar um resultado justo não sustenta uma teoria contra a relativização da coisa julgada, pois este argumento, exposto de forma simplista, impediria quaisquer formas recursais, que também

⁴⁹⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de., pp. 102-103.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 65-66. Sobre deduzido e dedutível art. 474 do CPC: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

⁴⁹⁶ *Ibidem*, pp.67-69.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 71.

não alcançam o justo, mas são aceitas por todos como forma de aproximação da decisão apropriada.

3.3.4. Dos vícios transrescisórios

O atual enfraquecimento da coisa julgada é abordado por este argumento, pois sua flexibilização acarretaria uma contaminação do sistema pelo denominado "vírus do relativismo", havendo, em consequência disso, a presença repetida da impugnação do vencido com base na livre convicção do juiz de primeira instância acerca da manutenção da coisa julgada. Assim, considerando a rescisória a única forma para a relativização da coisa julgada e ponderando que esta não é considerada por muitos como meio adequado para tanto, conclui que o legislador é quem deve equacionar esses problemas, deixando claro quais as eventuais outras hipóteses de não-formação da coisa julgada⁴⁹⁹.

Sobre o ato inexistente, diz que o mesmo é incapaz de produzir efeitos, devendo ser declarado como tal; já sobre o ato inválido, diz que o mesmo, entrando no mundo jurídico, produz efeitos, devendo ser desfeito; e sobre o ato irregular, este tem vício não-essencial que sequer precisa de modificação. Portanto, só o vício essencial deve ser invalidado. Sobre nulidade e anulabilidade, a primeira deve ser decretada de ofício pelo juiz, além do necessário requerimento da parte e da obediência aos prazos recursais no caso da nulidade relativa. Porém, em qualquer dos casos, pode o vício ser afetado pela preclusão⁵⁰⁰.

O argumento ordena os vícios "transrescisórios", ou que transcendem a coisa julgada e a ação rescisória, em três grupos: 1) o da inexistência de sentença, por esta ter sido proferida por órgão sem a devida jurisdição; 2) o da nulidade da sentença, pela impossibilidade do objeto, como no caso de prisão por dívida ou pedido para desocupar imóvel já desocupado; e 3) o de ineficácia da sentença, como no caso de réu aparente, por exemplo, na falta de citação ou falta de procuração de advogado⁵⁰¹.

Apesar de aceitar a faticidade da sentença inexistente, há que ser especificado o seu rol, por esta dispensar rescisão. Já o ato nulo produz seus efeitos até ser rescindido via

⁴⁹⁹ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 208-210.

⁵⁰⁰ Ibidem, pp. 211-213.

⁵⁰¹ Ibidem, pp. 214-215.

judicial, pois é incorreta a confusão entre o ato nulo e o ato inexistente. A nulidade, se eficaz, pode ser convalidada pela coisa julgada material, havendo vícios transrescisórios apenas no caso de inexistência. Inclusive, dentro do rol da rescisória, não caberia a inexistência, pois, entende esta tese, este rito destina-se à rescisão apenas do que será convalidado com o decurso do tempo. Afirma também que o parágrafo único do artigo 741 corrobora a posição pró-relativização apenas nas hipóteses legisladas, pois eventual "exceção à sanabilidade dos vícios há que decorrer de texto expresso de lei"⁵⁰².

Quando se refere ao parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, diz que, antes deste, apenas por meio da rescisória se chegaria à desconstituição do julgado, e com sua publicação possibilita a ineficácia da coisa julgada e a discutibilidade do título posteriormente ao trânsito em julgado, contrariando o permitido pelo inciso II do mesmo artigo⁵⁰³ no qual os embargos de execução permitiam apenas a inexigibilidade do próprio título, não sua atualidade ou conformidade com o ordenamento. Assim, esse novo parágrafo acarretou situação em que "toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataque via embargos".⁵⁰⁴

Sobre a constitucionalidade dessa norma citada, afirma que, mesmo com o caráter protetivo da norma voltado ao Estado, não há ofensa à Constituição quanto ao seu conteúdo, havendo problema apenas em sua forma, pois, embora haja conveniência da norma, não se pode vislumbrar urgência e relevância na dita Medida Provisória que inseriu o parágrafo único no artigo 741 do Código de Processo Civil, apesar da improvável manifestação do Supremo Tribunal Federal neste sentido⁵⁰⁵.

Considera que o juízo de inconstitucionalidade necessário para a interposição desses embargos ocorreria apenas quando houvesse a declaração de procedência na ação declaratória de inconstitucionalidade e a de improcedência na declaratória de constitucionalidade, independente da técnica usada pelo Supremo, como por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, a não ser que haja ressalva de situação pretérita, pois seria insuficiente uma liminar ou uma declaração incidental, mesmo que reiterada, para a utilização dos embargos. Ainda, a utilização destes não excluiria o uso de outro meio para a impugnação da inconstitucionalidade, como a rescisória ou a ação anulatória, porém, somente

⁵⁰² ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, p. 219.

⁵⁰³ Art. 741, inc. II, CPC: "Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: I – inexigibilidade do título."

⁵⁰⁴ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, pp. 220-222.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 222-223.

os embargos suspenderiam o processo de execução dos casos decididos após o advento da Medida Provisória, pela impossibilidade de retroatividade da norma⁵⁰⁶.

Apesar de todo o disposto, a tese diz do provável alargamento atual na possibilidade de discussão das sentenças transitadas em julgado e defende a atuação do Poder Legislativo para conter o movimento pró-relativização atual, por parecer “pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”.⁵⁰⁷

Sobre a possibilidade de o artigo 741 do Código de Processo Civil ser aplicável apenas quando do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca de inconstitucionalidade, há autores que defendem que a interpretação utilizada é restritiva demais e não se coaduna com a tutela a ser dada ao sério problema da inconstitucionalidade, pois o juiz singular poderia fazer esta ponderação⁵⁰⁸.

Consideramos, acerca da diferenciação entre a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à declaração de constitucionalidade e a de inconstitucionalidade em controle abstrato⁵⁰⁹, que a posição da tese é ao menos complicada porque esta permite efeitos concretos apenas na declaração de inconstitucionalidade. Assim, a declaração da constitucionalidade da referida norma não obrigaria sua aplicação ao caso concreto, mesmo se o juiz a tivesse entendido inconstitucional esta sentença deveria prevalecer.

Com isso, essa relativização da coisa julgada não afirma a legislação constitucional que deve ser aplicada, mas permite a modificação de coisa julgada por declaração de inconstitucionalidade, o que diminuiria a autoridade do Poder Legislativo, uma vez que apenas leis em desconformidade com o sistema seriam motivo de impugnação e, portanto, de interesse individual.

Outra dificuldade estaria em permitir a utilização dos novos Embargos à Execução apenas para casos após o advento da Medida Provisória que os instituiu, pela irretroatividade da norma⁵¹⁰, pois teríamos, por exemplo, a vedação da utilização desse recurso em processo de execução distribuído um dia antes do advento desta Medida, ainda pendente de prazo para a impugnação, apesar da obrigatoriedade da aceitação da inexigibilidade, como efeito da inconstitucionalidade declarada, por força da disposição legal.

⁵⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, pp. 224-226.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 228.

⁵⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p.98.

⁵⁰⁹ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, pp. 224-226.

⁵¹⁰ *Ibidem*, pp. 224-226.

3.3.5. Argumento da preliminaridade

Defende que a coisa julgada formal não poderia ser impugnada, pois o magistrado que a apreciasse, necessariamente, teria que fazê-lo preliminarmente, e sendo esta constatada, não haveria possibilidade de averiguar a justiça do caso concreto.

Considera que vivemos em uma "era da incerteza", com a negação do já tido como correto de forma entusiástica, considerando que o que se cria dentro da "modernidade" em que se vive poderia instituir apenas o provisório. Apresenta o exemplo da coisa julgada, que está enfocada nesta provisoriedade, apesar de já ter sido considerada indispensável na "primeira modernidade"⁵¹¹. Isso acarretaria um "enigma" a ser resolvido em relação à relativização da coisa julgada, ou seja, da persistência ou não da segurança jurídica no contexto atual⁵¹².

Diz que a coisa julgada é fadada a produzir injustiças, pois, como faz um corte, ao menos temporal, na discussão das questões, não pode garantir a justiça absoluta, a qual, mesmo realizada no caso concreto, deixa sempre um ranço de injustiça na parte que não vê seu interesse provido no processo judicial⁵¹³, sendo impossível alcançar a justiça absoluta para todos, inclusive pela característica de, no processo, vermos uma realidade que não se restringe à correção de forma absoluta.

Para entender o problema da coisa julgada, o argumento utiliza a perspectiva do magistrado. Assim, supondo a alegação de coisa julgada, esta deveria ser apreciada em preliminar, portanto anteriormente às questões de mérito, em que seria discutida a justiça da decisão⁵¹⁴. Dessa forma, haveria a impossibilidade da própria apreciação dessa justiça no caso concreto.

Além disso, atenta para a necessidade de pensar a coisa julgada de forma abstrata, afirmando que não se pode pretender discutir todo o arcabouço de casos concretos, o que levaria à perda da "dimensão estática e formal" que requer o raciocínio em sua forma abstrata.

Esta corrente chega às seguintes conclusões sobre o tema: 1) a necessidade de o sistema sobre a coisa julgada ser revisado e havendo meios para a resolução do atual impasse jurídico, o afastamento das possibilidades de relativização por meio de pedido em questão

⁵¹¹ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 213.

⁵¹² *Ibidem*, p. 214.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 215.

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 225-226.

incidente, a não ser mediante lei elaborada para tanto; e 2) a permissão desta relativização por meio de “pressupostos valorativos” determinados, sem a criação de outras possibilidades para tanto⁵¹⁵.

Assim, defende que a coisa julgada é pressuposto processual negativo, o que impossibilita nova apreciação do já decidido, por falta de interesse jurídico das partes para tanto, devendo o juiz indeferir a petição inicial de pronto, pois seria uma obrigação do jurista aumentar a certeza do sistema, diminuindo a possibilidade de arbítrio⁵¹⁶. Essa defesa advém da idéia de que a utilização de critério não objetivo alarga a tese pró-relativização, possibilitando que, no futuro, a exceção deixe de ser a relativização da coisa julgada e passe a ser regra⁵¹⁷.

Afirma que a coisa julgada é protegida não apenas no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, mas principalmente no artigo 1º dessa Carta⁵¹⁸, nos fundamentos da República, estando a mesma inserida no Estado Democrático de Direito, protegida no cerne irredutível da Constituição Federal⁵¹⁹.

Sobre o choque entre segurança e justiça, ambos valores reportados como importantes, defende que o legislador constitucional brasileiro optou pela segurança, sendo essa opção política e refletida na impossibilidade de a ação rescisória poder corrigir a injustiça das decisões. Além disso, já existiria abrandamento legal da coisa julgada no caso da rescisória, nos embargos do devedor na execução judicial, na revisão criminal e na coisa julgada segundo o evento da lide, no caso da ação popular e na aplicação do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁰, existindo a relativização nos termos determinados pelo sistema.

Sobre a coisa julgada ser apreciada apenas em preliminar, anteriormente a questões de mérito⁵²¹, percebemos não haver um aprofundamento na problemática da investigação da constitucionalidade da sentença, o que consideramos extremamente importante. Por exemplo, no caso dos embargos de execução, há a possibilidade de o juiz apreciar a inconstitucionalidade da sentença, apesar de seu trânsito em julgado; o que também ocorre

⁵¹⁵ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, pp. 227-228.

⁵¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 58.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 48

⁵¹⁸ Art. 1º, CF/88: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)"

⁵¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 49

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 49-50.

⁵²¹ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, pp. 225-226.

nas hipóteses da rescisória, possibilitando a revisão da coisa julgada, mesmo que esta não possa ser apreciada, senão preliminarmente.

3.3.6. Do controle abstrato

Este argumento defende a impossibilidade de o controle abstrato de constitucionalidade relativizar a coisa julgada inconstitucional.

Inicialmente, percebemos a necessidade de separar as premissas deste argumento, que defende que:

1) a coisa julgada é muito frágil, no Direito Brasileiro, havendo hoje um amplo rol de cabimentos da ação rescisória sem paralelo, avalizado pela doutrina, apesar da impropriedade do curto prazo que o procedimento possui. Além disso, esta fragilidade do instituto advém: a) do paternalismo herdado dos juízes da época imperial, quando o rei sempre podia desfazer qualquer iniquidade em razão da sua soberania, e b) da necessidade de correção dos erros judiciais atuais absurdos de uma Justiça sem credibilidade, inserida em um aparelho burocrático falido⁵²².

2) a coisa julgada é um direito fundamental, não uma simples regra de caráter processual, havendo necessidade de sua proteção na forma do direito fundamental da segurança jurídica, que determina a existência de um mínimo de previsibilidade dos atos estatais e de efetiva prestação jurisdicional. Isso porque, na sentença, está o próprio Estado determinando o que deve ser seguido apesar dos conflitos de interesses, e se este Estado não garante a coisa julgada, nunca os direitos do cidadão serão efetivados, a despeito de a coisa julgada ser direito relativo, o que permite seu afastamento em caso de vida e liberdade, anulando-se, por exemplo, sentença criminal com base em lei inválida, por meio de revisão criminal⁵²³.

3) a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não faz coisa julgada, pois, quando for declarada a inconstitucionalidade da lei, o Legislativo pode publicar outra lei do mesmo teor da anterior, e mesmo sendo declarada a

⁵²² GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp. 145-148.

⁵²³ Ibidem, 2004, pp.148-150.

constitucionalidade de determinada lei em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a resposta do próprio Supremo à outra ação impetrada pode determinar a inconstitucionalidade da mesma lei. Considera a tese que o controle de constitucionalidade é ação autônoma que incide em uma norma abstrata e tem por objeto imediato a anulação de lei inconstitucional e por objeto mediato a sujeição da sociedade à norma impugnada. Ainda, as ações que controlam a constitucionalidade possuem a mesma força que possuem os precedentes no Direito Inglês, não tendo autoridade para modificar determinação estatal⁵²⁴.

4) a função do controle de constitucionalidade é de, imediatamente, anular efeitos de atos passados, com exceção da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Isso porque não é o Estado que determina a atuação dos direitos fundamentais, mas estes que, incorporados ao sistema, delimitam a atuação estatal. Apesar de ser normalmente preferida a eficácia retroativa no caso de controle de constitucionalidade, seria cabível a ponderação de efeitos dados a essa declaração, além do necessário respeito à segurança jurídica já especificado⁵²⁵.

A partir dessas premissas, o argumento defende a não-influência da ação de controle de constitucionalidade sobre sentenças transitadas em julgado, havendo, nos casos de falta de citação do réu e revisão criminal em favor do réu, ponderações cabíveis pelo princípio da proporcionalidade feitas pelo legislador. Seriam nulidades absolutas as hipóteses da rescisória nos casos de incompetência absoluta, impedimento, prevaricação, concussão ou corrupção do juiz e violação de coisa julgada anterior, pois, haveria muita amplitude em relação às outras possibilidades rescindíveis, trazidas pela doutrina a favor da relativização. Conseqüentemente, na falta de clara hierarquização dos direitos fundamentais, as determinações do legislador teriam que ser acatadas para assegurar a coisa julgada, apesar da existência de declaração feita em sede de controle de constitucionalidade abstrato⁵²⁶.

Há outra posição que defende o cabimento apenas da ação rescisória no caso de inconstitucionalidade com fundamento na violação de “literal disposição em lei”. Dessa forma, no prazo de dois anos da rescisória, a sentença transitada em julgado poderia ser impugnada se fundada em lei inconstitucional. Este controle deveria ser feito em via incidental e a eventual declaração de inconstitucionalidade por via abstrata pelo Supremo

⁵²⁴ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, 2004, pp. 151-152.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp.152-155.

⁵²⁶ *Ibidem*, pp.155-157.

Tribunal Federal seria mero componente de pressão para tal rescisão do magistrado, que averiguaria a possível ofensa à disposição constitucional em cada caso⁵²⁷.

Portanto, a ponderação de constitucionalidade efetuada pelo Supremo Tribunal Federal em via abstrata seria indiferente para a possibilidade de interposição da ação rescisória, pois este problema seria apenas aparente, pela possibilidade de rescisão por sentença do Supremo Tribunal Federal em via principal não estar no rol da ação rescisória, ainda mais no caso de decurso do prazo para a interposição deste meio de impugnação⁵²⁸. Além disso, se o Estado não equaciona o problema por via legislativa, não poderia pretender controlar a iniquidade das partes, do juiz e de peritos por meios transversos⁵²⁹.

A declaração de inconstitucionalidade tem por objeto apenas um ato, a lei, e apenas esse ato deve ser rescindido, não outro ato público ou privado, devendo eventual necessidade de modificação dos últimos ser apreciada em ação que o permita⁵³⁰. Para isso, avisa que o debate “à falta de argumentos de índole científica, estará exposto a ser bombardeado com argumentos de ordem moral, política e até naturalista, excelentes para sensibilizar os apreciadores de novelas e para alimentar um certo patrulhamento ideológico”.⁵³¹

Ainda, acredita incorreto haver ação de nulidade imprescritível, alegando que eventual ação declaratória poderia ser impetrada e declarada a qualquer tempo, porém, sem efeito prático no caso concreto, podendo a parte aproveitar do declarado apenas no prazo da ação rescisória⁵³².

Também defende que a coisa julgada é um diferencial entre a nulidade de sentenças e de outros atos legislativos e administrativos e que o processo sem coisa julgada é “mero procedimento ou processo de jurisdição voluntária, administrativa ou graciosa. De jurisdição contenciosa nunca será”.⁵³³

Tratando desta mesma hipótese, há outra tese que, além de não aceitar a relativização da coisa julgada por meio de controle abstrato de constitucionalidade feito pelo Supremo, defende a impossibilidade de a decisão do Supremo Tribunal Federal fazer coisa julgada,

⁵²⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, pp. 108-110.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 111.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 112.

⁵³⁰ *Ibidem.*, p. 113.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 114.

⁵³² *Ibidem*, p. 117.

⁵³³ *Ibidem*, p. 119.

sendo impróprio o mesmo ser chamado de Tribunal Constitucional, o qual não poderia decidir causas constitucionais de forma abstrata em última instância⁵³⁴.

Além disso, destaca que: 1) os membros do Supremo são nomeados pelo Presidente da República, o que não respeita a necessária representatividade dos três poderes constituídos ou a necessária indicação suprapartidária do órgão controlador da constitucionalidade das leis; 2) não há qualquer participação dos poderes Legislativo e Judiciário na escolha dos membros nomeados, pelo total controle do Executivo sobre a indicação dos ministros deste Tribunal; e, 3) os ministros escolhidos possuem cargo vitalício, sem qualquer controle externo, apesar da possível impropriedade da postura de seus titulares com o decorrer do tempo⁵³⁵.

Assim, a irregularidade na atividade do Supremo estaria em sua característica de guardião da Constituição quando somada a sua vinculação ao Poder Judiciário, não podendo este, como faria um Tribunal Constitucional autônomo, ser competente para o controle externo da magistratura de que faz parte. Portanto, o Supremo só teria competência para o controle de situações concretas de inconstitucionalidade, pois a competência de exercício do controle abstrato seria uma atribuição irregular⁵³⁶.

Portanto, o controle abstrato só poderia ocorrer se houvesse instituição separada dos tradicionais três poderes para tanto, pois se um deles possuir o poder de determinar qual lei é constitucional, haveria ingerência deste sobre os demais, perdendo-se a harmonia e a independência imprescindíveis. Assim, o Supremo poderia apenas efetuar o controle concreto de constitucionalidade, por pertencer a um dos poderes constituídos⁵³⁷.

Condideramos problemática a afirmação de que a declaração de inconstitucionalidade feita por via abstrata pelo Supremo Tribunal Federal seria mero componente de pressão para decisão do magistrado para a sua modificação no caso concreto⁵³⁸, pois não podemos negar a competência constitucional do Supremo para tanto. Assim, devemos resolver o problema sobre a nulidade ou anulação do referido ato para depois nos posicionar acerca da sua incidência em relação à coisa julgada.

Não podemos isentar de problemas a afirmação de que o Estado não equaciona o problema da coisa julgada por via legislativa e impossibilita o seu controle por outros meios

⁵³⁴ Cf. texto de NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 25-37, devendo ser salientado que não é feita referência deste ao texto de GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, sendo a recíproca também verdadeira.

⁵³⁵ *Ibidem.*, pp. 30-31.

⁵³⁶ *Ibidem.*, pp. 32-33.

⁵³⁷ *Ibidem.*, p. 34.

⁵³⁸ *Ibidem.*, pp. 108-110.

da iniquidade das partes, do juiz e de peritos⁵³⁹, tendo em vista a já afirmada competência constitucional do Supremo como controlador da constitucionalidade abstrata.

Além disso, a alegação de que a ação declaratória poderia ser impetrada para manifestar a inconstitucionalidade de sentença a qualquer tempo, sem efeito prático no caso concreto, podendo a parte aproveitar do declarado apenas no prazo da ação rescisória⁵⁴⁰, não pode ser considerada, pois seria absurdo o Judiciário proclamar uma inconstitucionalidade e não expurgá-la do sistema, uma vez que a tutela jurisdicional deve ser efetiva. Havendo corte temporal sobre a possibilidade de modificação da situação em concreto, não pode um juiz sentenciar que, apesar de certa parte ter direito a um bem jurídico em discussão, este deve ser conferido à outra parte, pelo decurso do prazo e pela impossibilidade de rediscussão da lide.

Também não concordamos que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal não faz coisa julgada⁵⁴¹, pois parece claro que a decisão do Supremo a faz, e, no caso de controle abstrato de constitucionalidade possui efeito *erga omnes*, tendo maior amplitude que as outras coisas julgadas em casos concretos, por ser "conclusiva"⁵⁴², apesar de não poder modificar o soberanamente julgado⁵⁴³.

O caso de essa declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle *erga omnes* poder retroagir e modificar decisões anteriores ao seu proferimento seria outra problemática relativa à possibilidade de esse controle consignar o efeito de nulidade ou de anulabilidade ao ato inconstitucional.

Outra situação complexa está na negação da legitimidade constitucional para atribuir ao Supremo a competência para a apreciação do controle abstrato da constitucionalidade das leis. Apesar de não adotarmos no Brasil um dos dois modelos clássicos do controle de constitucionalidade, quais sejam, o sistema norte-americano e o sistema kelseniano⁵⁴⁴, e da grande complexidade do controle híbrido adotado, não podemos pretender que a solução para os problemas do ordenamento brasileiro esteja na sua similaridade com qualquer outro modelo internacional. É necessário, por outro lado, o distanciamento e a análise do já regulamentado, acatando a situação normativa nacional atual, para a solução do problema. No entanto, temos que concordar que a mistura de atribuições recursais com o controle de

⁵³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 112

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁴¹ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 151-152.

⁵⁴² BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968, p. 142.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁴⁴ BARROS, Sérgio Resende de Barros. *Op. cit.*, acesso em 01/12/2005.

constitucionalidade do Supremo é problemática, apesar da legitimidade que a Constituição confere⁵⁴⁵.

3.3.7. Da proporcionalidade

Aqui, a própria ação rescisória seria inconstitucional, e sua incidência seria garantida pela utilização do Princípio da Proporcionalidade, que a tornaria constitucional apenas dentro de seus limites expressos⁵⁴⁶. Isso porque o magistrado não pode decidir posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, pois o contrário significaria “admitir-se a incidência do totalitarismo nazista no processo civil brasileiro”.⁵⁴⁷

Conforme esta linha de pensamento, como a Constituição protege a coisa julgada, esta é absoluta, assim a sua desconsideração seria sempre inconstitucional, prevalecendo a ação rescisória como meio desconstitutivo apenas nos casos em que, na ponderação entre a justiça do caso concreto e a necessidade institucional da segurança jurídica, a justiça prevalecer. Assim, apesar de a coisa julgada inconstitucional poder ser rescindida pela rescisória, o mesmo não ocorre quando houver apenas a injustiça, pois o mecanismo utilizado, sendo exceção, não pode abranger o não descrito em suas hipóteses de cabimento. Outro exemplo está nos embargos do artigo 741 do Código de Processo Civil que são outra forma de rescisória criada pelo sistema, assim como o *habeas corpus* e a revisão criminal, que expressamente afastam a coisa julgada em benefício do réu.⁵⁴⁸

A sentença judicial, conforme a tese, é passível de controle por meio de todos os recursos consagrados pelo sistema processual, por exemplo: por meio de recurso ordinário, como o agravo, a apelação e o recurso ordinário constitucional, com pedido de anulação ou reforma do decidido; por meio de recurso extraordinário que permite a apreciação do controvertido, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal; e, por meio das ações autônomas de impugnação, quais sejam, a ação rescisória e a revisão criminal. Com o decurso do prazo da rescisória, não há possibilidade de reabertura da discussão. Assim, não acha

⁵⁴⁵ Para maior aprofundamento sobre o tema vide BARROS, Sérgio Resende de Barros. *Op. cit.*, acesso em 01/12/2005. O autor aborda a complexidade do tema para um posicionamento definitivo em seu trabalho, que possui objeto claramente determinado.

⁵⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, pp. 52-53.

conveniente a criação de outros meios para a relativização da coisa julgada, pois já existem formas para tanto em conformidade com o devido processo legal. Também, a sentença transitada em julgado não pode ter o mesmo tratamento das leis abstratas, por esta ser uma lei advinda do exame de partes e situações particulares⁵⁴⁹.

Além disso, diz que a validade e eficácia de sentença inconstitucional em relação à sua justiça já foram discutidas durante o processo que a determinou, pois está estratificado na doutrina que a coisa julgada tem força criadora, havendo indiscutibilidade e imutabilidade da sentença protegida, por esta ser tutelada independentemente de seu conteúdo, o qual, se viciado, deve ser discutidos em recurso ou ação determinada pelo ordenamento⁵⁵⁰. Isso porque a utilização de outro meio, senão o próprio, para equacionamento do conflito citado, não constituiria problema de Direito Constitucional, e sim um problema de “ignorância, negligência, imprudência, imperícia ou dolo de quem, podendo e devendo propor rescisória, deixou passar *in albis* o prazo para fazê-lo”.⁵⁵¹

Mesmo a ponderação através dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade em cada caso concreto não é aceita de forma absoluta, e não pode ser utilizada para o afastamento de uma lei que não se pretende aplicar em determinada situação. Expressa ainda que não pode haver conflito entre preceitos constitucionais quando a própria Constituição o resolve e/ou dá mecanismos para a sua resolução⁵⁵². O mecanismo disponível para a resolução do conflito entre a coisa julgada imutável e sua mutabilidade seria a ação rescisória, pela utilização do Princípio da Proporcionalidade⁵⁵³.

Não podemos concordar com o argumento de que a ação rescisória seria inconstitucional e que sua incidência é garantida pelo Princípio da Proporcionalidade⁵⁵⁴, uma vez que a ação rescisória está descrita na própria Constituição como meio de impugnação da coisa julgada já formada⁵⁵⁵, portanto, é desnecessário ponderar princípios para a sua aceitação.

⁵⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 46-47.

⁵⁵⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, pp. 45-46.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁵² Art. 102, inc. I, j, da CF/88: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados".

⁵⁵³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, p. 120.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, pp. 50-51.

⁵⁵⁵ Art. 102, inc. I, j, CF/88: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados".

3.4. Críticas

Todos esses os argumentos baseiam-se na constitucionalidade da proteção dada à coisa julgada, e eventual ponderação deve ser feita apenas pela lei, com aplicação da proporcionalidade, com a admissão da ação rescisória e de outros meios legais para a rescisão do julgado⁵⁵⁶.

Apesar de esses argumentos se apresentarem contra a relativização da coisa julgada, percebemos que por vezes eles alargam o conceito de coisa julgada tradicional ou ampliam outros conceitos já estratificados na doutrina, como nos argumentos: dos vícios transrescisórios, em que a rescisória é aceita quando há declaração de inconstitucionalidade da norma em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, e da cidadania processual, que defende a reapreciação do julgado em investigação de paternidade na existência de novas provas. Nestes exemplos notamos a modificação de conceitos há muito utilizados pela doutrina, como as hipóteses de cabimento da ação rescisória e da coisa julgada *secundum eventum litis*⁵⁵⁷.

O argumento da cidadania processual, quando inclui nas "hipóteses excepcionálísimas",⁵⁵⁸ que permitiriam a relativização da coisa julgada, as sentenças injustas e imorais, fica claro que tudo pode ser incluído quando o parâmetro da justiça, ou injustiça da decisão, e o parâmetro parece ser utilizado pela dificuldade de sua definição. Isso, apesar ser informada a necessidade de parâmetros objetivos para to⁵⁵⁹.

No argumento da incerteza da justiça em segunda decisão, quando modifica tanto o conceito de documento novo, descrito no rol da ação rescisória, para abranger o exame de DNA, como o termo inicial do prazo da ação rescisória para a ciência do interessado sobre a existência da nova técnica⁵⁶⁰.

Apesar de alguns argumentos contra a relativização da coisa julgada ampliarem conceitos, outros os restringem para afunilar as possibilidades de modificação legal da coisa julgada, como, por exemplo, o argumento dos vícios transrescisórios, que afirma serem cabíveis os embargos de execução, apenas nos casos posteriores ao advento da Medida

⁵⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 399-400.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 400.

⁵⁵⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 32.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp.67-69.

Provisória que os delimitam ⁵⁶¹, porém consideramos difícil vedar a utilização deste recurso nos casos de execuções em andamento, dentro de seu prazo.

Outra restrição apresentada pelo argumento acima é a utilização da perspectiva do magistrado para a resolução do problema, supondo que a apreciação da coisa julgada deveria ocorrer apenas em fase preliminar, antes das questões de mérito, nas quais estaria a justiça da decisão⁵⁶². Porém, defendemos que o mérito pode ser apreciado inclusive no caso da ação rescisória e dos embargos à execução, o que acarretaria a quebra da coisa julgada após a apreciação preliminar.

Consideramos incoerente o argumento da proporcionalidade afirmar que a ação rescisória é inconstitucional e só pode ser utilizada dentro de seus limites expressos se for utilizado o Princípio da Proporcionalidade⁵⁶³, porque a própria Constituição faz-lhe referência, dando força constitucional a este meio processual constitucional.

Percebemos restritivo também o argumento do controle concreto quando afirma que a decisão do Supremo sobre a inconstitucionalidade de determinada lei não pode anular a coisa julgada⁵⁶⁴ por ser mero componente de pressão para eventual rescisão do magistrado⁵⁶⁵.

Acreditamos que esta conclusão advém da ausência de um efetivo estudo sobre a ligação da inconstitucionalidade com o efeito da nulidade ou da anulabilidade. Além disso, seria inadequado existir uma ação de nulidade imprescritível que não possua qualquer efeito prático no caso concreto⁵⁶⁶; isso apesar do efeito *ex tunc* não ter sido dado à coisa julgada e esta ser um limite à declaração de inconstitucionalidade em via abstrata⁵⁶⁷; porém, o zelo do Supremo Tribunal Federal com a Constituição não deve significar, por outro lado a desconsideração da coisa julgada material⁵⁶⁸.

Para a resolução do problema, devem ser feitas ponderações acerca dos efeitos da inconstitucionalidade.

⁵⁶¹ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, pp. 224-226.

⁵⁶² SILVA, Ovídio *Op. cit.*, 2004, pp. 225-226.

⁵⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁵⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 151-152.

⁵⁶⁵ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, pp. 108-110.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 59-61.

⁵⁶⁸ Art. 27 da Lei 9868/99: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Tradicionalmente, no Brasil, entendemos que o vício da inconstitucionalidade de lei, quando declarado, possui como efeito a sua anulação, porque o sistema deve ser puro e havendo declaração no Supremo no sentido da inconstitucionalidade, a esta lei não pode ser atribuída qualquer eficácia⁵⁶⁹.

O fundamento para tal alegação é que o Princípio da nulidade possui sede constitucional, inclusive porque, quando a norma constitucional permite que qualquer membro do Poder Judiciário faça o controle de constitucionalidade⁵⁷⁰, esta presume que a lei inconstitucional seja nula, sendo desnecessário que o Supremo declare essa inconstitucionalidade para seu afastamento no caso concreto⁵⁷¹.

Apesar disso, esta tese da nulidade não pode ser aceita sem qualquer ressalva, pois o Supremo pode ter motivos, mesmo políticos e sociais, para não declarar determinada lei inconstitucional, pelo fato de a inconstitucionalidade ser, em determinados casos, menos danosa ao sistema jurídico que a ausência de norma para regular a situação concreta⁵⁷². Essa necessidade foi regulamentada pela Lei 9868, de 11 de novembro de 1999, que permitiu ao nosso Tribunal Constitucional determinar a data do início da inconstitucionalidade aferida à norma⁵⁷³.

Além disso, nosso sistema não impede: 1) a declaração de nulidade parcial sem redução do texto da lei, quando apenas algumas situações da aplicação da norma são inconstitucionais; 2) a declaração de constitucionalidade, porém com interpretação conforme a Constituição, sendo fixado o sentido da norma para sua validade; ou 3) os casos em que a inconstitucionalidade é declarada por falta de ato do Poder Legislativo, requerendo que o mesmo sane a sua mora, pois "não é possível declarar a nulidade do vazio normativo".⁵⁷⁴

⁵⁶⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 229.

⁵⁷⁰ Cf. CF/88, art 97: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público" e art. 102, III, a, b e c: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em última ou única instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição".

⁵⁷¹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, pp. 229-230.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 230.

⁵⁷³ Lei 9868 de 11/11/99, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica e a de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado".

⁵⁷⁴ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, pp. 231-234.

Tais impedimentos não são sequer citados pelos argumentos, apesar de serem complicantes que devem ser ponderadas na eventual declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei que afetará as sentenças transitadas em julgado.

Assim, as teses contra a relativização não resolvem o problema dos efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei na sentença transitada em julgado, sendo as conclusões pré-concebidas, sem que haja - da mesma forma como ocorre com as teses pró-relativização quando tratam de existência, validade e eficácia - o indispensável aprofundamento teórico que fundamentaria as conclusões apresentadas.

Outro problema está nas concepções que não tratam do conceito de coisa julgada e não se preocupam com uma sistematização profunda do assunto. Estas, em síntese, trazem argumentos contra as teses pró-relativização apresentadas, limitando a discussão no casuísmo e na problemática exposta anteriormente, já apreciada e considerada insuficiente para resolução do debate teórico.

3.5. Aspectos positivos

Apesar dos pontos negativos apresentados, encontramos vários pontos positivos nos argumentos contra e a favor da relativização da coisa julgada.

Inicialmente, são importantes as considerações dos argumentos pró-relativização sobre a necessária ponderação da justiça⁵⁷⁵, inclusive por este valor ser querido por todos. Normalmente, na busca desse valor maior que encontramos as impropriedades das teses, pois este justificaria as “medidas extraordinárias” adotadas⁵⁷⁶. Além da impropriedade de o juiz executar a coisa julgada inconstitucional ou de não apreciar casos de flagrante inconstitucionalidade.⁵⁷⁷

Citamos também a intenção dessas teses em encarar a relativização da coisa julgada apenas excepcionalmente⁵⁷⁸, discordando com soluções dadas apenas em favor do Estado, vendo com preocupação esta prática dos Tribunais e defendendo a necessária igualdade na

⁵⁷⁵ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 96, sendo a forma admitida pela apreciação dos Princípios da instrumentalidade e da economia.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp. 96-97.

⁵⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 24-25.

flexibilização dos julgados, sempre em nome da justiça e legitimidade das decisões em detrimento da certeza e da segurança⁵⁷⁹.

Interessante a defesa de o Princípio da Legalidade não se trata da exata aplicação da lei no caso concreto, e sim desta aplicação com a necessária utilização de princípios, doutrina, jurisprudência, etc., pois o juiz deve decidir com base no sistema jurídico como um todo⁵⁸⁰, com uma postura clara a favor da interpretação das normas jurídicas, dentro de parâmetros pré-determinados.

A necessidade de criação de normas para que o problema da coisa julgada inconstitucional seja sanado também nos é atraente, assim podemos considerar certos argumentos e idéias como *lege ferenda*, que requerem a criação de um “micro-sistema diferenciado” para certas situações.⁵⁸¹

A utilização da visão clássica acerca da nulidade do ato inconstitucional também é acertada, pois a pretensão de rompimento com a tese tradicional implicaria em motivação e fundamentação. Isso, apesar de, na utilização da tese da nulidade, não se ponderar sobre a possibilidade de determinação do termo inicial para a eficácia dessa nulidade e sobre a constitucionalidade da proteção dada à coisa julgada⁵⁸².

Além disso, percebemos a real problemática de que, apesar da eficácia *ex tunc* dada a essa possível declaração da inconstitucionalidade, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da coisa julgada devem ser determinados em cada caso concreto, porque, mesmo se o Supremo declarar uma inconstitucionalidade em relação à lei ressaltando a coisa julgada, esta decisão não atingiria as situações não sentenciadas mas já formadas no passado⁵⁸³, o que seria complicado pelo Princípio Republicano proteger a segurança jurídica, conforme o Preâmbulo da Constituição Federal.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 41-43.

⁵⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, 2003, pp. 174-175.

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 188 e 195-196.

⁵⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 84 e NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, pp. 10-12.

⁵⁸³ Lei 9868/99, art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁵⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, pp. 103-107, usam como exemplo a eficácia sempre *ex nunc* em relação a decisões sobre o Direito tributário.

Outra interessante posição de algumas teses está na preservação do prazo da rescisória, mesmo com o cabimento da ação anulatória sem a observação de qualquer prazo⁵⁸⁵.

Também não podemos esquecer que a ação rescisória é utilizada tanto para a flexibilização dos casos de sentença ilegal como para os de sentença inconstitucional, pelo mesmo mecanismo, mesmo prazo para as duas hipóteses, o que não seria ideal⁵⁸⁶.

Além disso, o argumento da ampliação das hipóteses de sentenças que não passam em julgado, considera que o rol da rescisória não trata de sentenças nulas ou inexistentes e sim de sentenças rescindíveis⁵⁸⁷, salientando que "o que não existe não pode ser rescindido", não sendo cabível a ação rescisória nos casos de sentenças inexistentes e nulas; fazendo uma interessante divisão entre sentenças inatacáveis, nulas e rescindíveis.

Sobre os aspectos positivos dos argumentos contra a relativização da coisa julgada, inicialmente temos a idéia de que se a regra constitucional for entendida fazendo referência apenas ao legislador, a coisa julgada deixaria de existir, pois essa norma permitiria a mutabilidade da sentença de mérito por qualquer outro modo⁵⁸⁸, o que seria absurdo.

Além disso, apesar de a justiça ser considerada importante, fala-se da inconsistência de seu conceito, que não é determinado sequer pelas teses pró-relativização, o que impediria a aceitação do argumento do homem comum e do consenso geral.⁵⁸⁹

Fica-nos claro que a coisa julgada produz injustiças, pois faz um corte na discussão judicial, que, de qualquer forma, não pode garantir a justiça absoluta⁵⁹⁰. Assim, o fundamento de sentença injusta não seria suficiente para retirar sua validade, pois a sentença não é apenas uma lei, sendo problemático utilizar o mesmo parâmetro para as leis e para a sentença passada em julgado.⁵⁹¹

Além disso, concordamos que a coisa julgada difere do direito, o qual seria apenas o objeto da decisão jurisdicional, assim a harmonização dos direitos deve ocorrer na decisão de cada caso, pois a decisão não pode ser contraposta a um direito concreto, o que instituiria um sistema aberto e inseguro⁵⁹².

⁵⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Op. cit.*, 2003, pp. 208 e 238-239.

⁵⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 93.

⁵⁸⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. *Op. cit.*

⁵⁸⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Op. cit.*, p. 100.

⁵⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, p. 71.

⁵⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2004, p. 215.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 58-59.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 70.

Afastando a utilização do critério justiça pela falta de sua conceituação clara nos argumentos apresentados, não podemos defender a relativização da coisa julgada sem que existam, para tanto, critérios objetivos⁵⁹³, que devem ser preferencialmente legislados⁵⁹⁴, pois para equacionar este problema as eventuais hipóteses de não formação da coisa julgada devem ficar claras⁵⁹⁵, por meio da regulação legal⁵⁹⁶.

Uma opção do nosso trabalho é não afastar o casuísmo, o que também é afirmado por essas teses que se impõem trabalhar com a coisa julgada de forma abstrata, pela impossibilidade de discutir todo o arcabouço de casos concretos, o que levaria a perda da "dimensão estática e formal".

Sobre o cabimento de recursos, concordamos com a idéia que, se a intangibilidade fosse afastada no caso de sentença injusta, esta não poderia ser reafirmada na segunda sentença definitiva, o que acarretaria um possível segundo ataque à coisa julgada, pois não haveria fundamento para manter a intangibilidade da segunda coisa julgada e, no dia seguinte à publicação da segunda decisão, impedir o sucumbente de propor nova medida para sua desconstituição⁵⁹⁷. Isso porque o juiz não pode simplesmente desconsiderar o anteriormente julgado sem sua rescisão, pela sua intangibilidade⁵⁹⁸, além do que, a existência de prazo para a desconstituição da sentença é requisito indispensável à própria jurisdição, pela imprescindibilidade da regulamentação legal para que casos excepcionais tenham tratamento diferenciado⁵⁹⁹.

Realmente, o ato inexistente é incapaz de produzir efeitos, já o ato inválido pode produzi-los, devendo ser desfeito, e o ato irregular que possui vício não essencial sequer precisar de modificação, pois só o vício essencial deve ser invalidado. Sobre nulidade e anulabilidade, a primeira deve ser decretada de ofício, e a relativa, deve ocorrer em resposta a requerimento da parte, dentro dos prazos recursais, com possível preclusão em ambos os casos⁶⁰⁰.

⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 55-56.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pp.67-69.

⁵⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, pp. 208-210.

⁵⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Op. cit.*, 2004, pp. 227-228.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 30.

⁵⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 66-67.

⁶⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, pp. 211-213.

Apesar de aceitarmos a possibilidade de ocorrer sentença inexistente, seu rol precisa ser determinado especificamente, por esta dispensar rescisão e pelo rol da rescisória não a abranger.

Importante também a idéia de que a sentença impassível de recurso faz “inexoravelmente” coisa julgada e que, na existência de casos identificados pela doutrina como merecedores de tratamento diferente, estes devem ser instituídos por lei⁶⁰¹.

A coisa julgada é um direito fundamental, não uma simples regra de caráter processual, e sua proteção deve ocorrer na forma do direito fundamental da segurança jurídica, que determina a existência de um mínimo de previsibilidade dos atos estatais e de efetiva prestação jurisdicional. Na sentença temos o próprio Estado dizendo o que deve ser seguido e se este não garantir a coisa julgada, nunca teremos com definitividade a efetivação dos direitos do cidadão e a pretendida segurança jurídica.⁶⁰²

Enfim, essas observações são as consideradas pertinentes para uma reflexão sobre a problemática da coisa julgada inconstitucional, porém essas idéias esparsas, quando unidas, não podem formar uma tese sobre a possibilidade ou não de relativização. Diante disso, utilizaremos os fundamentos últimos dos dois blocos de argumentos, que são a justiça e a segurança jurídica, na tentativa de encontrarmos uma base firme para um posicionamento sobre o problema.

A opção por estes dois elementos foi feita pela justiça embasar todas as teses pró-relativização, pela segurança jurídica ser o grande valor protegido pelas teses contra a relativização da coisa julgada, e pela importância destes institutos dentro de qualquer estudo jurídico, pois o direito busca a concretização desses dois elementos antagônicos.

⁶⁰¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁰² GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, pp.148-150.

CAPÍTULO 4 – JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

Podemos dizer que realmente a discussão da coisa julgada inconstitucional não está simplesmente no âmbito de manter ou relativizar as sentenças de mérito, mas sim, no choque entre os valores da justiça e da segurança, que são os elementos fundamentais dos argumentos pró e contra a relativização da coisa julgada, respectivamente.

A justiça, no caso concreto, é a base de todas as teses pró-relativização e, conforme estas, a sentença inconstitucional ou injusta não prevaleceria se desrespeitasse esse bem maior, independentemente dos argumentos utilizados para esta formulação básica, pois seria inaceitável que uma decisão seja protegida se, apesar de segura, possuir o vício da injustiça.

Em choque com esta busca à justiça, temos a segurança jurídica como fundamento dos argumentos contra a relativização da coisa julgada, os quais entendem que o sistema jurídico pressupõe um corte na discussão de qualquer lide, não importando a justiça desta decisão definitiva, pois a legitimidade da decisão estaria em seguir o procedimento determinado para cada caso.

Dessa forma, há necessidade de determinarmos um conceito para a justiça e para a segurança jurídica e ponderarmos se algum desles é suficiente para validar a modificação ou a manutenção das sentenças transitadas em julgado.

4.1. Justiça

Todas as concepções pró-relativização da coisa julgada baseiam-se na justiça e apontam para uma maior aproximação do Direito Processual com o “Direito justo”⁶⁰³, porque, ao sentenciar, o Judiciário, atuando como Estado, possui a função ativa de busca da justiça⁶⁰⁴, pois hoje o “processo civil de resultados” pressupõe a justiça das decisões⁶⁰⁵. Portanto, resultados estáveis advindos do processo só poderiam ocorrer sem prejuízo da justiça que este

⁶⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 91.

⁶⁰⁴ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, pp. 33-34.

⁶⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, p.13.

deve garantir, pela primazia do conteúdo de justiça das decisões, conforme o determinado pela Constituição atual quando esta refere-se ao acesso à justiça⁶⁰⁶.

Esses argumentos ressaltam o problema da falta de trabalhos acerca da coisa julgada, em virtude de sua pretensa intangibilidade, inclusive, atualmente, há maior discussão sobre o tema, motivada pela nova doutrina que entende a possibilidade de relativização da coisa julgada, sem sua eliminação do sistema jurídico⁶⁰⁷. Este processo inovador é chamado de "racional e justo"⁶⁰⁸ e a manutenção da autoridade da coisa julgada é considerada uma forma de "perenizar injustiças, com a insólita negação do direito material"⁶⁰⁹, pois resultados estáveis advindos do processo só poderiam ocorrer sem prejuízo da justiça que o mesmo deve garantir.

Há consideração a respeito de o procedimento infra-constitucional brasileiro ser muito rigoroso, não permitindo repetição de qualquer ato processual, pela força da coisa julgada formal e material e pelas preclusões. Esta alusão é feita com o intuito de criticar a proteção vista como exagerada dos institutos em estudo e defende uma ponderação do critério segurança, pela primazia do conteúdo de justiça das decisões, conforme a Constituição atual⁶¹⁰.

Mesmo a concepção que nega o conflito constitucional entre a imutabilidade da coisa julgada e a justiça, por considerá-lo apenas aparente, demonstra preferência pela preponderância do justo ao defender que sob a discussão entre segurança e justiça pretende-se proteger apenas a segurança em detrimento da justiça⁶¹¹.

Para a concepção pró-relativização da coisa julgada que se baseia nos Princípios da Moralidade e da Legalidade, até a lei deve subordinar-se à moralidade⁶¹², por meio da "descoberta do justo pela razão"⁶¹³, pois a ponderação dos princípios seria a ferramenta da busca do justo.

Assim, os argumentos a favor da relativização da coisa julgada entendem não haver espaço na atualidade para uma ciência do direito pura, sendo necessária a ponderação da

⁶⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, p. 12. Cf. inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁶⁰⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Op. cit.*, 2003, p. 1-2.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁶¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, p.12. Cf. inc. XXXV, do art. 5º, da CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁶¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 73.

⁶¹² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 30.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 31.

justiça como motivo último do direito e como fundamento das teses sobre a coisa julgada inconstitucional. Essas idéias são muito bem demonstradas na famosa frase "não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas".⁶¹⁴

Portanto, considerando a justiça como elemento em comum nas teses pró-relativização, cabe aqui um estudo da mesma.

É importante mencionar a tradicional vinculação entre o direito e a justiça, pois a maioria das pessoas, ou o homem comum, entende que o direito deve ser a ferramenta para a prevalência da justiça, e "a aplicação do direito torna-se, ideologicamente, sinônimo de decisão justa".⁶¹⁵

O problema de determinarmos a relação entre o direito e a justiça é que, apesar do assunto ser muito debatido, não há uma concepção única a seu respeito, havendo vários significados do que é o justo.

Podemos vislumbrar, em relação a esta variedade de significações, os seguintes casos: os que defendem uma justiça absoluta, na qual determinados valores devem ser sempre utilizados para o alcance das decisões corretas, pois pressupõe serem estes valores anteriores ao próprio homem, como no exemplo do Direito Natural⁶¹⁶; os favoráveis ao historicismo, que defendem que determinados valores normalmente utilizados pela maioria dos membros de uma sociedade devem ser o critério para a determinação do justo⁶¹⁷; e os relativistas, que entendem não haver uma definição fixa para o conteúdo da justiça, pois as pessoas e mesmo os grupos em que as mesmas estão inseridas possuem tábua de valores específica e diversificada⁶¹⁸.

⁶¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, p.13.

⁶¹⁵ Referências em DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 120-121.

⁶¹⁶ Referências em ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 444 e DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 122.

⁶¹⁷ Um exemplo está na obra de DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, na qual se preconiza a vinculação moral do juiz que deve seguir critérios determinados para se alcançar a justiça, pois existe uma resposta certa, havendo sistema de princípios determinados socialmente independente de o sistema explicitá-los, pp. 257-258.

⁶¹⁸ Um exemplo dessa concepção está na obra de KELSEN, Hans. *Op. cit.*, em que o autor, em capítulo intitulado "relatividade do valor moral", diz não haver moral absoluta, pois para se considerar a validade do sistema vinculada à observação de determinada regra moral, esta deveria ser justa em todos os sistemas existentes, além do que determinado valor não pode ser aplicado sempre, em todas as circunstâncias, tendo o direito valor apenas jurídico, pp. 72-76.

Sobre a primeira teoria citada, a da justiça absoluta, existe a dificuldade em definirmos o que seria o justo natural, pois a percepção humana é imperfeita para tanto, e para que alguma ordem esteja instalada é imprescindível a intervenção estatal⁶¹⁹.

Por outro lado, as outras duas teorias citadas consideram que a justiça depende do tempo, do espaço e do fator social, o que acarreta grande dificuldade de determinação dos seus valores corretos, em razão da existência de várias concepções da justiça, ou de critérios do justo, tornando-o paradoxal. Isso ocorre mesmo na tradicional concepção de "dar a cada um o que é seu", ou mesmo nas idéias de justiça como "virtude" e virtude como "o meio-termo", pois essas perspectivas implicam na aceitação do pressuposto da igualdade exigido pelas mesmas, as quais têm foco na idéia de tratar os iguais de forma igual e os diferentes de forma diferente⁶²⁰, como o preconizado na Revolução Francesa. Assim, o justo é entendido como sinônimo da igualdade⁶²¹.

Porém, não são apresentados critérios para a determinação de quando ocorre a igualdade e quando ocorre a desigualdade, ou como fixar a medida desta desigualdade, o que resulta em teorias sem critérios objetivos para sua aplicabilidade prática⁶²². Isso ocorre porque a igualdade só pode ser estabelecida quando apreciada em relação a um dado aspecto como: idade, sexo, cor, etc. sendo impossível delimitar a igualdade ou a desigualdade de dois parâmetros em caráter geral. Assim, se utilizarmos a igualdade como critério para a determinação do justo, a noção de justiça passará a ser restrita a indivíduos pertencentes à mesma classe social e apenas aos grandes proprietários seria permitido o gozo, com amplitude, de sua liberdade e de sua propriedade⁶²³.

Essa dificuldade de conceituar justiça ou mesmo de optar sem reservas por uma das teorias expostas, conduziu a uma busca de parâmetros para a obtenção desses critérios justos por meio da chamada justiça procedimental.

Um exemplo de teoria procedimental está em Rawls⁶²⁴, que defende a utilização de critérios de base para a definição do justo para a sociedade. Essa teoria admite que

⁶¹⁹ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 444.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 444 e DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 123-125.

⁶²¹ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 445.

⁶²² DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 125-126.

⁶²³ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 445 e BARROS, Sérgio Resende de Barros. **Direitos humanos**, disponível na Internet, no site <www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=31>, acesso em 20/10/2005.

⁶²⁴ Teoria da justiça como equidade ou teoria procedimental pura cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

normalmente ocorre a ponderação acerca do justo apenas quando há disputa concreta sobre seu conteúdo. Neste caso cada uma das posições, apesar de divergentes, possuem uma concepção de justiça⁶²⁵, porque os indivíduos em discussão estão vinculados à sua posição dentro da disputa para determinar o justo, havendo parcialidade.

Para superar essa problemática, essa teoria tem a pretensão de traçar uma concepção de justiça, chamada justiça como equidade, que generaliza a discussão e a coloca dentro de parâmetros contratuais, para uma unificação das decisões justas, mesmo quando ponderadas pelos interessados na divergência concreta⁶²⁶.

Para tanto, supõe que, numa situação hipotética de liberdade equitativa, as pessoas que determinarão os princípios dessa concepção de justiça não conhecem seu lugar dentro da sociedade, suas posses, seus dotes, suas características físicas, inteligência, força, etc. É claro que nisto há problemas pela impossibilidade de qualquer pessoa ser totalmente desvinculada de sua situação particular de existência, porém essa liberdade e essa igualdade iniciais pressupostas deveriam ser aceitas voluntariamente como obrigações auto-impostas e autônomas⁶²⁷.

É óbvio que apresentar a idéia de indivíduos cobertos por um "véu de ignorância" é situação puramente hipotética⁶²⁸, porém para quem busca princípios para a determinação do justo, essa situação seria um "guia natural para a intuição".⁶²⁹

Devemos, inclusive, considerar que não apenas as características pessoais dos que pretendem encontrar esses princípios são desconhecidas dos mesmos, mas também a geração a que pertencem, assim como qualquer outra situação particular, como o nível de civilização e cultura de sua sociedade, não se sabendo como o determinado irá afetar o caso particular de cada um. Apesar de haver total amplitude para a informação genérica, a única situação particular conhecida seria a de que a sociedade desses indivíduos estará sujeita às circunstâncias da justiça a serem determinadas e as partes não possuirão meios para, posteriormente, negociarem o sentido do prefixado⁶³⁰.

⁶²⁵ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 5.

⁶²⁶ *Ibidem.*, p. 12-15.

⁶²⁷ *Ibidem.*, p. 13.

⁶²⁸ *Ibidem.*, p. 130.

⁶²⁹ *Ibidem.*, p. 149.

⁶³⁰ *Ibidem.*, pp. 146-150.

Haveria, portanto, a possibilidade de pessoas racionais pactuarem uma sociedade, em uma posição inicial de igualdade, para escolherem as cláusulas de sua associação, com alternativas abertas às pessoas, optando por uma concepção de justiça⁶³¹.

Porém, há algumas restrições formais traçadas pela teoria da justiça como equidade para a busca do conceito de justo, quais sejam: os princípios formulados devem ser gerais, devem ser universais em sua aplicação, devem possuir publicidade e impor uma ordenação em caso de haver situações conflitantes, além de possuir caráter terminativo, o que significa que havendo conclusão sobre certo tema a questão estaria decidida.

Esta teoria pressupõe que, pelas condições da posição original de ignorância, haveria logicamente a eliminação do egoísmo, mas se o mesmo não fosse assim afastado, isso deveria acontecer pela instituição de mais um critério a ser seguido para a elaboração dos referidos princípios, pelo fato de o egoísmo não ser compatível com o ponto de vista moral "intuitivo" necessário na busca desses princípios justos⁶³².

Nessa hipótese da posição original sob o "véu da ignorância", esses princípios escolhidos seriam idênticos aos que correspondem aos nossos juízos ponderados, e os princípios traçados pela teoria para alcançar a justiça seriam os seguintes: 1) "cada pessoa deve ter o direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras"; e, 2) "as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos".⁶³³

Esses princípios devem ser pensados em série, possuindo, o primeiro, prioridade em relação ao segundo e, dentro do segundo princípio, a superioridade do (a), ou princípio da diferença, devendo os mais "desvantajados" serem beneficiados dentro do limite do princípio da economia, sobre (b), ou seja, sobre o princípio da igualdade de chances para todos⁶³⁴.

O problema principal dessa teoria é que seus princípios são abstratos e não possuem muita utilidade para a resolução concreta de questões, além de não serem neutros por exprimirem a ideologia dos regimes capitalistas⁶³⁵. A própria teoria admite a possibilidade de

⁶³¹ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 128.

⁶³² *Ibidem*, pp. 140-146.

⁶³³ *Ibidem*, p. 64.

⁶³⁴ ARNAUD, André-Jean *et al. Op. cit.*, p. 447 e RAWLS, John. *Op. cit.*, pp. 65-66 e 95.

⁶³⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 126-127.

superação dos princípios apresentados⁶³⁶ e permite interpretações diversas, sendo as suas ambigüidades uma boa forma de demonstrarmos as tensões acerca do conteúdo do conceito justiça⁶³⁷.

O conhecimento da realidade do mundo e a existência da discriminação e de outros problemas sociais e políticos fazem com que a teoria acabe por apregoar a manutenção do que é explícito, mesmo no caso de o *evidentemente justo* advir da dominação ideológica.

Essa situação de dar os direitos, ou a justiça, apenas para as classes dominantes remete-nos à ideologia, o que fica claro com o exemplo de optar pela ampla liberdade e propriedade quando da feitura do juízo inicial hipotético, o que seria facilmente aceitável. Porém, esses valores considerados como evidentemente importantes individualmente, culminaram, quando positivados no século XIX, com o Capitalismo Selvagem. Notamos que a própria necessidade de direitos categoriais, em forma de superação da Questão Social, promovida em face desse Capitalismo Selvagem, vem permitir uma intervenção estatal em relações inter-pessoais, principalmente entre empregado e dono de fábrica, pela impossibilidade da realização da justiça pretendida exclusivamente por meio da igualdade e da propriedade⁶³⁸.

A crença na Justiça ou no dever existe e seus valores são evidentes por fazerem parte de uma ideologia que pretende manter e reproduzir os meios de produção existentes na sociedade capitalista, porque a verdade e o justo de cada indivíduo são valores que, tomados ou não como absolutos, podem ser chamados de "concepções de mundo" de cada um. Exemplos desses posicionamentos estão em "acreditarmos na Justiça", ou em determinada religião⁶³⁹.

Se determinados valores são evidentes, nesse contexto, e as representações que o homem faz de sua situação real de existência é uma forma de manutenção da sociedade de classes e da estagnação social, a instauração do mecanismo ideológico conceitual não permite que o comportamento material do indivíduo seja liberto da influência ideológica, pois o determinado, mesmo em posição inicial de ignorância, será feito conforme esses conceitos já tidos como corretos individualmente, independente da classe social desse indivíduo⁶⁴⁰.

⁶³⁶ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 132.

⁶³⁷ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 447.

⁶³⁸ BARROS, Sérgio Resende de Barros. *Op. cit.*, acesso em 20/10/2005.

⁶³⁹ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*, p. 126.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 126-127 e 129.

Assim, por essas observações, não encontramos uma teoria da justiça, mesmo procedimental, aplicável aos casos concretos, baseada em critérios objetivos claros e estruturada para tanto. Portanto, a idéia de justiça que mais se aproximaria da realidade atual, tanto social como jurídico-política, está na concepção de justiça como aporia de Derrida⁶⁴¹.

Essa teoria, que relaciona a justiça com o desconstrutivismo, inicia seu raciocínio afirmando não haver um critério objetivo para a distinção entre direito e justiça. Entende não existir o direito sem força e esta deve ser entendida tanto como violência como autoridade justificada. O desconstrutivismo, neste sentido, tende a trabalhar com a idéia de justiça, trazendo à tona paradoxos para desestabilizar e complicar seu conceito e outros a este relativos, abordando o tema, senão de modo direto, de forma "oblíqua"⁶⁴².

Assim, entende que a justiça não é, necessariamente, o mesmo que o direito ou que a lei, o que podem ser expressos pela máxima: "es justo que lo que es justo sea seguido, es necesario que lo que es más fuerte sea seguido", e que o justo necessariamente será seguido se efetivamente for mais forte, apesar de o justo dever ser seguido. Concluí que o justo sem a força não possui potência, portanto, não se realiza, pois, idealmente, a justiça tem que ser forte e, vice-versa, a força tem que ser justa, mas deve-se considerar a impossibilidade de tanto⁶⁴³.

Distinguindo as leis da justiça como reivindicação e crença, demonstra a teoria que as leis não são seguidas por serem justas e sim por terem autoridade, e a crença nas leis seria seu único fundamento, o fundamento místico de sua autoridade, porque o próprio fundar o direito é um golpe de força, de "violência realizativa". Desse modo não cabe a ponderação acerca de sua justiça ou injustiça, pois há um silêncio em relação ao ato considerado como o fundamento místico da autoridade. Assim, a lei deve, ao ser imposta, apoiar-se em si mesma, por ser uma violência sem fundamento, em que não cabem discussões sobre sua justiça⁶⁴⁴.

Sobre o direito, este é essencialmente desconstruível e pode, em todo o tempo, ser considerado em descompasso com o esperado, por meio de interpretações e transformações sociais, etc. Porém, essa situação não deve ser encarada como ruim, porque permite a modificação do direito e se tratar da "oportunidade política de todo progreso histórico"⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Desconstrutivismo e justiça como aporia cf. DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley**: el fundamento místico de da autoridad. España: Editorial Tecnos, 2002.

⁶⁴² Ibidem, pp. 13-21 e 25.

⁶⁴³ Ibidem, pp. 25-28.

⁶⁴⁴ Ibidem, pp. 30-34.

⁶⁴⁵ Ibidem, pp. 35.

Nesse contexto, a justiça está além do direito, ela não é desconstruível, porque a própria desconstrução é a justiça, afirmação da qual podemos retirar três proposições: 1) a desconstrutibilidade do direito permite a desconstrução, 2) assim como o permite a indeseconstrutibilidade da justiça, 3) havendo, por consequência, entre a desconstrutibilidade do direito e a indeseconstrutibilidade da justiça, a desconstrução como “experiência do impossível”⁶⁴⁶.

Isso significa que, através da justiça, olhamos o direito e o desconstruímos, pensando em uma forma mais justa de determinar certa situação já normatizada. Ocorre que essa experiência não pode ocorrer de forma plena, pois a justiça é uma aporia, é mística, a "justicia es una experiencia de lo imposible", é incalculável. Além disso, existe a necessária diferença entre justiça e direito, pois este soluciona casos concretos, e a experiência da justiça, nestes casos, jamais pode ser expressa por uma regra, pois a mesma é uma direção, ela diz sobre o direito.⁶⁴⁷

Essa teoria não diz que a decisão do direito conduz necessariamente a uma injustiça, e não pretende frustrar a tentativa de buscar a justiça no direito, apesar de nele esta nunca ser alcançada. Essa ocorrência se dá pela incompreensão da justiça infinita e mística, sem ceticismo, mas com a majoração da responsabilidade pela desconstrução, pois é a busca da justiça que incita revoluções e modificações jurídicas⁶⁴⁸, em uma "inestabilidad privilegiada" entre o direito e a justiça⁶⁴⁹.

Essa distinção entre direito e justiça seria simples se o direito não pretendesse ser justo e a justiça não pretendesse ver-se legislada⁶⁵⁰. Se a decisão justa é impossível, podendo ser legítima e/ou conforme o direito, o movimento de desconstrução que acomete o direito, a política e a própria história, desemboca em infinitas possibilidades de progresso. Assim, uma decisão pode ser justa quando ajustável à determinada situação e valores, pelo justo sempre estar por vir⁶⁵¹ e pela indissociabilidade entre a justiça e o direito.

⁶⁴⁶ DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, pp. 35-36.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 45-48.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p.55-56 e 62-64.

Conseqüentemente, em cada momento histórico, há uma necessária ponderação e reconsideração dos valores já pensados como caminhos para o justo, em uma contínua discussão do que está posto⁶⁵².

Entendemos essa teoria nos seguintes termos: considerando o direito posto, sempre se pode pensar em como modificá-lo para fazê-lo atingir a justiça, porém, havendo a eventual reforma no sentido proposto, o anteriormente justo deixaria de assim ser para passar a ser o direito, necessariamente imperfeito, calculável e desconstruível⁶⁵³.

Enfim, no sentido aqui proposto, o conceito de justiça não possui utilidade, por não indicar critérios objetivos para sanar o problema proposto, podendo ser usada apenas como contraponto em casos práticos.

4.2. Segurança Jurídica

A segurança jurídica é o elemento comum dos argumentos contra a relativização da coisa julgada. Percebemos essa opção pela leitura dos mesmos e pelos trechos expressivos acerca dessa opção metodológica, como, por exemplo: “A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgamento”, e o único instrumento apto para tanto é a rescisória⁶⁵⁴, por ser “pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”.⁶⁵⁵

Há afirmação sobre “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parecer ser menos grave que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização”⁶⁵⁶, e sobre “o problema sem solução existente entre facticidade e validade do direito”, a tensão entre segurança e justiça e a falta de critérios objetivos para a relativização da coisa julgada, a qual poderia levar à desconsideração da mesma e acarretar uma situação insustentável⁶⁵⁷.

⁶⁵² DERRIDA, Jacques. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁶⁵³ Podemos aqui nos referir ao texto "Diante da Lei" inserido na obra de KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Martin Claret, 2001, pp. 239-241, no qual um homem do campo espera para "entrar na lei", sendo impedido por um guarda, salientando que se o camponês passasse o portão e o primeiro sentinela, haveria outros portões e outros sentinelas impedindo-o. Da mesma forma, pode-se pensar na busca da justiça como uma série de portões, em que apesar das superações, não há o efetivo alcance do direito justo.

⁶⁵⁴ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, pp. 156.

⁶⁵⁵ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, p. 228.

⁶⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 55-56.

Situações concretas afetarem o senso de justiça de alguns não poderia ser impulsionador do "caos jurídico", mas sim de um maior aparelhamento jurídico para correção desses problemas, com a manutenção da ordem jurídica⁶⁵⁸, pois outras formas de relativização não reguladas pelo sistema atacariam a própria cidadania processual, ou a manutenção da ordem social juridicamente organizada⁶⁵⁹.

Os argumentos ressaltam que “a segurança jurídica do indivíduo, em face do Poder do Estado, é conquista da sociedade moderna que parece inexorável e intransigível”⁶⁶⁰ e a coisa julgada é indispensável ao Estado Democrático de Direito e à garantia de acesso ao Poder Judiciário, pois "de nada adianta falar de direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente"⁶⁶¹.

Defendem que a apresentação pelas teses pró-relativização de casos concretos como grandes injustiças, que devem ser resolvidas pela mitigação da coisa julgada, leva inevitavelmente à ponderação entre a justiça concreta e a segurança jurídica⁶⁶², sugerindo, portanto, que este segundo termo seja também estudado.

A segurança jurídica, em conceito inicial, seria o exercício sem qualquer perturbação dos direitos individuais com o amparo do poder público⁶⁶³, e a aplicação do direito seria isenta de ponderações sobre a moral ou a justiça de seus preceitos. Assim, seu principal objetivo é evitar "surpresas", pois sem a utilização de critérios subjetivos, como o justo, as decisões de casos concretos não poderiam ser modificadas conforme as convicções pessoais do julgador, uma vez que estas obrigatoriamente precisariam ser previsíveis⁶⁶⁴.

Por exemplo, no caso da coisa julgada inconstitucional, o importante para o respeito à segurança jurídica não está na imutabilidade da coisa julgada material, mas na impossibilidade de sua modificação sem a previsão do próprio sistema para tanto. Assim, poderiam existir um número absurdo de recursos que fossem regulamentados pelo legislador, mesmo que estes impedissem, na prática, a formação da coisa julgada. Porém, seria

⁶⁵⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 32.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Nota do organizador. In **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, p. 1.

⁶⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, pp. 57-58.

⁶⁶² PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2003, pp. 26-27.

⁶⁶³ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo positivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 266-271.

⁶⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri. **O positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138.

inaceitável, no caso concreto, a doutrina inventar um único recurso ou ação sem licença legal com a fundamentação na injustiça.

A segurança jurídica é um termo controvertido e não pode ser utilizado como único objetivo de todo o sistema, pois, apesar de não ser tão problemático como é o termo justiça, não está livre de confusão conceitual, sendo acusada pelos moralistas de ser termo positivista e pelos positivistas de ser imprestável pela impossibilidade de sua determinação e aplicação efetiva⁶⁶⁵.

Além disso, o termo deve ser entendido não como uma imposição dentro dos sistemas jurídicos e sim - por ser um termo quantitativo - como o maior ou menor grau de estabilidade de cada sistema ou a tentativa de estabilidade de cada ordenamento, que será mais ou menos estável conforme a observância do preconizado pela segurança jurídica, que pode ser realizada apenas "tendencialmente".⁶⁶⁶

Conforme Kelsen, a segurança jurídica deve ser perseguida e sua efetivação só ocorre com a observação estrita das normas postas pelos julgadores, a despeito da atual tendência à ampliação dos poderes destes⁶⁶⁷. Porém, entende que é impossível fixar uma resposta correta para as questões jurídicas, pois a correção jurídico-política de uma decisão não pode estar amparada pela lei, que dá ampla discricionariedade ao seu intérprete⁶⁶⁸.

Qualquer decisão tomada dentro de todos os significados atribuíveis a uma norma possuiria o mesmo valor e a aplicada efetivamente é apenas "uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral"⁶⁶⁹. A idéia da existência de uma única forma de interpretação é considerada "uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica", que não pode ser entendida em parâmetro tão restrito⁶⁷⁰.

Apesar disso, não podemos confundir o positivismo jurídico com a segurança jurídica, pois uma norma porosa, que permite várias interpretações, não possui qualquer taxatividade e não atende à previsibilidade necessária como requisito da segurança jurídica, não deixa de ser jurídica e, pelos parâmetros positivistas, deve ser seguida. Assim, a Teoria Pura do Direito,

⁶⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2006, p. 139.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 138.

⁶⁶⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 390-391.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, pp. 390-391.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 396.

mesmo preocupada com a aplicação da norma, não se compromete efetivamente com a segurança jurídica⁶⁷¹.

Outra concepção que aborda a segurança jurídica é a de Radbruch.

Para esta teoria, o direito possui três elementos: a utilidade, a justiça e a segurança jurídica. A justiça, apesar de preconizar a igualdade formal, apenas determina essa relação anteriormente, não se preocupando com a forma de tratamento individual advindo dessa igualdade. Assim, "o direito, enquanto ordenação da vida comum, não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões dos indivíduos, pois é necessário haver uma ordem acima de tudo e todos".⁶⁷²

A segurança jurídica, nesta teoria, também é chamada de exigência do direito – que requer a "positividade" – porque, na impossibilidade de alcançar um resultado justo, busca-se a determinação do que é o jurídico, que permite o cumprimento do estabelecido, e conceitua a positividade do direito como "o próprio pressuposto de justiça".⁶⁷³

Dos elementos apresentados, a segurança jurídica é considerada pelo autor a mais importante e a justiça e a utilidade secundárias, porque entende que a segurança jurídica deve ser aceita como a paz e a ordem necessárias, e que a subordinação à justiça ocorre na política, em suas discussões intermináveis. Tal consideração se deve à idéia de que a busca do justo pressupõe a aceitação da mesma concepção de justiça por todos. Ocorre que esta depende de posicionamentos anteriores acerca do direito e do Estado, apesar de justiça e de segurança possuírem "validade universal", por serem uma "exigência supra partidária".⁶⁷⁴

Dessa forma, as finalidades do direito - justiça, segurança e utilidade - determinada por esta concepção, apesar de se exigirem, se contradizem, havendo relativismo inclusive em relação à hierarquização das mesmas, pela tensão existente entre elas ser "irrevogável". Isso porque a justiça pressupõe igualdade, por sempre generalizar, embora esta igualdade não seja um dado real; já a utilidade pressupõe a desigualdade, como forma de adequação a determinada finalidade; e a segurança exige a positividade sem comprometimento com as intenções dos outros dois elementos, pois a positividade é fato, força combinada com o direito⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶⁷² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 106-107.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 108.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pp. 110-111.

Além disso, essa segurança faz determinadas exigências além da vigência da norma, como a segura aplicação do direito, que pressupõe a determinação de certas situações difíceis, por seu aspecto extremo, e a diferenciação clara de situações com sutis diferenças fáticas. A própria segurança deve negar a positividade quando, por exemplo, institui-se que um costume derogue uma lei e possibilite que o antijurídico seja mantido e o direito objetivo anulado, como no caso da coisa julgada, "que concede à sentença de conteúdo injusto vigência não só para este caso concreto, mas transcende, em forma de precedente à singularidade do caso concreto"⁶⁷⁶.

Uma separação das funções desses três elementos do direito é considerada impossível, porque estes dominam o último em todas as suas facetas, apesar das suas profundas contradições⁶⁷⁷. Assim, a antinomia entre os conceitos de justiça e segurança é considerada clara e não há resposta para a questão de prevalência, mesmo eventual, de um desses dois conceitos. Portanto, "a filosofia não deve proporcionar decisões, mas sim se situar diante da decisão. Não deve tornar a vida fácil, mas exatamente problematizá-la".⁶⁷⁸

Por outro lado, podemos entender a segurança jurídica vinculada ao conceito de justiça, como faz Vigo, que considera necessário, para que exista o direito, certo conteúdo de justiça nas normas positivadas, devendo a segurança jurídica ser um fator decisivo para o estabelecimento do melhor direito, o que permite que determinada norma não seja protegida pela segurança jurídica na falta de determinadas exigências que esta faz⁶⁷⁹, quais sejam: 1) "determinação geral dos direitos, deveres e permissões", que exige a positivação de modo geral e não casuístico, havendo similar apreciação de casos semelhantes; 2) "promulgação das regras jurídicas", sobre a publicidade que obriga a observação das normas jurídicas; 3) "acesso fácil e permanente ao determinado juridicamente", sendo óbice a isto a grande quantidade de normas; 4) "compreensão das determinações jurídicas", pela necessária facilidade de entendimento e poucas dúvidas sobre a incidência do positivado; 5) "estabilidade das disposições jurídicas", as quais devem estar arraigadas na conduta do cidadão, havendo necessidade de justificação para o aplicador da norma mudar sua posição; 6) "cumprimento possível e fácil das normas", que possibilita o cumprimento do que é regrado e a punição de conduta diversa; 7) "resolução dos conflitos jurídicos por terceiros

⁶⁷⁶ RADBRUCH, Gustav. *Op. cit.*, 2004, pp. 111-112.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, p. 113.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁷⁹ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo positivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 271-273.

imparciais", impedindo-se aqui o arbítrio e a possibilidade de eternização das discussões; 8) "facilidade de acesso aos juízes", por meio de, por exemplo, custas baixas; 9) "resolução dos conflitos no tempo oportuno", sendo esta uma crítica à morosidade, por comprometer o direito em discussão; 10) "possibilidade de defender pretensões ante os juízes", com exercício probatório amplo e de expressão dos motivos das partes; 11) "justificação das normas", atingindo aqui a competência dos operadores do direito e a justificação dos atos dos mesmos, inclusive do legislador; 12) "modos previstos de criação e revogação das normas", com regras de competência e de existência de explícitas formas para a introdução e a retirada da norma do sistema; 13) "eficácia das normas jurídicas", pois a não observação das normas modifica todo o sistema, devendo haver a adstrição às normas, inclusive pela sanção; 14) "existência no direito de um poder coercitivo", não podendo a ordem jurídica manter-se apenas por meio da boa vontade de seus subordinados; 15) "poder político legitimado democraticamente", sendo este o fundamento da validade do sistema, não havendo direito sem mínima aceitação de sua autoridade; 16) "tratamento jurídico igualitário", em relação a direitos e deveres, salvo necessidade de justiça material; 17) "capacidade suficiente de respostas do direito vigente", pois uma grande quantidade de lacunas permite extrema liberdade ao aplicador da norma; 18) "visão sistemática do direito vigente", determinando-se um direito único, com a consideração de suas normas e princípios; 19) "disposição do cidadão ao cumprimento de seus deveres", que vem incrementar a segurança pela observação espontânea do legislado; e 20) "existência de uma moeda estável", havendo moeda que possa exercer o papel de meio legal de pagamento.

Além dessa segurança objetiva, a subjetiva está na previsibilidade jurídica sobre a certeza de determinada resposta estatal à determinada atitude a ser tomada, com todos os membros da sociedade cientes das sanções e responsáveis para o alcance do objetivo do direito que é a própria segurança jurídica⁶⁸⁰.

O próprio autor admite que suas exigências são, por vezes, nada objetivas e de difícil sustentação simultânea, porém diz serem exigências tanto formais quanto materiais. Afirma que não há possibilidade de dizer que determinado sistema é absolutamente inseguro ou seguro, pois o critério segurança pressupõe um escalonamento, e define segurança como um

⁶⁸⁰ VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, pp. 285-286.

"valor adjetivo à justiça", pois apenas com a existência desta é que pode haver a ponderação sobre a existência da segurança jurídica⁶⁸¹.

Pérez Luño possui outra concepção acerca da segurança jurídica, pois a entende como uma necessidade humana básica, satisfeita no direito pela segurança jurídica, a qual é alcançada por meio de lutas políticas e determinada pela cultura de cada sociedade, não sendo voluntariamente dada. Essa segurança jurídica é considerada como pressuposto e função do direito, limitando-se apenas aos direitos fundamentais da ordem constitucional⁶⁸².

Uma das dificuldades na determinação do conceito de segurança jurídica estaria na imprecisão de grande parte da doutrina que pretende determiná-lo, por se entender ou que a segurança está em todo e qualquer direito, ou que esta só pode existir se também houver a justiça, pois a segurança seria uma concreção desta. Um exemplo citado dessa imprecisão é a tese de Radbruch, que defende que a condição de existência do direito é a positividade, porque aqui se compreende que, apesar de existirem sistemas inseguros, não existe nenhum que seja desprovido de normas jurídicas, o que desvincula a segurança da positividade.⁶⁸³

A segurança jurídica se manifesta para este autor de duas formas: na forma objetiva, pela regularidade das instituições e das normas do sistema em enfoque; e na forma subjetiva, pela certeza do direito, de seu conhecimento pelos seus destinatários e pela projeção de sua forma objetiva nas situações individuais, que permite uma expectativa das conseqüências em relação ao ato praticado⁶⁸⁴. Assim, determinado sistema pode ser considerado seguro tanto pelo trabalho consciente de seu Judiciário e pelas leis claras de seu Poder Legislativo, quanto pelo sentimento de segurança que isso desperta individualmente nos cidadãos, por estes terem conhecimento da lei e do funcionamento dos corpos jurídicos, com possibilidade sócio-econômica e cultural para recorrer a estes.

Uma das duas exigências básicas para haver segurança jurídica, elencadas por esta concepção, é a correção estrutural, como garantia de formulação clara das normas e regularidade das instituições pertencentes ao sistema jurídico, devendo a *lege* possuir os seguintes requisitos: 1) ser promulgada, pois lei desconhecida não poderia obrigar; 2) ser manifesta, pois a lei deve ser clara evitando a obscuridade e a ambigüidade; 3) ser plena, devendo ser produzida antes de ter incidência, permitindo a resolução dos conflitos, apesar

⁶⁸¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Op. cit.*, pp. 287-288.

⁶⁸² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, pp. 23-24 e 27.

⁶⁸³ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pp. 29-30.

das lacunas do ordenamento, resultantes de interpretação; 4) ser estrita, havendo generalidade e abstração no seu conteúdo e a observação da hierarquia legal; 5) ser prévia, impedindo sua retroatividade, prevendo os efeitos jurídicos de cada comportamento positivado; e 6) ser perpétua, ligando-se à necessária estabilidade do direito, principalmente por meio da coisa julgada e dos direitos adquiridos.

Outra exigência é a correção funcional, que compreende: o cumprimento do direito e a regular atuação dos órgãos que o aplicam, prevenindo arbitrariedades como: a não-manifestação da administração pública, quando chamada à contenda, as dilações processuais indevidas e a falta de efetiva tutela jurisdicional⁶⁸⁵.

Além disso, Pérez Luño diz que a situação atual da discussão sobre a segurança jurídica refere-se à segurança dos bens jurídicos como justiça social, pois ambas pressupõem os mesmos requisitos, como a observação dos Princípios da Legalidade, da Constitucionalidade, do Acesso à Justiça, com a submissão das autoridades aos mesmos⁶⁸⁶. Portanto, a segurança dos bens jurídicos tem como parâmetro os direitos humanos constitucionais, assim como a justiça social, que pressupõe que tanto a liberdade e a igualdade, como que os direitos sociais são protegidos constitucionalmente. Dessa forma, o objeto a ser protegido por ambos os institutos resume-se nos Direitos Humanos de uma Constituição em vigor, determinada por um Estado Democrático de Direito.

Assim, há uma aproximação entre segurança e justiça com a concreção desses dois valores no princípio da proteção dos bens jurídicos, havendo uma revisão das funções da segurança em relação: 1) à possibilidade de adotar base empírica para a segurança jurídica, por esta estar vinculada a bens jurídicos concretos como a vida, a liberdade, etc.; 2) à permissão de determinar a eficácia do sistema em relação às conseqüências desses bens jurídicos; 3) à legitimação da segurança no Estado Democrático de Direito como indispensável aos objetivos constitucionais, orientando o legislador na proteção dos bens jurídicos⁶⁸⁷.

Apesar dessas vantagens, há que serem considerados os perigos de tal raciocínio, como: 1) a imprecisão do conceito de bens jurídicos, que pode ser entendido como mera tautologia, cabendo tudo em seu conceito, não sendo aceitável, mesmo com a amplitude dos

⁶⁸⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, pp. 30-36.

⁶⁸⁶ Determinação desses princípios como necessários à segurança jurídica como previsibilidade objetiva, em DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2006, p. 141.

⁶⁸⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, pp. 71-73.

bens que merecem essa tutela, a inserção no conceito de bens jurídicos de situações subjetivas que pretendem ser tuteladas; 2) a possibilidade de esses bens jurídicos serem considerados como protetores de interesses individuais, o que faria dos mesmos instrumento dos interesses dos que estejam no poder; e 3) a possibilidade de pensar em uma posição preventiva do Estado, o qual determinaria a prevenção dos bens jurídicos em casos de hipotéticas agressões, com base em uma justiça material conceituada pelo ente estatal, por meio do cerceamento da liberdade do indivíduo, que passaria de sujeito de direitos para sujeito de obrigações ou de deveres fundamentais⁶⁸⁸.

Porém, esses problemas seriam sanados através de certas exigências, quais sejam: 1) sobre a indeterminação do conceito de bens jurídicos, propõe a utilização do termo "valores constitucionalmente proclamados por los Estados de Derecho", determinado pela hermenêutica na forma de limitação permanente desses bens jurídicos, conforme o constitucionalmente determinado; 2) sobre o individualismo da concepção de bens jurídicos, encontra a solução no Estado Social de Direito, com simultânea integração dos direitos individuais e sociais, abandonando garantias negativas para se apegar à causas positivas para efetiva liberdade e igualdade; e 3) sobre o autoritarismo do Estado, este deve ser prevenido com o pluralismo e a participação democrática, devendo qualquer medida preventiva ser conforme os direitos fundamentais, consagrados pelo Estado de Direito, aplicáveis com as garantias processuais de cada ordenamento⁶⁸⁹.

Bens ou direitos fundamentais, neste contexto, "no pueden ser lo producto de la imposición arbitraria de un grupo ideológico, sino el resultado del consenso intersubjetivo edificado sobre supuestos procedimentales imparciales y a partir del sistema de necesidades radicales humanas", o que impediria que a segurança dos bens jurídicos, ou da justiça social, se torne mecanismo de "una forma de absolutismo ético-jurídico responsable de una tiranía de valores"⁶⁹⁰.

Assim, a segurança jurídica se confunde com o conceito de justiça, sendo, por vezes, uma concepção da mesma, porém esta, apesar de não possuir critérios estáticos e uniformes nas teses contra a relativização apresentadas, permite a elaboração de preceitos de forma um pouco menos ampla que a justiça entendida como aporia.

⁶⁸⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, pp. 73-74.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, pp. 76-78.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 78.

Essa relação intrínseca dos conceitos de segurança e justiça, permite-nos pensar na segurança, não oposta à justiça e sim oposta à liberdade, porque “a liberdade e a insegurança estão em relação recíproca, uma vive da outra”.⁶⁹¹

Porém, a diferença básica entre essas duas abordagens está na constatação de que, no caso da segurança em contraposição à liberdade, o fundamento para a manutenção tanto da liberdade como da segurança, apesar serem conceitos antagônicos, corresponde a uma determinada concepção de justiça.

Diante disso, podemos pensar na contraposição liberdade e segurança a partir das assertivas que dizem, por exemplo, que “mal e sofrimento fazem parte da ordem; eles não devem ser combatidos para salvar essa ordem, sob o risco de perda da liberdade. Eles bem podem ser dignos de pena, mas não são injustos em si mesmo”, ou que “o uso da liberdade expõe o homem a acidentes dos quais ele não pode se liberar”, e essas crises são “um apelo a uma maior prudência e previdência”.⁶⁹²

Concluimos que não há como separar totalmente a segurança da justiça, e que as teorias positivistas da segurança que a determinam apenas em razão da positividade estão equivocadas, por confundirem a segurança com a positividade, apesar de a segurança não ser apenas um fato, ser também um valor, que deve ser garantido pelo Direito⁶⁹³.

Também, não concordamos com as teses sociológicas que vinculam a segurança a estruturas sociais, negando seu valor, por não conseguirem legitimar a segurança sem a utilização de critérios jurídicos e políticos, além da evidência de a segurança no ordenamento não necessariamente precisar estar ligada à legalidade⁶⁹⁴.

Dessa forma, consideramos a segurança também um conceito poroso, que não pode ser adotado para a determinação de critérios objetivos para um posicionamento em face do problema da coisa julgada inconstitucional.

⁶⁹¹ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 707.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 707.

⁶⁹³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁹⁴ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 707.

4.3. Crítica

Em conformidade com a idéia da impossibilidade de encontrar critérios para a determinação do justo, apesar deste ser não apenas o elemento em comum das teorias pró-relativização, mas o fundamento principal de todas as teorias sobre a coisa julgada, pois mesmo os argumentos contra a relativização consideram que o "justo" significa um sistema processual estável, propomos a afastabilidade deste termo, quando considerado sem qualquer critério, para a discussão da temática.

Também em relação à segurança jurídica, notamos que esta chega a se confundir com o conceito de justiça, sendo considerada, por vezes, uma concepção desta, além disso, temos a ausência de critérios estáticos e uniformes nos argumentos contra a relativização apresentados, apesar da segurança permitir a elaboração de preceitos de forma um pouco menos ampla que a justiça entendida como aporia.

Apesar do disposto, é tradicional a apreciação do problema da coisa julgada nos parâmetros da segurança e da justiça e, portanto, esse tema deve ser analisado. Porém, o principal problema da mutabilidade das sentenças transitadas em julgado nesses termos é que, na maioria das vezes, a idéia de justiça é entendida como valor e da segurança como um fato, e dessa forma está posta a discussão no debate nacional sobre a coisa julgada.

A segurança jurídica exige, mesmo com sua dimensão valorativa, uma resposta do direito ao caso concreto, conforme o sistema jurídico⁶⁹⁵. Isso deve ocorrer apesar das lacunas de lei, por meio da impossibilidade de o juiz decidir por não decidir, pois os mecanismos de preclusões, e a inércia judicial obrigam este a se pronunciar em momento oportuno.

Nas tensões axiológicas da segurança podemos notar um componente valorativo, ou seja, uma necessária relação desta com a justiça, como observamos em casos tradicionais, por exemplo, o da punição apesar do desconhecimento do direito, da impossibilidade de retroatividade da lei penal, da coisa julgada, etc.

Sobre a coisa julgada, esta dá valor ao processo, pois o mesmo passa de mero procedimento para uma forma de determinação da verdade, ainda que essa verdade possa fazer do branco, negro. Em consequência de suas características, a coisa julgada põe fim à discussão, impede que o processo se estenda indefinidamente e que os conflitos existentes se transformem em uma sucessão infundável de processos judiciais, porém, permite que se

⁶⁹⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 97.

estabeleçam sentenças injustas. Essa existência de decisões injustas motiva um dos problemas centrais dos estudiosos do direito que é a determinação de mecanismos que impeçam esse resultado não pretendido, e aqui apresentamos a “antítese irreduzível” do tema⁶⁹⁶.

Como resolução dessa antinomia acreditamos ser necessário fazer uma revisão do conceito de justiça formal, para considerá-la como a existência de um sistema procedimental imparcial, ou um sistema procedimental de justiça, estabelecido em um sistema normativo tanto sobre a segurança jurídica como sobre a justiça⁶⁹⁷.

Mesmo na teoria da justiça procedimental de Rawls, que legitima o resultado pela determinação de um estágio inicial de ignorância, a justiça existe pela forma como as suas premissas são alcançadas, ou seja, pelo seu procedimento, que é suposto como uma dimensão da justiça. Este raciocínio traz como consequência a idéia de que “direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais”. Dessa forma, só podemos modificar determinada ordem problemática se for possível superá-la por outra ordem melhor, ou, nas palavras do autor, “uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.⁶⁹⁸

Portanto, coisa julgada acaba por ser determinada como uma exigência não apenas da segurança, mas também da justiça, pois o que se alcançamos por meio processual é apenas a verdade jurídica, que não pode ser considerada como falsa e ou descomprometida com qualquer ideal, uma vez que a verdade que se pode alcançar por meio de um processo é uma verdade humana, que não pode ser perfeita, por prescindir de cognição e interpretar as situações e os fatos.

A diferença entre o locubrar individualmente sobre a verdade e a determinação da situação dentro de um procedimento está no fato de que o procedimento segue critérios objetivos na busca dessa verdade. Portanto “*la verdad legal es la verdad humana aquella a la que pueden llegar os hombres procediendo humanamente, con los métodos e posibilidades que son propios de la condición humana*”. Assim, eventual divergência entre a verdade real e a verdade legal advém de não se ter seguido a lógica objetiva determinada pela ação e pela lei⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 114.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, pp. 114-115.

⁶⁹⁸ RAWLS, John. *Op. cit.*, p. 4.

⁶⁹⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 116.

É importante afirmar que o processo é um conjunto de normas para um determinado fim que pode dar em qualquer solução, ou que esta solução pode possuir qualquer conteúdo, pois o processo possui uma verdade própria determinada conforme diretrizes humanas. Assim, pela elaboração dos institutos processuais no decorrer da história, estes passam a ser o melhor modo para a resolução das controvérsias, com devido respeito à liberdade e dignidade dos litigantes. Conseqüentemente, “*la purezza dei mezzi garantisce a verità del fine*”.⁷⁰⁰

Mesmo diante dessas considerações, não negamos o erro judicial, mesmo quando o procedimento é seguido, porém, isso pode ocorrer por algum fato ter sido apresentado de maneira equivocada, pois os juízes se determinam em relação às situações e fatos conforme estes se manifestam, e essa forma de apreciar a verdade, apresentada em juízo, é a que o juiz deve seguir para se portar em conformidade com o direito vigente. Nesta contradição, está a "miséria" do processo a de toda a atuação judicial⁷⁰¹.

Assim, devemos considerar a coisa julgada como correta nos limites de sua atuação, pois sua existência depende da precisão de sua relação com a verdade, apesar de a verdade processual poder se diferir da verdade individual. Porém, é uma questão de justiça proteger a paz social e a manutenção do julgado, afirmando a previsibilidade, apesar de ser *injusto* manter esta paz às expensas dos injustiçados, que poderiam ter sua situação modificada se possuíssem meio processual para tanto. Portanto, defendemos existir um "conflicto de la justicia consigo misma. La cosa juzgada es una injusticia que se admite para una realización de la justicia".⁷⁰²

Essa antinomia entre justiça e justiça - na sua concepção de segurança - é incontornável, assim como o é a realização da justiça por meio da injustiça, o que pode ser explicado pela ponderação que a história da experiência jurídica é "a lenta historia de los esfuerzos com que se intenta hacer cada vez menor la confrontación entre justicia como seguridad jurídica o justicia como verdad". Assim, "la historia de la seguridad jurídica representa la evolución de los esfuerzos de la humanidad para resolver sus injusticias de la forma menos injusta".⁷⁰³

⁷⁰⁰ CAPOGRASSI, G. *Giuduzio, processo, scienza, verità*. Vol V. Opere, Giuffrè, Milán, 1959, p. 66. *Apud* LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 116.

⁷⁰¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 117.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 117.

⁷⁰³ CAPOGRASSI, G. *Giuduzio, processo, scienza, verità*. Vol V. Opere, Giuffrè, Milán, 1959, p. 66. *Apud* *Ibidem*, p. 118.

Dessa forma, adotamos a utilização de um caráter valorativo da segurança jurídica, pois, quanto mais aprofundamento há no estudo de temas que envolvem segurança, como é o caso de coisa julgada, mais percebemos a necessidade de uma opção ética para a sua determinação, para que a valoração das normas acabe por ser mais discutida que sua positividade em si. Em consequência disso, desfaz-se o problema entre segurança e justiça⁷⁰⁴.

A justiça deve ser encarada como um valor multi-conceitual e por todos determinável, o que implica na impossibilidade de certeza quanto à sua definição. Contudo, a justiça sempre se baseia na pessoa humana e em suas necessidades, porém, não temos que considerar que a justiça possui uma dimensão geral, relacionada ao bem comum ou à virtude, e uma dimensão particular, de dar a cada um o que é seu, ou de determinar-se em relação aos bens jurídicos.

Também, entendemos a segurança em seu contexto estrutural, como formulação legal, e em seu conceito funcional, como na busca dos bens jurídicos, ou como a previsibilidade estatal.

Portanto, apesar de *“Tenemos que buscar la justicia, pero al mismo tiempo tenemos que mantener a seguridad jurídica, que no es más que un aspecto de la misma justicia, y reconstruir un Estado de Derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida de lo posible”*⁷⁰⁵, há necessidade de balizarmos essa busca por determinados critérios para evitar o arbítrio, pois *“no son las expectativas particulares, que el Derecho protege, sino la paz jurídica en su totalidad”*⁷⁰⁶.

Enfim, forçoso utilizarmos os termos justiça e segurança em um sentido comum, pois ambos os argumentos são abstratos. Assim, mudanças quanto à coisa julgada - considerada como bem jurídico a ser protegido na forma legal e incluso entre os direitos e garantias fundamentais brasileiros - devem ocorrer sem que haja a quebra do Estado de Direito.

Concluimos, portanto, que a única saída para a resolução do problema da coisa julgada inconstitucional está na análise desse direito dentro da Constituição de 1988. A partir disso, talvez seja possível determinar a força da coisa julgada, a sua eventual constitucionalidade, o seu caráter fundamental e a proteção que a Constituição dispensa aos seus parâmetros infra-constitucionais.

⁷⁰⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Op. cit., p. 141.

⁷⁰⁵ RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In PANIAGUA, José María Rodríguez. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid, España: Aguilar, 1971, p. 21

⁷⁰⁶ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica jurídica. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 46.

CAPÍTULO 5 – COISA JULGADA E CONSTITUIÇÃO

Utilizando os parâmetros da segurança dos bens jurídicos e da justiça procedimental, investigaremos o conceito de coisa julgada por meio de uma análise do sentido e da abrangência da norma contida na Constituição Federal do Brasil de 1988. Esta decisão se justifica pela grande importância dos direitos fundamentais e do Constitucionalismo na inteligência de todos os institutos positivados, os quais devem ser sempre entendidos na sua compatibilidade com a Constituição.

Como o parâmetro para o estudo da coisa julgada constitucional passa a ser a Constituição e os direitos garantidos pelo Estado Democrático de Direito, algumas palavras devem ser ditas a respeito do Constitucionalismo.

O Constitucionalismo⁷⁰⁷ defende a necessidade de uma Constituição escrita para limitar o poder do Estado e garantir a liberdade do cidadão, pela efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais e pela limitação do exercício da vontade do indivíduo e do Estado, considerando os campos de atuação de cada um e sua inter-relação. Também possui a característica de defender o controle de constitucionalidade das leis para a manutenção da supremacia constitucional⁷⁰⁸.

Esse Constitucionalismo possui "feições sociológicas inegáveis", apesar de seu alcance jurídico, porque os movimentos sociais são os pilares da limitação do poder jurídico em cada Constituição, embora esta se configure como a força máxima da norma que regulamenta inclusive a atuação dos governantes⁷⁰⁹.

Necessário ressaltarmos a importância do movimento das Constituições escritas, pois este traz em seu bojo a separação de poderes do Estado e a declaração de direitos fundamentais dos "súditos" desse Estado soberano⁷¹⁰. Isso em um documento fundamental escrito, que atenda à publicidade, à clareza e à segurança⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Para um estudo histórico-conceitual do Constitucionalismo e dos Direitos Humanos *vide* BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁷⁰⁸ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 147. Sobre a atuação do Estado e do Indivíduo, suas esferas de atuação e interação *vide* DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. **Comunicações**. ano 5, n. 2, Piracicaba: Unimep, jan. 2001, pp. 14-15.

⁷⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 2.

⁷¹⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999, p. 47. A utilização da terminologia "direitos fundamentais" foi escolhida por ser a utilizada pela Constituição brasileira atual.

⁷¹¹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 10, conforme o autor, esta característica deve ser ressaltada no Constitucionalismo moderno.

Esse documento escrito chamado Constituição toma força no séc. XVIII, com a edição da Constituição norte-americana de 1787 e com a Revolução Francesa de 1789⁷¹², que vêm garantir os direitos fundamentais, e tem como elementos indispensáveis: um Estado centralizado, a pessoa humana considerada como indivíduo livre e um texto escrito que regula as relações entre esses⁷¹³.

Com os documentos liberais do séc. XVIII, o rei passa a subordinar-se ao seu ordenamento e deve reconhecer e positivizar os direitos de liberdade, chamados de primeira geração de direitos⁷¹⁴. Esses direitos, neste "primeiro momento" de singularidade, são, quanto à sua origem, naturais; quanto à titularidade, individuais; quanto ao objeto, de liberdade, pressupondo uma igualdade formal pelo liberalismo reinante⁷¹⁵; além de serem de oposição ao Estado, por não permitirem a interferência deste nas liberdades dos indivíduos⁷¹⁶.

Em um "segundo momento" de parcialidade, a partir da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, passam a ser exigidas concretas ações do legislador no intuito de tutelar efetivamente os direitos de cunho social, pela necessidade da efetivação da igualdade material, e não apenas da igualdade formal preconizada pelas idéias liberais, sendo essa igualdade efetiva a finalidade dos direitos que passam a ser escritos nas Constituições⁷¹⁷. Também, esses direitos são, em sua origem, sociais, com conteúdo econômico, social e cultural; quanto à titularidade, categoriais, entendendo-se por meio destes que os indivíduos que pertencem a uma determinada categoria social, por vezes, merecem um cuidado especial, uma proteção "parcial do direito", com intervenção estatal para tanto⁷¹⁸.

Os direitos de solidariedade ou de fraternidade se apresentam em um "terceiro momento" na efetivação dos direitos humanos, compreendendo a humanidade como um todo, em sua generalidade, sendo direitos essencialmente difusos, vinculados à dignidade humana, traduzindo um "humanismo íntegro". Esses direitos são sociais, quanto à sua origem; são difusos, quanto à titularidade; possuindo também função humanitária e constituindo poderes-deveres de "todos contra todos".⁷¹⁹

⁷¹² TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 10.

⁷¹³ DIMOULIS, *Op. cit.*, 2001, p. 11.

⁷¹⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 20/10/2005.

⁷¹⁵ Idem. **Três gerações de direitos**. Disponível na internet no site <www.srbarros.com.br>, acesso em 05/01/2006. Idem, *Op. cit.*, 2003, pp. 362-365.

⁷¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 2.

⁷¹⁷ ARNAUD, André-Jean *et al.* *Op. cit.*, p. 147.

⁷¹⁸ BARROS. *Op. cit.*, acesso em 20/10/2005. Idem, *Op. cit.*, 2003, pp. 428-429.

⁷¹⁹ Idem. *Op. cit.*, acesso em 05/01/2006. Idem, *Op. cit.*, 2003, pp. 442-443.

No Brasil, já no Império, há Constituição escrita que enumera longa cota de direitos fundamentais⁷²⁰, iniciando a tradição do Constitucionalismo e da defesa dos direitos fundamentais nas Constituições escritas desta nação, apesar das suas modificações ao longo dos anos⁷²¹.

Assim, pela coisa julgada ser uma constante nas Cartas constitucionais brasileiras e pela importância do Constitucionalismo e dos direitos humanos fundamentais, estudaremos tal instituto à luz da Constituição atual.

5.1. Constituição de 1988

Não temos dúvidas de que a coisa julgada, apesar de instituto de direito processual, é garantida em norma formal e materialmente constitucional no texto da Constituição de 1988. Além disso, se uma opção legislativa está expressa na Constituição, esta só a reforça, do mesmo modo que "o silêncio a enfraquece, como a torna insubsistente a recusa expressa".⁷²²

Este instituto é princípio constitucional de direito processual, pois as normas constitucionais que se referem a outros ramos do Direito "(...) são, ao mesmo tempo, normas desses vários ramos e normas materialmente constitucionais, porque, no seu conjunto, emprestam expressão *directa* e imediata à *idéia* de Direito, aos valores, às escolhas políticas fundamentais da Constituição". Assim, essas normas devem ser entendidas como "princípios constitucionais do Direito civil, do Direito penal, do Direito administrativo ou do Direito fiscal".⁷²³

Isso ocorre pois a Constituição protege determinados direitos, como a coisa julgada, de forma ampla, tanto por não determinar nenhuma mudança em relação à aplicação do instituto, mantendo o determinado nas Constituições anteriores, como por proteger genericamente a segurança no *caput* de seu artigo 5º⁷²⁴.

⁷²⁰ DIMOULIS, Op. cit., 2001, p. 12.

⁷²¹ Para algumas inovações e modificações dos direitos fundamentais ao longo dos anos no Brasil. *vide* Ibidem, pp. 11-12 e ARNAUD, André-Jean *et al.* Op. cit., p. 147-149.

⁷²² SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 172.

⁷²³ Cf. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 339.

⁷²⁴ CF/88, art. 5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" Assim, a segurança protegida não se resume à segurança pública, abrangendo também a segurança jurídica nos termos dos incisos que protegem a coisa julgada, o devido processo legal, o acesso à Justiça, etc.

Atualmente, a proteção à estabilidade das sentenças não está elaborada de forma genérica, como já ocorreu em outras Constituições que protegiam a irretroatividade da lei. Hoje as forma de proteção de situações no tempo estão especificadas no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.

A coisa julgada, entendida por muitos autores como inserida no conceito de direito adquirido⁷²⁵, mereceu citação própria no artigo em que este é protegido. Esta alusão permite afirmarmos que este instituto é parte efetiva da Constituição Federal, o que nos permite questionar seu conceito, seu significado como norma constitucional, sua área de proteção, seus parâmetros e alcance. Para tanto utilizaremos os mecanismos da interpretação constitucional para um melhor entendimento do sentido da norma constitucional que trata da coisa julgada, apesar de estes proporem soluções para conflitos entre normas constitucionais apenas nos casos concretos.

Não pretendemos subverter a idéia de que a Constituição deve ser interpretada apenas quando há problema de aplicabilidade da norma e de que a interpretação é necessária apenas nesses termos⁷²⁶, porém, com esse mecanismo buscaremos o alcance da norma constante no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição de 1988⁷²⁷. Assim, se

o conhecimento do Direito – como todo conhecimento – procura apreender seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas no material normativo que lhe é dado – ou melhor, proposto – podem e devem, necessariamente, ser resolvidos pela via de interpretação.⁷²⁸

Exemplo da utilização desses mecanismos está na inteligência do Princípio da Unidade da Constituição, o qual diz que a mesma deve ser interpretada, para a harmonização do texto "de forma a evitar contradições" internas⁷²⁹.

⁷²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 2001, p. 229.

⁷²⁶ Sobre a interpretação ser sempre necessária à aplicação da norma, *vide* BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, pp. 21 e 26 e MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 448.

⁷²⁷ CF/88, art. 5º, inc. XXXVI: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

⁷²⁸ Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 229. Aqui não há vinculação direta da interpretação ao caso concreto e sim apenas ao conflito dentro do material normativo, porém, concorda-se que a utilidade efetiva da interpretação está intimamente ligada à resolução do caso concreto.

⁷²⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, pp. 1096 e 1097. Ainda, "(...) o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre normas constitucionais a concretizar." p. 1097.

A necessária a aplicação do efeito integrador deve ser entendido como uma das formulações do princípio anterior, por este implicar na tentativa de unificação política e social na resolução de conflitos de normas.

Outro mecanismo importante é a interpretação sistemática, que nos permite pensar na problemática do sentido das palavras na Constituição, como um texto que faz sentido como um todo, com partes que devem harmonizar-se⁷³⁰. Esta forma interpretativa poder ser pensada como modo de efetivação dos Princípios da Unidade da Constituição e do efeito integrador⁷³¹.

Os parâmetros legais determinantes do conceito de coisa julgada são, inevitavelmente, interpretados pelo Poder Judiciário, assim como todo o arcabouço normativo⁷³², porém, apesar de tudo ser passível de interpretação, obviamente o estudioso do direito pode dar a sua opinião sobre qual delas considera correta.

Cabível, portanto, fazermos uma relação entre a determinação dos parâmetros da coisa julgada pelo legislador, por meio infra-constitucional, e pelo Judiciário, por meio de interpretação⁷³³.

Esta primeira interpretação, feita pelo próprio legislador, pode determinar o sentido e a abrangência de uma norma constitucional. Essa interpretação vincula ações futuras, sem abrangerndo os casos já passados em julgado⁷³⁴.

Assim, o caráter aberto do conceito de coisa julgada fica mais claro após falarmos da interpretação, porque a própria formação da coisa julgada pode ser modificada conforme seu

⁷³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 135 a 136.

⁷³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1099. Princípios cf. pp. 1096 e 1097. Unidade da Constituição em BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, pp. 102 a 104 e MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, 2003, p. 451. Cf BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, p. 102: "(...) na interpretação especificamente constitucional, a consideração sistêmica do texto é imperativo decorrente da supremacia constitucional na hierarquia da pirâmide jurídica"

⁷³² Cf. LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 20: "(...) preferimos entender que toda aplicação do direito pressupõe uma interpretação."

⁷³³ Sobre interpretação autêntica, *vide* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 118 e 119; BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 399 e 400; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, pp. 1103 e 1104; LEITE, George Salomão. *Op. cit.*, pp. 21 a 23; MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 453 e 454. Remete-se a interpretação autêntica por existirem semelhanças entre os institutos, salientando-se que, cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 1103: "(...) Uma interpretação autêntica da constituição feita pelo legislador ordinário é metodicamente inaceitável.(...)" Por outro lado, cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 394 e 395, a interpretação autêntica é aquela efetuada pelo aplicador do direito apenas, pois as outras conjecturas não são vinculativas, ou não criam o Direito.

⁷³⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 399 e 400: a norma interpretativa não atinge apenas os casos passados em julgado. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 119: essa interpretação não possui caráter retroativo no nosso ordenamento, o que retiraria do mesmo grande importância, "(...) pois nem mesmo emendas constitucionais podem afetar as situações já definitivamente constituídas e incorporadas ao patrimônio de seu titular. (...)".

cerceamento pelo conjunto recursal e outras formas autônomas de obstar a definitividade de uma sentença proferida.

Apesar disso, o conceito de coisa julgada não pode ser considerado absolutamente determinado legislativamente pela possibilidade de modificação direta de seu conceito pelo Poder Judiciário, pois este interpreta todas as normas que definem o conteúdo de coisa julgada, apesar de sua atualização histórica⁷³⁵ direta ser efetuada pelo Poder Legislativo. Portanto, não cabem à determinação do conceito de coisa julgada, conforme o expresso pela própria Constituição, críticas no sentido de fixar o entendimento judicial, cerceando a liberdade do julgador.

A interpretação permitida ao Judiciário está na atribuição de significado aos textos do sistema recursal e de preclusão. Isso porque o significado de um conceito é determinado tanto pelo que ele é, quanto pelo que ele não é, ou seja, o conceito de coisa julgada determina-se tanto pelos casos em que a mesma ocorre, como nos casos em que ela não ocorre, por haver possibilidade de modificação do decidido pela ausência de preclusão, pela possibilidade recursal ou pelo cabimento de ação autônoma⁷³⁶.

O ordenamento de um Estado Democrático de Direito deve ser o mais claro possível, determinando exatamente as medidas previsíveis a serem tomadas pelo Estado em relação ao indivíduo, para que este possa determinar-se em relação a essas medidas já esperadas⁷³⁷, pois o sistema possui como atributo essencial a coisa julgada material⁷³⁸.

Ocorre que esse princípio que não demandaria a utilização da interpretação está limitado pelo "facto de a maioria dos conceitos jurídicos não ser exatamente determinável em termos semânticos"⁷³⁹, além de que essa fixação do conteúdo da norma, por mais específica e delimitada, não pode vincular a sua aplicabilidade, sem dificuldade, em todas as situações a serem apreciadas, o que impede a total liberdade interpretativa e a flexibilização absoluta dos limites do devido processo legal⁷⁴⁰.

⁷³⁵ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 2001, p. 92, a interpretação deve atualizar as normas estatais "sem alterar-lhe o texto".

⁷³⁶ Conforme HART e KELSEN, a decisão judicial pode variar dentro da estrutura que a norma abarca. Ainda, cf. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142: "Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz." Cf. KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 393: " (...) a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato."

⁷³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 388

⁷³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2004, p. 57.

⁷³⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 388

⁷⁴⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 31.

Sobre a interpretação jurídica, Kelsen diz que o sentido vago das palavras e locuções utilizadas na feitura da norma jurídica, intencionalmente ou não, permite várias formas de aplicação da norma.⁷⁴¹

As várias significações da norma - basta pensar no emprego da palavra “casa” no art. 5º CF garantindo a inviolabilidade do domicílio - a serem utilizadas no caso concreto estão dentro de uma "moldura", determinada pelo direito a ser aplicado. Se a leitura feita pelo intérprete estiver em conformidade com tal moldura, a situação estará dentro da aplicação da norma, se estiver disforme, fora da norma. Dentro deste espaço o aplicador do direito tem liberdade de escolha e a norma aplicada é uma das normas de dentro da moldura pré-determinada, as quais possuem igual valor⁷⁴².

Se pensarmos a coisa julgada nos termos dessa idéia kelseniana, a determinação do que a Constituição de 1988 protege, apesar de já dita pouco abrangente, seria o limite último para a determinação do que faz e do que não faz coisa julgada, assim, tudo o que a Constituição não protege seria passível de modificação.

Por outro lado, conforme Hart, sempre que temos um caso concreto, este pode coadunar-se perfeitamente a uma norma, ou em relação a ele pode haver motivos tanto para a aplicação da norma como para sua não aplicação, pois "(...) Nada pode eliminar essa dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvidas, quando nos empenhamos a colocar situações concretas sob as regras gerais".⁷⁴³

O autor afirma que as regras não vêm rotuladas para sua utilização, do mesmo modo que as regras não determinam exatamente os casos concretos, pois "(...) Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer"⁷⁴⁴, e, havendo claro caráter aberto das normas em geral, por vezes, o aplicador arca com a interpretação de uma norma em espaço discricionário bastante amplo⁷⁴⁵.

Essa "textura aberta" sempre existe, pois, por mais que o descrito seja específico, o número de variantes das situações reais chega a ser indeterminado em algum momento, inclusive pelas dificuldades de "nossa relativa ignorância de fato" e "nossa relativa

⁷⁴¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, pp. 389 e 390.

⁷⁴² *Ibidem*, pp. 390 a 392.

⁷⁴³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 134.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, pp. 137 a 140.

indeterminação de finalidade", uma vez que não prevemos todos os casos possíveis e sequer compreendemos a finalidade última da norma concreta⁷⁴⁶.

Aqui, a formação da coisa julgada, em alguns casos, poderia ser difícil, porém não se nega a existência de casos fáceis, nos quais a interpretação é eficiente.

A diferença fundamental entre as duas teorias é que, na primeira, há uma determinação fixa sobre o que a norma abrange e o que ela não abrange. Na segunda é fácil percebermos casos conforme ou disforme a norma, porém entre esses dois extremos há ambiente nebuloso em que a interpretação não é clara.

Portanto, conforme as teorias interpretativas que trabalham com um espaço de liberdade relativo à linguagem e à adequação da norma ao caso concreto, sempre há possibilidade de interpretação, pelo conteúdo semântico das normas não ser unívoco, além de sua aplicabilidade variar de caso concreto a caso concreto, pois as situações podem coadunar-se à determinada norma de modo fácil ou difícil⁷⁴⁷.

Acreditamos ser importante a tentativa de explicitar os termos utilizados na formulação da disposição constitucional que protege a coisa julgada, na busca de seu sentido textual, para tentarmos, posteriormente, trazer mais elementos a essa formulação inicial. Com isso pretendemos alcançar algum conceito e/ou abrangência acerca dos termos estudados, para relaciona-los a outras palavras e artigos constitucionais, focando a proteção constitucional à coisa julgada.

A necessidade primordial de remeter a coisa julgada às normas infra-constitucionais vem do fato de a mesma não possuir um parâmetro ou conceito básico que possa ser retirado da realidade do homem ou da natureza, como ocorre em relação com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, como a honra ou a religião, que possuem parâmetros pressupostos independentes do jurídico. Isso porque a existência de normas religiosas de cada culto e a honra do homem comum não dependem de legislação que trate do assunto. Este é mais um motivo para a utilização da interpretação como ferramenta para um pretenso aprendizado do direito.

Dessa forma, afastamos ao menos o problema de o sentido jurídico da coisa julgada ser diverso do normalmente utilizado pela população, pois apesar das normas constitucionais

⁷⁴⁶ HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p. 141.

⁷⁴⁷ *Ibidem.*, p. 140: "(...) a subsunção e a extracção de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correcta a fazer-se."

se vincularem ao seu texto, o sentido das palavras utilizadas pode não ser de uso corrente, o que atribuiria a um termo sentidos diferentes⁷⁴⁸.

Para conhecermos o significado do termo coisa julgada, inicialmente estudaremos as palavras contidas no instituto protegido constitucionalmente, salientando que, apesar de não existir uma rigorosa hierarquia entre os métodos interpretativos, a interpretação deve ocorrer "dentro dos limites e possibilidades do texto legal", e a leitura textual deve, obrigatoriamente, ser levada em consideração⁷⁴⁹, pois "(...) Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma. (...)"⁷⁵⁰.

A interpretação gramatical será a primeira a ser aplicada por tratar de verdadeiro limite à utilização de outros métodos interpretativos, pois o texto da norma é parâmetro para as outras interpretações⁷⁵¹. "(...) a norma constitucional não se confunde com o texto (...)"⁷⁵², contudo, "(...) o texto da norma é o sinal lingüístico; a norma é o que se revela ou designa"⁷⁵³, assim, a interpretação não pode ser totalmente desvinculada da letra da lei.

Outros métodos interpretativos tradicionais, quais sejam: gramatical, lógico, sistemático e histórico⁷⁵⁴, serão utilizados em maior ou menor extensão conforme os dados colhidos o permitirem. Também utilizaremos alguns princípios acerca da atividade hermenêutica constitucional, com o objetivo de aumentar os mecanismos de investigação.

Pretendemos, contudo, fazer um exercício na busca de uma solução, para alargar a discussão sobre o tema, sem a intenção de fixar entendimento, inclusive porque

Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar essas incertezas (lingüísticas), embora possam diminuí-las; porque esses cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação.⁷⁵⁵

Como a digressão acerca da interpretação constitucional será feita sem consideração de conflito de normas específico e pelo caráter aberto das normas constitucionais⁷⁵⁶, daremos

⁷⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 160.

⁷⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 126, BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, p. 110 a 111.

⁷⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 448.

⁷⁵¹ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, p. 161.

⁷⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1089.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 1091.

⁷⁵⁴ Sobre os métodos interpretativos, *vide* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 124 a 139, BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 400-404. Cf. o último, p. 545, estes métodos são insuficientes para a interpretação de direitos fundamentais. Tema que será tratado mais à frente.

⁷⁵⁵ HART, Herbert L. A. *Op. cit.*, p. 139.

⁷⁵⁶ Sobre o caráter aberto das normas constitucionais, *vide* BASTOS, *Op. cit.*, 1999, pp. 53 e 54.

aos termos estudados o sentido mais amplo possível, de forma que ao aplicador da norma seja legado um "espaço de conformação"⁷⁵⁷ ou discricionariedade⁷⁵⁸ de certa amplitude. Além disso, os termos: coisa julgada e lei existem apenas na forma de legislação e dentro da mesma, o que condiciona suas significações à existência de um sistema jurídico, dentro do qual esses termos devem ser examinados.

Para isso, lei será inicialmente considerada ato advindo de regular processo legislativo típico, e coisa julgada, a soberanamente julgada, já efetuada a preclusão recursal, a coisa julgada formal, a determinação do mérito e a preclusão máxima, ou seja, passado o prazo para interposição da ação rescisória. Esse significado menos abrangente de coisa julgada faz-se necessário, pois, não incidindo a norma sobre coisa julgada formal e material, há mais espaço para o juiz pronunciar-se em relação ao caso concreto.

Sobre o sentido de prejudicar, no contexto constitucional de não ser prejudicada a coisa julgada, o entendemos como a proibição da modificação ou incidência, apesar de o termo prejuízo possuir certa conotação de modificar de forma negativa. Essa conotação vem da idéia de que a modificação da legislação é algo prejudicial ao sistema⁷⁵⁹, assim como a idéia de que a estabilidade confere mais eficácia ao documento normativo⁷⁶⁰. Dessa forma, o termo não significa apenas mudar, de maneira a deixar o instituto com contornos piores, e sim, refere-se ao ato de simplesmente modificar o instituto, no sentido de prejudicar a forma com que o mesmo é apresentado atualmente.

Apesar disso, se a coisa julgada for encarada como direito fundamental, ela possui titular determinado, portanto, apenas o prejudicado reclamará da modificação, pois quem obteve vantagem com a modificação da sentença não tem interesse em declará-la viciada.

Sobre a coisa julgada na Constituição, devemos evitar a confusão entre os termos coisa julgada e direito adquirido, utilizados por esta carta. O conceito de coisa julgada está contido no conceito de direito adquirido, porque este, por sentença transitada em julgado impassível de modificação, é também coisa julgada no sentido do inciso XXXVI do art. 5º, da Constituição.

⁷⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1082.

⁷⁵⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 389.

⁷⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 176. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Folha de São Paulo. **Dicionário aurélio básico da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1994, p. 525, Prejudicar significa: "1. Causar prejuízo ou dano a; lesar, danificar. 2. Causar transtorno a, transtornar, perturbar. 3. Diminuir o valor de; depreciar. Tornar sem efeito; anular.

⁷⁶⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 22.

Assim, "(..) A proteção que se dá à coisa julgada é, portanto um caso particular da proteção mais ampla dispensada ao direito adquirido"⁷⁶¹, pois a coisa julgada depende do trânsito em julgado para a sua ocorrência, requisito dispensável a várias outras situações englobadas pelo direito adquirido em sentido largo e dispensável a seu sentido estrito⁷⁶².

Portanto, direito adquirido em sentido largo significa a consolidação de certa situação determinada pelo transcorrer do tempo; em sentido estrito afasta as situações determinadas por sentenças judiciais irrecorríveis e por atos realizados de acordo com o direito vigente⁷⁶³, respectivamente, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

A coisa julgada pode se referir à imodificabilidade das seguintes concepções: 1) ao conceito mínimo histórico de coisa julgada, 2) a forma como a mesma está determinada legislativamente, e 3) a ocorrida no caso concreto, já firmada em decisão judicial imutável.⁷⁶⁴

Cocebemos que a coisa julgada possui um núcleo de significado, independente da concretização da lei-infraconstitucional, que é o da decisão judicial impassível de modificação. Este conteúdo mínimo de sentido que possui o termo está protegido constitucionalmente, pois seu sentido é compatível com todos os ordenamentos estudados no capítulo histórico e com os entendimentos encontrados nos livros e Constituições estrangeiras pesquisados.

Esta significação abstrata do conceito de coisa julgada não comporta as formas pelas quais a decisão atinge essa imodificabilidade ou a mantém⁷⁶⁵. Assim, as normas infraconstitucionais que descrevem recursos e ações que modificam a sentença não cabem na proteção constitucional e esses parâmetros podem ser modificados, no limite de não obstarem a existência de coisa julgada.

O artigo constitucional não define de forma clara e precisa o conceito de coisa julgada, porém o protege explicitamente, parecendo-nos óbvio que a existência de recursos infundáveis é nítida tentativa de fraude à Constituição, pois esta pressupõe que a coisa julgada exista, quando a protege.

⁷⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, p. 229.

⁷⁶² Direito adquirido em sentido estrito e direito adquirido em sentido largo, englobando o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, são expressões utilizadas por SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁶⁴ DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional e declaração judicial de inexistência. **Fórum Administrativo**. v. 2, n. 15. São Paulo: Fórum de Direito Administrativo, mai. 2002, pp. 588-607.

⁷⁶⁵ Óbvio que de nada adianta remeter o conceito da coisa julgada à legislação infra-constitucional sem explicitá-la, porém este tema será tratado mais adiante.

Apesar de a Lei de Introdução ao Código Civil possuir os mesmos termos constitucionais, esta não é constitucional apenas em sentido formal, mas possui um conteúdo materialmente constitucional determinado. Ela informa acerca do instituto nesses termos, mas determina outros parâmetros que poderiam ser modificados, inclusive por lei ordinária⁷⁶⁶, se houver a submissão ao fixado constitucionalmente.

A Constituição de 1988 mantém o dito pelas constituições brasileiras anteriores e o termo coisa julgada é tradicionalmente delimitado conforme a lei infra-constitucional, com a recepção de grande parte do Código de Processo Civil anteriormente vigente. Porém, a proteção constitucional não abrange esses parâmetros, pois isso impediria que fossem criados novos recursos necessários ou mesmo afastados recursos que não se coadunam ao sistema processual em vigor. Assim, a determinação legislativa do sistema recursal e de preclusões é livre nos limites impostos constitucionalmente à atividade de legislar e deve ser obedecido o *quorum*, competência e forma para a modificação do atualmente delimitado.

Apesar de o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil ser similar ao instituto constitucional, apenas este artigo deve ser entendido como regra, tanto de Direito Processual como norma constitucional formal e material, por força de sua natureza dupla, que explica a noção que a Constituição pretende dar ao Direito, demonstrando os interesses e as opções políticas relativos a cada um de seus ramos⁷⁶⁷. Contudo, esse entendimento não pode estender-se às outras normas, tanto da Lei de Introdução ao Código Civil como do Código de Processo Civil em vigor, pois estas podem sim ser modificadas pelo Poder Legislativo por possuírem sede infra-constitucional.

Há inequívoca referência da ordem constitucional à lei infra-constitucional e vice-versa. Isso porque, apesar de haver esse núcleo de sentido para a coisa julgada que se formou historicamente, o sistema recursal determina, de forma diversa em cada ordenamento, como a coisa julgada se forma efetivamente, o que ocorre, no caso concreto, quando não há mais recursos a serem impetrados, ou na impossibilidade de observar os pressupostos para tal interposição.

É evidente que apesar de a coisa julgada possuir o conceito de decisão imodificável, suas condições temporais subjetivas - que faticamente impedem os recursos no caso concreto - são determinadas pelo procedimento legislado e em vigor. Assim, esses parâmetros só

⁷⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 176.

⁷⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 339

existem dentro do ordenamento jurídico, sem determinação externa à norma, pois esta situação se forma quando a lei diz que se formará e apenas a lei tem força para determinar os parâmetros da coisa julgada.

Portanto, a lei não pode prejudicar o que a própria lei determina como obstáculos ou efetivação da coisa julgada, até porque o termo acaba por possuir *plasticidade*, sendo possível a modificação e adequação de seus parâmetros conforme a vontade do legislador, mas somente *para o futuro*.

Dessa forma, no caso em estudo, a norma infra-constitucional é remetida ao âmbito do Direito Constitucional, pois *a Constituição protege o que a lei infra-constitucional descreve e a lei infra-constitucional descreve o que a Constituição protege*, havendo *circularidade e interdependência* do determinado em ambas as sedes legais.

Também, o futuramente legislado não pode tocar na coisa julgada que a legislação anterior determinou, ou ainda, o legislador não pode obstar coisa julgada que ele mesmo determinou como não prejudicável. Apesar de ser possível a mudança nos casos ainda pendentes e, seguramente, nos futuros.

Isso nos indica a indeterminação constitucional, porque a Carta dá oportunidade para a regulamentação infra-constitucional, mas, a partir do momento em que se faz a opção, ela veda a modificação do estabelecido.

Portanto, apesar de a norma constitucional não proteger os parâmetros dados à coisa julgada, essa imutabilidade pode ocorrer conforme o determinado pelas normas infra-constitucionais mutáveis e, a partir desse momento, a sentença não pode mais ser modificada, por constituir a essência do pouco significado dado pela Constituição ao instituto, qual seja, da sua efetiva existência.

Portanto, o caso concreto é o lugar onde a coisa julgada é efetivamente protegida e nele não há possibilidade de modificação, pois, para tanto, seria necessário que a própria Constituição houvesse por bem assim determinar, o que ocorreu apenas em relação a eventual lei penal mais benéfica⁷⁶⁸, não havendo nenhuma objeção à mesma em sede civil.

⁷⁶⁸ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05: "(...) qualquer exceção à irretroatividade tem de ser expressamente autorizada pela Constituição. A regra excepcionante há de ser constitucional. No Brasil, a Constituição permite retroagir a lei penal benéfica (inciso XL do art. 5º) e, afóra essa exceção única, a irretroatividade é proibida em qualquer de seus graus." Ainda cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Op. cit.*, p. 800, apesar de a Constituição Portuguesa não proteger o caso julgado explicitamente, ele pode ser auferido do Estado de Direito Democrático, devendo ser respeitado mesmo havendo controle de constitucionalidade abstrato, pois "(...) um caso julgado só poderá ser revisto por via judicial, na base de uma lei geral e abstracta" dando o exemplo da lei penal mais favorável.

A modificação da coisa julgada pode ocorrer formalmente ou substancialmente e em relação aos dois âmbitos, a mudança é relevante, pois pode haver uma alteração do conteúdo constitucional sem a modificação de seu texto⁷⁶⁹, mediante a modificação dos requisitos infra-constitucionais dados à coisa julgada.

Dentro da significação alcançada, e considerando a existência da coisa julgada no ordenamento, a proteção recai sobre o conceito de coisa julgada e sobre a coisa julgada em concreto, as quais cabem na determinação de sentença impassível de modificação. Assim, não há outra interpretação a ser dada ao texto constitucional senão a de que a coisa julgada, garantia constitucional expressa no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, é a própria decisão imodificável do Poder Judiciário⁷⁷⁰.

Acerca da palavra lei utilizada pelo texto constitucional, podemos afirmar que o texto defende o prejuízo da coisa coisa julgada apenas da lei, porém não determina o sentido da palavra lei, se formal ou material, e quais os atos que esta abrange, além de não impedir expressamente que a coisa julgada seja modificada por sentença judicial.

Lei em sentido formal é o ato legislativo cumpridor das exigências formais, ou procedimentais, para a sua validade, que devem ser verificadas em sua origem, independente de seu conteúdo⁷⁷¹. Essa delimitação da palavra lei engloba, no direito brasileiro, a lei ordinária, a lei complementar e a lei delegada⁷⁷². Nestas três formas legislativas temos o conteúdo mínimo da palavra lei, portanto estas obviamente não podem prejudicar a coisa julgada. Dessa forma, na possibilidade de questionamento de quais espécies legislativas não podem prejudicar a coisa julgada, ao menos em relação às formais, não podemos ter dúvida.

Além dessas espécies normativas, existem as emendas constitucionais, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções, os decretos, os regulamentos, as instruções, as portarias, as circulares e as ordens de serviço⁷⁷³, como outras espécies legislativas que não estão contidas no sentido de lei formal.

A impossibilidade de os decretos, regulamentos, instruções, portarias, circulares e ordens de serviço prejudicarem a coisa julgada fica clara com a observação do Princípio da Legalidade. Este princípio, combinado com o fator da hierarquia entre as normas, determina

⁷⁶⁹ SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 54-55.

⁷⁷⁰ DANTAS, Ivo. *Op. cit.*, pp. 588-607.

⁷⁷¹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 904.

⁷⁷² DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 186-190.

⁷⁷³ *Ibidem*, pp. 190-192.

que as espécies normativas de escala inferior devem guardar compatibilidade com as normas de caráter superior⁷⁷⁴.

Ora, se leis ordinárias, complementares e delegadas não podem prejudicar a coisa julgada, muito menos podem as espécies citadas, vez que são inferiores e com estas devem guardar compatibilidade, não podendo possuir um poder que as normas superiores não possuem. Além disso, a função dessas normas inferiores é a própria execução efetiva das leis a elas superiores, sem desvirtuá-las.

Sobre esta questão, "(...) a Constituição impede que os decretos extrapolem os limites presentes nas leis que regulamentam"⁷⁷⁵. Isso ocorre pela leitura dos artigos 5º, inc. II e 84, inc. IV⁷⁷⁶, pois o primeiro vincula a pessoa à lei, pelo princípio da legalidade e pela necessidade de a lei ser compatível com a Constituição; e o segundo determina a expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, assim esses atos guardam compatibilidade com a lei que regulamentam e, conseqüentemente, com Constituição.

Quanto ao caso das medidas provisórias, apesar de sua promulgação ser independente do Poder Legislativo, elas possuem força de lei formal⁷⁷⁷, inclusive pelo fato de a Constituição Federal determinar a sua força de lei⁷⁷⁸. Além disso, essas medidas deverão ser convertidas em lei no prazo de sessenta dias sob pena de perda de eficácia⁷⁷⁹, o que deixa evidente sua competência para o tratamento apenas do permitido à legislação em sentido formal.

Assim, o que não pode a legislação formal fazer, também não podem fazer as medidas provisórias, pois, se para a sua efetivação, é necessário o advento de lei que descreva seu conteúdo, esta vincula-se ao possível legislativamente. Assim, se a lei em sentido formal não

⁷⁷⁴ Como aqui o raciocínio se resume a determinar a hierarquia entre normas infra-constitucionais, fala-se apenas em legalidade, não sendo citada a inconstitucionalidade que ocorreria no caso de incompatibilidade de norma e constituição.

⁷⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 185.

⁷⁷⁶ Cf nota de *Ibidem*, p. 185, e CF/88, art. 5º, inc. II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e art. 84, inc. IV: "Compete privativamente ao Presidente da República: inc. IV – sancionar promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução".

⁷⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 190-191.

⁷⁷⁸ Art. 62, "caput", CF/88: Art. 62: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional".

⁷⁷⁹ Art. 62, parágrafo 3º, CF/88: "As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes". Art. 62, § 11, CF/88: "Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas". Art. 62, § 12: "Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto".

pode prejudicar a coisa julgada por este ser o sentido mais restrito da palavra lei também não o pode a medida provisória por possuir seu conteúdo determinado pelo possível à lei em sentido formal.

A Constituição Federal veda às medidas provisórias a regulamentação de normas processuais, tanto civis como penais⁷⁸⁰, o que impede que a mesma modifique também os parâmetros processuais referentes à configuração da coisa julgada.

Dessa forma, pelas razões expostas, o termo lei engloba, sem dúvida, a lei complementar e a lei ordinária, assim como a lei delegada e a medida provisória, por essas últimas serem atos normativos equiparados à lei.⁷⁸¹

Em relação às emendas constitucionais, estas também estão dentro do conceito de espécie legislativa, pela sua inclusão no artigo 59 da Constituição Federal⁷⁸². Ocorre que a problemática que envolve a utilização da palavra lei em seu sentido restrito ou amplo, nesse caso, não se resume a um problema lingüístico apenas, mas a uma ponderação entre dois extremos acerca da limitação da função da interpretação, pois a mesma deve manter “o conteúdo de legitimidade da constituição” e ao mesmo tempo deve desobstruir o “desenvolvimento juridicamente regrado do direito constitucional”.⁷⁸³

Assim, considerando a coisa julgada como cláusula pétrea e uma das vestimentas utilizadas pelo Princípio da Irretroatividade, é uma projeção do direito à segurança e, portanto, é protegida contra a reforma mesmo por meio de emenda constitucional. Também, a norma referente à coisa julgada não tem estrutura de princípio e sim de regra, sem espaço para a sua ponderação com outros princípios na utilização de eventual proporcionalidade.⁷⁸⁴

"O Congresso Nacional, quando reforma a Constituição, não atua como assembléia constituinte, mas como um órgão constituído, integrado na Constituição do Estado" e submetido às suas regras, exercendo "mera delegação, que não faculta a quem a recebe ir além do quanto lhe foi delegado"⁷⁸⁵. Em caso de pensarmos na coisa julgada no caso concreto

⁷⁸⁰ Art. 62, parágrafo 1º, inc. I, b, CF/88: "É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil".

⁷⁸¹ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 445.

⁷⁸² Art. 59, CF/88: "O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV- leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções."

⁷⁸³ SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 271.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, na p. 271, faz o raciocínio em relação ao direito adquirido e aqui foi utilizado em relação à coisa julgada, considerando-se que a mesma pode possuir mais certeza em suas delimitações que o direito adquirido em sentido estrito e, conforme dissertado, ser uma das faces do direito adquirido em sentido amplo.

⁷⁸⁵ BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05.

"(...) nem mesmo emendas constitucionais podem afetar as situações já definitivamente constituídas e incorporadas ao patrimônio de seu titular. (...)"⁷⁸⁶, o que impossibilita que qualquer emenda constitucional "enfraqueça" qualquer direito ou garantia, inclusive no que tange aos efeitos concretos destas emendas

A permanência da ordem constitucional é importante do ponto de vista formal, pois a mesma é o fundamento de validade de todo o sistema, o qual seria atingido se houvessem rupturas incessantes. Além disso, não apenas em relação à forma constitucional, mas em relação ao seu conteúdo, há necessidade de certa manutenção, pois "a constituição não se legitima e identifica apenas pela autoridade que lhe deu forma, mas também por seu conteúdo fundamental"⁷⁸⁷.

O equilíbrio entre a permanência e a mudança em sede constitucional é importante para a estabilidade de todo o direito. Atualmente, considerando que os ramos do direito infra-constitucional possuem parâmetros constitucionais, pois importantes conteúdos são por vezes explicitados pela Lei Maior⁷⁸⁸, devem as emendas constitucionais respeito a esses parâmetros.

Dessa forma, o sentido de lei no texto sob comento abrange tanto lei formal como lei material, ou seja, o sentido de lei aqui é o das espécies legislativas em geral. Inclusive, sempre que a Constituição impede que a lei faça algo, o defeso não pode ser feito nem pela lei formal e muito menos pela lei material, diante da supremacia Constitucional, pois qualquer lei deve obedecer ao descrito na Constituição. Por outro lado, quando a Constituição manda a lei fazer algo, a ponderação de qual lei pode fazê-lo é importante, pois aqui há necessidade de verificação das condições para a feitura da lei, como a competência, o quórum de votação e a forma a ser utilizada para tanto.

Portanto, quanto à problemática específica em relação ao artigo constitucional em pauta, não há dificuldades para resolver o problema, pelo fato de a Constituição impedir que qualquer lei prejudique a coisa julgada.

Outra situação que se apresenta é o caso dos tratados internacionais.

Com o advento da Emenda constitucional 45, a redação do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/88⁷⁸⁹, passou a determinar que os tratados e as convenções internacionais de direitos

⁷⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 119.

⁷⁸⁷ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, p. 55

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 54

⁷⁸⁹ Art. 5º, parágrafo 3º, CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

humanos são equivalentes à emenda constitucional se atingirem o quórum para a aprovação da mesma, quando de sua votação pelas casas legislativas⁷⁹⁰.

Portanto, podemos dizer que o debate sobre a possibilidade de os acordos internacionais afastarem a coisa julgada fica restrito, pois quando a Constituição diz expressamente que esses tratados, se recepcionados conforme quórum requerido, "serão equivalentes às emendas constitucionais", fica expresso que apenas podem possuir o mesmo poder dessas emendas, as quais podem apenas ampliar o rol dos direitos humanos fundamentais, não limitá-los ou excluí-los. Além disso, não pode um acordo internacional pretender possuir mais poder que uma emenda constitucional.

Cabe aqui o registro do que muito se discutiu, anteriormente a esta emenda constitucional, sobre o fato de os tratados internacionais possuírem caráter constitucional quando sobre direitos humanos, com posições que defendem a hierarquia nos tratados de direitos humanos, como: supra-constitucional, constitucional⁷⁹¹, infra-constitucional e supra-legal⁷⁹² ou infra-constitucional e legal⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Sem dúvida, a legislação brasileira, nas discussões acerca da efetividade dos acordos internacionais, opta pelo monismo, no qual direito interno e direito internacional estão inscritos na mesma "pirâmide" normativa. Cf DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na emenda constitucional* 45. In TAVARES, André Ramos Tavares; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro Jesús Lora (Org.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 88.

⁷⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. In TAVARES, André Ramos Tavares; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro Jesús Lora (Org.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 69, sustenta a tese de hierarquia constitucional dos tratados de proteção aos direitos humanos.

⁷⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus n. 79785/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 29/03/2000. Data da publicação/fonte: DJ 22.11.2002, p. 00057, ementa vol. 02092-02, p. 00280, RTJ vol. 00183-03, p. 01010. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05. Ementa: "Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos", Sepúlveda Pertence salienta em seu voto que: "(...) Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu conteúdo útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e. q. Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (...) É que, em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida ao Pacto de San José, de garantia de duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: seria necessário emprestar à norma convencional força abrogatória de normas da Constituição mesma, quando não dinamizadoras de seu sistema(...)".

⁷⁹³ Posição do STF, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus n. 72131/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 23/11/1995. Data da publicação/fonte: DJ 01.08.2003, p. 00103, ementa vol. 02117-40, p. 08650. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05. "Ementa: "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária por garantia, depositário necessário por força de disposição legal que

A tese de possível tratado ser supra-constitucional refere-se apenas aos tratados de direitos humanos e não aos que obstem direitos humanos, o que ressaltaria o artigo 5º da Constituição Federal. Ocorre que, com a determinação do quórum pela emenda 45, podemos falar apenas de tratados com, no máximo, força constitucional, conforme a opção feita pelo legislador frente ao debate instituído. Dessa forma, como a intervenção externa é a medida da soberania de um país, no Brasil, optou-se pela determinação legal da abrangência desses acordos.

Outro problema a ser abordado é a caracterização ou não da coisa julgada do art. 5º da Constituição Federal como cláusula pétrea.

A Constituição traça limites à sua modificação, em seu artigo 60⁷⁹⁴, considerado em sua totalidade, pois quando o mesmo determina a forma a ser utilizada para emendar-se a Constituição, traça limites procedimentais para tanto⁷⁹⁵, impondo, por exemplo, necessidade de maior representatividade para a revisão que a necessária para a modificação de lei infra-constitucional⁷⁹⁶.

As limitações materiais são uma das facetas dessa rigidez constitucional, porém voltada não aos preceitos constitucionais, mas à própria Constituição⁷⁹⁷, essa manutenção de determinados conteúdos, independentemente do decurso do tempo, pretende uma continuidade, sendo estes, por vezes, não claramente delimitados, pela dificuldade lingüística.

Apesar de a compreensão dos limites materiais expressos ser de resolução mais fácil que os conteúdos implícitos, a coisa julgada constitucional estaria abarcada na proteção dos

não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVIII, da Constituição de 1988. Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. Habeas corpus indeferido, cassada a liminar concedida."

⁷⁹⁴ Art. 60, CF/88: "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Parágrafo 1º: A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Parágrafo 2º: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Parágrafo 3º: A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Parágrafo 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. Parágrafo 5º: A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

⁷⁹⁵ Por exemplo, podemos pensar no Código de Processo Penal como uma proteção ao inocente, mas dialeticamente, seguidas as diretrizes do mesmo, ele a forma para se encarcerar pessoas.

⁷⁹⁶ Art. 60, parágrafo 2º, CF/88: "A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros."

⁷⁹⁷ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, p. 68.

direitos e das garantias individuais citados pela cláusula pétrea. Entretanto, a forma como esta tutela foi enunciada acarreta o problema de se determinar a proteção que deve ser guardada em relação a cada princípio e sua efetivação na impossibilidade de sua modificação de fato⁷⁹⁸.

Além disso, o parágrafo 4º, inc. IV, do art. 60, determina a impossibilidade de modificação dos direitos e garantias individuais, incluindo nessa proteção qualquer revisão "tendente a abolir" estes direitos⁷⁹⁹. Assim, a proteção restringe-se textualmente aos direitos e garantias individuais e não aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal como um todo⁸⁰⁰.

Apesar disso consideramos que:

(...) Caso fôssemos aferrar-nos a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6 a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como, de modo geral (a não ser o sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso II) os direitos políticos (artigos 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental.⁸⁰¹

De qualquer forma, esse núcleo protegido garante ao cidadão um mínimo intocável de direitos, e sua manutenção determina tanto a possibilidade de modificação de outras situações constitucionais, como a diferenciação entre uma modificação conforme e outra disforme o direito. Isso ocorre porque as revisões são necessárias, não há possibilidade de manutenção de uma ordem inalterável, devido às inevitáveis modificações sociais, econômicas, etc. e a estas o direito, mesmo constitucional, deve adequar-se.

O distanciamento entre o direito e o cotidiano implica ou em modificação do direito ou em revolução, pois não há como modificar a realidade social através das leis; o que esta pode é apenas regulamentá-la.

A Constituição, portanto, necessita de "força normativa", sem a possibilidade de desvinculação total da norma constitucional com a realidade, o que acarretaria a impossibilidade de seu cumprimento, pois, "a força condicionante da realidade e a

⁷⁹⁸ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, p. 103.

⁷⁹⁹ Art. 60 parágrafo 4º, CF/88: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: inc. IV – os direitos e garantias individuais".

⁸⁰⁰ Não serão tratados limites implícitos, para tanto *vide* SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, pp. 92, 104-143.

⁸⁰¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". In **Cadernos de Direito**. 3 vol. n.º 5. Dez. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, 2003, p. 89.

normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas"⁸⁰².

"Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas"⁸⁰³ e possuirá força a partir do momento em que essas tarefas forem realizadas; sendo imprescindível que a norma esteja fundada pelo menos em uma "realidade potencial"⁸⁰⁴.

Não podemos falar em Constituição eterna, pois as modificações sociais demandam, por vezes, a superação de determinada Constituição. No entanto, em vez de falarmos em eternidade, podemos buscar uma durabilidade⁸⁰⁵, pois na ponderação entre a estabilidade e a manutenção há um claro intuito do Direito Constitucional em sua conservação⁸⁰⁶.

A tutela constitucional tem caráter conservador, inclusive, as Constituições não expressam o desejo de vigorar apenas por um curto período de tempo, e pretendem permanecer, em razão da sua "vocação à duração indefinida".⁸⁰⁷

(...) Se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e do absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares.⁸⁰⁸

A sua modificação freqüente da Constituição é perigosa, pois nessas ocorrências os casos fáticos poderiam ser considerados mais importantes que as normas constitucionais. Além disso, essas reformas seriam uma maneira de retirar da Constituição sua promessa de manutenção da ordem vigente, pois a "estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição"⁸⁰⁹.

A Constituição protege os indivíduos a ela subordinados da própria maioria, o que significa que esta maioria não pode, por exemplo, exterminar a minoria ou enviá-la a um campo de concentração. Este é, inclusive, o motivo pelo qual a Constituição obsta sua mudança em determinado cerne, até mesmo pela unanimidade.

⁸⁰² HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 16.

⁸⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, 59.

⁸⁰⁵ FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 17.

⁸⁰⁶ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, pp. 50-51.

⁸⁰⁷ FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁸⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁰⁹ HESSE, Konrad. *Op. cit.*, p. 22.

Essa continuidade possui a virtude de o conhecimento e a compreensão do texto constitucional ser majorado, pois sua efetiva aplicabilidade por determinado período gera uma “consciência constitucional” na população, dificultando a arbitrariedade dos detentores do poder. Dessa forma, a possibilidade de revisão deve ser encarada como um mecanismo que visa possibilitar a manutenção da Constituição, apesar das mudanças sociais, não visando à modificação pura e simples, mas por meio de procedimento específico e respeito a um núcleo irreduzível, no caso do Brasil⁸¹⁰. Isso porque “para permanecer no tempo e apesar dele, a constituição precisa internalizar – e com isso em alguma medida controlar – os elementos de tensão entre estabilidade e dinâmica”.⁸¹¹

A diferença entre a revisão constitucional e legal para adequação social e a modificação como ruptura ilegal pode ser vista nos parâmetros traçados pela própria Constituição para a sua modificação. Por isso, a Carta maior de 1988 resguarda especificamente certos direitos que considera máximos em importância⁸¹².

Dessa forma, os limites à mutação constitucional também dão legitimidade às mudanças efetuadas que não os agridem⁸¹³ e a Constituição brasileira protege esse cerne essencial exatamente no parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição de 1988⁸¹⁴. Mesmo com a dificuldade na delimitação da proteção a ser dada às cláusulas pétreas, cabe a ressalva no sentido de que a extinção de um direito protegido por essas cláusulas é claramente inconstitucional, pois modifica não o que a Constituição impõe como dificuldades para a mudança, mas o que a Constituição expressamente diz como imutável.

Dada a devida importância ao rol imutável, pretendemos apurar se a coisa julgada está nele inserida, principalmente no caso da proteção dos "direitos e garantias individuais" do inciso IV. Para tanto, há necessidade de clarificar vários pontos sobre o tema, como acerca: da titularidade do direito à coisa julgada, pois o inciso pétreo protege literalmente apenas os direitos individuais; da extensão do termo tendente a abolir, para entendermos a extensão da

⁸¹⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 19.

⁸¹¹ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, pp. 75.

⁸¹² Por exemplo, nos casos de determinação pela maioria de genocídio da minoria por plebiscito, ou ainda o mesmo fato para alcançar-se a unanimidade.

⁸¹³ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3: sobre a manutenção de determinadas normas e possível modificação de outras, relata que "É neste diapasão que emergem duas exigências aparentemente contraditórias, mas perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados: uma de estabilidade e outra de mudança".

⁸¹⁴ Art. 60 parágrafo 4º, CF/88: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: inc. I – a forma federativa de Estado".

possível proteção à coisa julgada; e da vinculação destes ao conceito de coisa julgada, para entendermos sobre o que esta possível proteção recai.

Na titularidade dos direitos protegidos pela cláusula pétrea está a figura do indivíduo; assim, obviamente, a coisa julgada que protege direito de indivíduo em face do Estado é direito individual fundamental e, portanto, trata-se de cláusula pétrea. Portanto, se a sentença prolatada e passada em julgado o fizer de forma a proteger os interesses do indivíduo, não há dúvida de que esta coisa julgada está contida na proteção pétrea. Dessa forma, tanto a lei quanto a sentença não podem afetar esse direito, além de o instituto não poder ser modificado para desconstituir coisa julgada individual já formada, nem por meio de emenda constitucional.⁸¹⁵

Porém, essa interpretação literal dos direitos protegidos pela cláusula pétrea traz a questão de a coisa julgada fazer ou não parte deste rol, quando seu titular for pessoa jurídica ou o Estado⁸¹⁶.

Na flexibilização de coisa julgada contra direito de ente público, consideramos a idéia de segurança jurídica. Esta, advinda do conceito geral de segurança, está baseada em dois pilares: o princípio da determinabilidade das leis e o da proteção da confiança. O primeiro pede leis claras, o segundo determina que há necessidade de certa estabilidade legislativa para que o cidadão possa saber dos efeitos jurídicos dos atos legislativos em sua esfera de atuação.⁸¹⁷

Se as leis devem ser estáveis e claras, mais devem sê-lo as sentenças individuais, pois determinada matéria não pode ser julgada, executada e transitada em julgado, para depois este regramento ser modificado, tanto em relação ao indivíduo quanto em relação ao Estado.

Ocorre que essa problemática afeta não apenas o indivíduo como parte processual, mas também o atinge como membro de pessoa jurídica. Dessa forma, o exercício de direitos individuais, no caso da coisa julgada, faz-se por vezes mediante titularidade de pessoa jurídica, a qual possui sócios individualizados que se subordinam ou gozam de determinada situação regulada por sentença.

⁸¹⁵ Sobre recursos criados que possam obstar a formação da coisa julgada, *vide* mais à frente as observações sobre o termo tendente a abolir.

⁸¹⁶ Deve-se considerar que a coisa julgada está dentro do art. 5º, da Constituição de 1988, o qual é referência para proteção à modificação.

⁸¹⁷ GARCIA, Maria. A constituição desconstituída: As emendas e o cânone constitucional. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 8. Número 33. Outubro-dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

Mesmo estando clara a divergência quando a titularidade da coisa julgada quando de entes públicos e pessoas jurídicas, principalmente em sentença que tenha apenas esses entes como partes, a segurança das determinações estatais, inequivocamente, para assegurar os indivíduos, acaba por vincular o ente estatal ao determinado judicialmente. Isso porque a forma de agir deste permite ao indivíduo saber como proteger seus direitos frente ao mesmo, pois esta estabilidade se relaciona com a confiança e a segurança.

Aceita a ausência de proteção à coisa julgada a favor de ente público, chegaríamos a uma situação de total instabilidade. Por exemplo, o indivíduo, tendo pretensão contra ente público, julgada em seu desfavor e conforme a pretensão do Estado, teria a expectativa *ad eternum* de alçar seu pretense direito. Isso faria com que o Poder Judiciário não cumprisse sua função precípua de pacificação social, além de, essa abertura acabar por excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesões ou ameaças a direito no sentido de que a pretensão apenas é provisoriamente concedida, porém nunca apreciada definitivamente, excluindo a possibilidade de o indivíduo determinar-se na ausência do benefício pretendido, gerando total insegurança⁸¹⁸.

Em razão disso, a coisa julgada é cláusula pétrea no caso concreto e sentenciado tanto no que se refere aos indivíduos, quanto fora dos parâmetros individuais, pela razão de sua existência - em relação à pessoas jurídicas e ao Estado - interferir na esfera de atuação do indivíduo e sua quebra implicar em ataque, senão aos direitos individuais, à forma federativa de Estado. Deve, portanto, a mesma ser defendida, não apenas como direito individual, mas como garantia institucional⁸¹⁹ e sua manutenção deve ocorrer não só em uma concepção liberal, ou "contra o estado", mas também como medida protetiva que deve vigorar "no Estado".⁸²⁰

Outro problema está em sabermos se o inciso constitucional impede a modificação da coisa julgada já formada apenas pelo Legislativo - o que acarretaria uma confusão entre os termos coisa julgada e irretroatividade da lei -, ou se também o ato administrativo e a decisão judicial não podem modificá-la.

⁸¹⁸ Aqui se pressupõe a existência de norma que não considera a coisa julgada existente em sentença dada contra indivíduo e a favor de ente público.

⁸¹⁹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05: "o princípio da irretroatividade – concretizado no respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e sumarizado no direito adquirido – é garantia constitucional", não podendo, portanto, ser modificado por lei infra constitucional." Ainda, cf. o mesmo: "não se pode fazer por emenda constitucional o que não é possível fazer por lei."

⁸²⁰ Expressões utilizadas por BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 488, sobre garantias institucionais e a doutrina social.

Tradicionalmente, conforme lei infra-constitucional e entendimento doutrinário pacífico anterior ao advento da Constituição de 1988, a coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença⁸²¹, com força de lei nos limites da lide⁸²², pois esta se torna a lei especial para o caso concreto a qual nenhum juiz poderia obstar⁸²³, devido à sua necessária apreciação em sede preliminar, com exceções previstas apenas em lei, as quais abrangem o conceito negativo de coisa julgada, o que incluiria a atuação de todos os poderes constituídos.

Apesar da autonomia funcional do juiz e dos preceitos de conveniência e oportunidade da administração pública, estes devem estar vinculados ao Princípio da Eficiência, pois, mesmo com certa discricionariedade, os atos estatais são vinculados. Além disso, o livre espaço de conformação para a aplicação das normas se resume à época e à forma de execução e não ao ato em si e seu resultado, o que obriga a atuação racional, situação incompatível com a repetição de atividade sobre mesmo objeto.⁸²⁴

Essa impossibilidade de retroatividade, principalmente em relação ao caso concreto advém da necessidade de confiança que deve existir no público para quem as leis são feitas e esta deve estar relacionada com a idéia de lealdade “que se dirige do público (de todos) para a autoridade pública”⁸²⁵.

A administração só pode atuar em conformidade com a lei, pelo Princípio da Legalidade, conforme art. 37 da Constituição⁸²⁶, o que lhe impõe a observância da coisa julgada, pelo fato de a mesma estar explicitada neste mesmo documento, além do que, a própria vinculação à lei impede a atuação deste poder neste sentido, pois a própria lei não pode prejudicar o instituto em estudo.

Mesmo em relação à discricionariedade, esta pode ser exercida apenas quanto ao poder de praticar determinado ato, o qual não é discricionário e essa margem de liberdade do administrador só pode ser exercida dentro de parâmetros que excluem sua atividade em

⁸²¹ CPC/1973, art. 467: "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

⁸²² CPC/1973, art. 468: "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

⁸²³ CPC/1973, art. 471: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide salvo": inc. 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"; inc. II- "nos demais casos prescritos em lei".

⁸²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, p. 63.

⁸²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 180.

⁸²⁶ Art. 37, CF/88: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

divergência com a lei, o que seria denominado, arbitrariedade.⁸²⁷ Não há necessidade, portanto, de o termo ato administrativo estar contido no vocábulo lei para que ao mesmo seja defeso prejudicar a coisa julgada, pois o administrador vincula-se de tal forma à legislação que para prejudicar a coisa julgada haveria impedimento lógico.

Acerca da decisão judicial, se a lei que advém de poder que possui representatividade, por seus integrantes terem sido eleitos pelo povo, não pode prejudicar a coisa julgada, o ato que advenha de poder que não possui representatividade popular e pretende obstar direito constitucional, também não o pode fazer⁸²⁸. Portanto, a Constituição não permite nem à lei, nem ao seu aplicador o desrespeito à coisa julgada, assim como obsta às partes o direito de obter essa modificação⁸²⁹.

Não haveria sentido em limitar o legislador e permitir que o Poder Judiciário decida conforme seu bel-prazer, porque o mesmo precisa respeitar o princípio da legalidade⁸³⁰.

Esta conclusão pode nos remeter a uma interpretação teleológica, ou ainda, ao princípio da máxima efetividade da Constituição, porque o sentido atribuído à norma é mais amplo que o alcançado pela análise do texto da mesma. Além disso, a força normativa da Constituição busca uma "eficácia *óptima* da lei fundamental"⁸³¹, porque "a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê"⁸³².

Eficácia refere-se a determinado ato ou à sanção por determinado ato serem normalmente cumpridos, mesmo havendo a possibilidade do não cumprimento dessa norma, pois caso contrário a mesma seria dispensável⁸³³. Dessa forma, a eficácia da norma pode estar no cumprimento espontâneo do determinado pelo Estado, denominada "eficácia do preceito ou primária"; ou na imposição de pena à conduta determinada em preceito primário, denominada "eficácia da sanção" ou "secundária"⁸³⁴. Assim, a "quota de eficácia" significa a relação entre os casos de eficácia e do número de situações típicas, ou seja, da relação entre o

⁸²⁷ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 451.

⁸²⁸ Aqui não há pretensão de se determinar hierarquia, ou valorizar a importância de cada Poder e de suas funções, havendo a constatação de a legitimidade da atuação do legislativo ser de natureza diversa da do judiciário.

⁸²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, p. 25.

⁸³⁰ Cf. Fórmula de Schumann: "Nenhum tribunal pode tomar por base para a sua decisão uma regra que nem sequer o legislador poderia ordenar."

⁸³¹ Princípios cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, pp. 1097 a 1099.

⁸³² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 452. Sobre maior efetividade possível *vide* também BASTOS, Celso. *Op. cit.*, 2001, pp. 104 a 106.

⁸³³ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 901.

⁸³⁴ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, 2005, p. 63-64.

número de vezes em que a norma é realmente cumprida e o número de vezes em que a mesma deveria sê-lo⁸³⁵.

Pretendemos das à essa norma a maior eficácia no sentido de maior cumprimento da mesma, o que se relaciona diretamente com a possibilidade de a norma incidir no caso concreto. Assim, se a norma possuir um sentido mais abrangente em relação a sua incidência, maior a possibilidade de sua eficácia.

Apesar de o raciocínio da proteção à coisa julgada, como óbice apenas à retroatividade da lei, permitir sua modificação por outras vias, como a judiciária e a administrativa, a coisa julgada regula uma situação protegida no tempo, a situação de sentenças judiciais decididas com julgamento de mérito sem possibilidade recursal ou rescisória. Então, se a imutabilidade presente na coisa julgada mantém a situação decidida no decorrer do tempo, o óbice apenas à irretroatividade da lei não seria determinante para uma mínima existência do instituto, vez que a apreciação dos conflitos é efetuada pelo Poder Judiciário.

Deve ser ressaltado que o conceito de coisa julgada, mesmo com sua intersecção com o sentido de irretroatividade, não se confunde com a mesma, pois a Constituição não usa palavras inúteis e a termos diferentes devem ser atribuídos, mormente, significados diferentes⁸³⁶. Isso significa que a coisa julgada - no sentido de impossibilidade de lei modificar sentença passada em julgado -, mesmo contida na significação de irretroatividade das leis, não é exaurida, sendo uma das formas de proteção à irretroatividade legal, apesar de não se limitar a esse papel.

Essa confusão acerca da abrangência dos termos irretroatividade e coisa julgada pode advir do fato de nossa Constituição não proteger a irretroatividade das leis de forma específica⁸³⁷, e de o conteúdo deste último instituto ser determinado pelas limitações à legislação, arroladas pela Constituição, quais sejam: a tríade já mencionada do artigo 5º, inc. XXXVI; o art. 5º, inc. XL⁸³⁸, que impede a retroatividade maléfica ao réu em âmbito penal; o

⁸³⁵ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*, 2005, p. 64-65.

⁸³⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, 1999, p. 117.

⁸³⁷ A frase não pretende determinar que a expressão irretroatividade deveria estar no texto Constitucional, apenas constata possível motivo de confusão entre os termos, vez que não aparecem ambos em uma mesma Constituição e sim na utilização de coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido; não é utilizada a expressão irretroatividade das leis, e vice-versa.

⁸³⁸ Art. 5º, inc. XL, CF/88: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu."

art. 150, inc. III⁸³⁹, que impossibilita a cobrança de tributo, ou sua majoração, anterior à lei que isso instituir⁸⁴⁰.

Apesar de a construção utilizada permitir certa retroatividade de atos, mesmo não se entendendo desta forma em primeira leitura⁸⁴¹, a concepção de coisa julgada pretende aclarar o sentido de proteção das situações no decorrer do tempo, impedindo que:

(...) leis que estabeleçam ou prevejam retroactivamente conseqüências com as quais, segundo uma prognose razoável, a pessoa afectada não podia contar no momento da prática de sua acção.⁸⁴²

Portanto, apesar de uma parte do sentido de coisa julgada emprestar significado à irretroatividade protegida constitucionalmente, o conceito de coisa julgada não está aí resumido.

A coisa julgada possui uma conceituação uniforme nos sistemas jurídicos, no sentido de ser entendida como a sentença que possui imutabilidade em relação tanto à legislação, quanto à sentença judicial que pretenda desconstituí-la e já nestas linhas amplas, a coisa julgada não pode ser limitada à irretroatividade legal.

Assim, além de as espécies legislativas não poderem prejudicar a coisa julgada, pois a Constituição de ser vista como unidade, é forçoso o entendimento de que o ato administrativo e a sentença judicial também não podem prejudicá-la.

Considerando o instituto da coisa julgada no caso concreto, independente das partes envolvidas na contenda, como cláusula pétrea, há necessidade de determinarmos a extensão do termo "tendente a abolir"⁸⁴³, para entendermos quando eventualmente esse direito poderia ser obstado, na forma do art. 60, CF/88.

⁸³⁹ Art. 150, inc. III e alíneas, CF/88: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: inc. III – cobrar tributos; a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b".

⁸⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.*, 2003, pp. 216-218.

⁸⁴¹ Como exemplo está o divórcio instituído no Brasil em 1977, que permitiu a aplicação da lei a casamentos efetuados anteriormente a esta, cf. Idem. *Op. cit.*, 1977. "Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências". art. 1º: "A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta Lei regula".

⁸⁴² ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 388.

⁸⁴³ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05: "A expressão "tendente a abolir" foi de início entendida como significando 'tendente a bulir', o que levou a falar em núcleo ou cerne intocável, intangível, imodificável, da Constituição".

Vale lembrar que as Constituições, para sua manutenção no passar do tempo, possuem como principal mecanismo, a rigidez constitucional, adotando uma escala de maior ou menor rigidez, conforme a dificuldade de seu processo revisor⁸⁴⁴.

A Constituição de 1988 é considerada branda, porque, para sua reforma, não há concorrência necessária de política diversa do legislativo; o quórum não é impedimento significativo à mudança; há intervalo nos regimentos apenas de dias entre os turnos de votação exigidos e os mesmos políticos podem votar em ambos⁸⁴⁵. Além disso, o número de emendas aprovadas determina a rigidez constitucional e aqui já foram editadas cinquenta e duas emendas constitucionais⁸⁴⁶, além das seis emendas de revisão⁸⁴⁷.

Nesse sistema, as cláusulas pétreas, que perfazem o núcleo irreduzível⁸⁴⁸ da Constituição Federal, são um óbice material à atuação do legislador. Assim, a feitura de lei que fere este conteúdo material imodificável é inconstitucional, tanto por não ser compatível com a norma, como por constituir exercício irregular ou excessivo de poder pelo Legislativo.⁸⁴⁹

Porém, a proibição não se refere à abolição do instituto, e sim a qualquer determinação tendente a abolir o elencado. Portanto, à parte a dificuldade de determinação dos termos: forma federativa, direitos e garantias individuais, etc., ainda há a necessidade de explicar o que essa tendência a abolir significa, neste caso especificamente.

O termo em foco refere-se a princípios e não a artigos constitucionais. Portanto, o texto protetivo permite reformulação da norma no sentido de ampliar a sua incidência. Outra situação clara é que o instituto proíbe que sejam totalmente eliminados os institutos protegidos⁸⁵⁰.

Na expressão utilizada pela Constituição, a impossibilidade de modificação abrange também: eventual prejuízo do protegido; sua negação, em parte; o impedimento de seu exercício; ou mesmo uma pequena diminuição de sua incidência, por meio de subterfúgios

⁸⁴⁴ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, pp. 62-64.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, pp.65-67.

⁸⁴⁶ A Emenda Constitucional n.º 52, que dá nova redação § 1º do artigo 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais, é de 08/03/2006, conforme a internet no site < <https://www.planalto.gov.br>>, acesso em 17/10/06.

⁸⁴⁷ Isso em menos de 20 anos de Constituição de 1988. Emendas de revisão cf. art. 3º, ADCT, CF/88: "A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral".

⁸⁴⁸ Melhor nomenclatura cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05.

⁸⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 48.

⁸⁵⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

ilegítimos, como pelos seus efeitos jurídicos⁸⁵¹, impossibilitando a suspensão mesmo temporária do abrangido pelas cláusulas pétreas⁸⁵².

A idéia de obstar a coisa julgada por lei infra-constitucional é uma forma de modificação substancial à Constituição, a qual perderia seu objeto sem nada dispor a esse respeito. O termo tendente a abolir, por claramente buscar proteger não apenas o texto dos institutos elencados, abrange a proteção também dos efeitos concretos de determinada norma que esvazie o sentido da coisa julgada, mesmo que isso se dê não pelo sentido da regra, mas pela sua inserção no conjunto normativo se acarretar a prejudicialidade via reflexa.

Abolir é diferente de relativizar, portanto, a proteção está na impossibilidade, principalmente, de macular a coisa julgada já formada. Assim, a sua modificação, inclusive pela forma legislativa, após sua formação é meio de abolir efetivamente o instituto protegido pelo constituinte como cláusula pétrea.

Conforme essas premissas, a instituição de um novo recurso, ou a ampliação do prazo para impetrar ação rescisória, poderiam tender a abolir a coisa julgada, na medida em que os mesmos obstariam a sua formação, protelando-a.

Devemos separar, contudo, o caso da lei nova ampliar um prazo que está correndo, ou desconstituir a coisa julgada dando novo recurso ou prazo⁸⁵³.

A Carta Constitucional define o que seja coisa julgada, porém a concretização desta é de competência do legislador infra-constitucional, e impõe, sem óbice, que o modelo processual adotado contemple a figura da coisa julgada, e não a forma que esta deve possuir. Assim, é possível colocar nova exceção à coisa julgada através de recurso ou de ação própria, relativizando o instituto legislativamente.

Dessa forma, novos recursos podem ser criados, para dilação do prazo dos recursos existentes, assim como para supressão de formas recursais, e também para diminuição de seus prazos. Esses possíveis parâmetros são válidos apenas para processos em andamento ou para processos futuros, pois o transitado em julgado já efetivado não pode se modificar, pela coisa

⁸⁵¹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05: o Constituinte "(...) usou de uma dicção que não se refere ao fim, ao término, ao resultado, mas ao meio, ao curso, à direção do processo legislativo. Ao dizer 'tender' e não 'visar', indicou um rumo e não só um ponto de chegada. Sua intenção foi evitar, não só que se fündasse por abolir no todo, mas também que se tendesse a abolir em parte – ou seja, vedou prejudicar – as matérias ali preceituadas. Em suma, vedou reduzir a compreensão e a extensão dos conceitos componentes dos preceitos postos neste núcleo constitucional. É possível incrementar, mas não reduzir os elementos essenciais da Constituição ali determinados.(...)"

⁸⁵² FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05, p. 84.

⁸⁵³ Um exemplo da segunda hipótese é a modificação do regime dos precatórios a partir de certa data.

julgada formada ser o principal objeto da proteção constitucional. Desta feita, a ação rescisória, por exemplo, não fere a coisa julgada e sim determina o seu conceito.

Portanto, mesmo que os parâmetros da coisa julgada sejam passíveis de modificação, a coisa julgada ocorrida em concreto não pode ser obstada, sequer por forma recursal ou ação autônoma retroativa, pois estas visariam à abolição do instituto.

Isso permite a modificação da coisa julgada sem que a Constituição perca suas características elementares, com a adequação dos preceitos à vida social em constante modificação. É necessário que haja manutenção para o reconhecimento e a modificação conforme o requisitado pela sociedade, sendo as cláusulas pétreas uma proteção a modificações irrefletidas⁸⁵⁴. Assim, precisamos de um debate sério e claro acerca das opções vigentes e propostas, a fim de resultar uma mudança constitucional regrada⁸⁵⁵.

Outra situação problemática seria a criação de um sem número de recursos que impossibilitariam, de fato, a formação da coisa julgada.

Como as normas constitucionais devem ter eficácia, restringindo-se ou ampliando-se o próprio conceito de coisa julgada por via legislativa, não podemos impedir sua formação concreta, pois isso esvaziaria o conteúdo de norma pertencente ao cerne irredutível constitucional⁸⁵⁶.

Não pode ser criado recurso com intuito de desconstituir a coisa julgada no caso concreto já formada, sendo eventual novo recurso, válido apenas para processos futuros ou em andamento.

Podemos perceber, na forma de exemplo, o significado de tendente a abolir, pois essa situação permitiria sempre a revisão da sentença, impossibilitando a existência da coisa julgada a ser protegida pela imutabilidade constitucionalmente determinada. Neste caso, haveria a tendência à abolição do instituto, pois a norma protetiva ficaria sem objeto ou eficácia, em razão de fraude à Constituição. Apesar de não percebermos claramente tal abolição, a norma constitucional ficaria vazia e sem eficácia se houvesse impedimento à sua formação.

Portanto, é cláusula pétrea o conceito de coisa julgada, a coisa julgada no caso concreto e a possibilidade de sua formação conforme a legislação infra-constitucional.

⁸⁵⁴ FRANCISCO, José Carlos. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05., pp. 21-22.

⁸⁵⁵ SILVA, Gustavo Just da Costa. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05., pp. 72 e 76.

⁸⁵⁶ BASTOS, Celso. *Op. cit.*, acesso em 30/08/05., 2001, p. 105.

Além de todo o descrito, tratando agora da importância do cumprimento de determinação judicial, descreveremos algumas passagens constitucionais acerca da possibilidade de intervenção pela não obediência à sentença.

O artigo 34, inciso VI, da Constituição, determina que: "A União não intervirá no Estado nem no Distrito Federal, exceto para: prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial"; e o artigo 35, inciso IV, da mesma, cita que:

O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Nesses casos, podemos falar necessariamente em coisa soberanamente julgada, porque, havendo possibilidade de execução de decisão antes do término do prazo para impetrar-se ação rescisória, essas decisões judiciais só podem ser sentença ou acórdão passado em julgado, pois de outra forma o decidido não seria exigível⁸⁵⁷. Assim, o descumprimento do julgado permitir medida extrema de intervenção demonstra a necessidade institucional de respeito ao decidido pelo Estado e essa efetivação é tratada como racional e necessária, por existirem mecanismo para que os entes federativos a protejam, apesar da sua competência e abrangência diferida.

Além disso, percebemos que a Constituição impõe o respeito à coisa julgada a favor do Estado, mesmo se este não for considerado titular desse direito, conforme o artigo 5º da Constituição Federal. Pois, o parágrafo 3º, art. 36, da Constituição, diz que:

Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida bastar ao estabelecimento da normalidade.

Em conformidade com a abrangência das hipóteses acima, percebemos que a execução de decisão judicial é relatada como normalidade.

Utilizando outros parâmetros já discutidos, a não pacificação social e a inefetiva execução de sentenças judiciais são mote para intervenção regulada constitucionalmente, da

⁸⁵⁷ Há casos de cognição sumária que permitem execução imediata anterior à própria sentença.

União sobre o Estado e do Estado sobre o Município, pois essa anormalidade atenta contra o Princípio Federativo, também protegido como cláusula pétrea⁸⁵⁸.

O instituto da coisa julgada deve ser entendido de acordo com o conceito de Estado Democrático de Direito⁸⁵⁹; assim, o Estado de Direito existe apenas se preenchido o requisito de o Estado e os particulares terem seus atos regulados de forma legal. Porém, para atingir o Estado Democrático de Direito, há necessidade de essas leis serem vinculadas a determinados conceitos constitucionais⁸⁶⁰.

O Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático são as tentativas de harmonização do imperativo e da manutenção da ordem, e o Estado Constitucional Democrático de Direito pressupõe poder suficiente para a manutenção da paz jurídica, com a limitação da "expansão totalitária do poder do Estado"⁸⁶¹. Esse controle deve ser efetuado de várias formas, como através da separação de poderes, a vinculação do executivo à lei e a subordinação estatal a determinados procedimentos tanto legislativos e administrativos, como jurisdicionais⁸⁶².

No Brasil, este Estado Democrático é atingido, em relação aos conflitos apreciados pelo Poder Judiciário, via observação da coisa julgada, pois esta "(...) é elemento de existência do Estado Democrático de Direito".⁸⁶³

Assim, evocando o princípio da igualdade⁸⁶⁴ relacionado às expectativas individuais, há necessidade de tratamento igualitário de todos pelo Estado⁸⁶⁵, inclusive no tratamento dispensado às partes processualmente, na forma da previsibilidade da atuação estatal em concreto, sob o fundamento de norma a todos cogente⁸⁶⁶.

⁸⁵⁸ Art. 60 parágrafo 4º, CF/88: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: inc. I – a forma federativa de Estado".

⁸⁵⁹ CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:"

⁸⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, pp. 37 e 38.

⁸⁶¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 384.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 385.

⁸⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.*, 2004, p. 38.

⁸⁶⁴ Art. 5º, caput, CF/88: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

⁸⁶⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 454.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 388.

5.2. Legislação infra-constitucional e doutrina

Apesar dos parâmetros constitucionais serem importantes, temos que nos voltar à legislação infra-constitucional para conceituar a coisa julgada protegida hodiernamente. Isso porque "A inserção no texto constitucional faz com que o instituto assumira relevância jurídica ainda maior do que aquela que já possui, mas não altera os seus contornos"⁸⁶⁷.

A Lei de Introdução ao Código Civil é legislação infra-constitucional, apesar de ter em seu bojo alguns institutos protegidos constitucionalmente, o que significa que determinados parâmetros podem ser modificados, ou mesmo excluídos do ordenamento infra-constitucional por legislação ordinária⁸⁶⁸.

De qualquer forma, a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º⁸⁶⁹, apenas remete-se à Constituição de 1988, havendo a circularidade já abordada, porém a mesma lei trata da coisa julgada como decisão judicial sem possibilidade recursal⁸⁷⁰, o que já começa a clarificar o sentido do conceito.

No entanto, a impossibilidade recursal para a modificação do decidido ou mesmo sua discussão⁸⁷¹, refere-se apenas a uma das hipóteses de coisa julgada classificadas no nosso sistema processual, qual seja, a coisa julgada formal.

A coisa julgada formal trata da impossibilidade de uma sentença ser modificada nos autos em que a mesma foi proferida, portanto incabível apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial, recurso ordinário e extraordinário⁸⁷².

A coisa julgada formal constitui-se quando 1) as partes não recorrem da sentença proferida, 2) há o esgotamento de todas as vias recursais para a sua modificação, ou 3) o recurso impetrado não obedece aos requisitos de admissibilidade, como por exemplo, recolhimento de custas, pré-questionamento, etc.⁸⁷³ Assim, esta coisa julgada põe fim à

⁸⁶⁷ ALVES, Elaine Cristina Bueno. *Op. cit.*, p. 96.

⁸⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*, p. 176.

⁸⁶⁹ Cf. LICC Decreto-lei 4657/42, art. 6º: "A lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

⁸⁷⁰ Cf. LICC Decreto-lei 4657/42, art. 6º, parágrafo 3º: "Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."

⁸⁷¹ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 484.

⁸⁷² Cf. 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." Cf. GREENOVER, Ada Pellegrini in LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 9, apesar de a distinção entre coisa julgada formal e material ser amplamente aceita no Brasil, é de "lamentar-se a redação defeituosa da art. 467, CPC, que, a pretexto de definir a coisa julgada material, acaba dando o conceito de coisa julgada formal".

⁸⁷³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 903.

relação processual determinada, pois nenhum outro ato modifica o já decidido naqueles autos, pela ocorrência de um fenômeno interno ao processo, uma preclusão⁸⁷⁴.

Conforme alguns autores⁸⁷⁵, o termo coisa julgada formal é problemático, e não está protegido constitucionalmente, pois existe a possibilidade de sua modificação se ocorrer sem que simultaneamente advenha a coisa julgada material.

Assim, a coisa julgada formal pode ser entendida como preclusão, pois ela é a impossibilidade de praticar ato processual, por decurso de prazo, ou pelo ato efetuado não condizer com as regras de admissibilidade⁸⁷⁶.

Dessa forma há o entendimento de que, a sentença, mesmo recorrida, pode acabar por passar em julgado formalmente, pois não se pode de antemão prever objetivamente se o recurso interposto será conhecido pelo órgão superior, uma vez que o conhecimento do recurso depende do trabalho do advogado, do entendimento do órgão julgador e do fato que "nem sempre a aplicação coincide com a incidência da norma jurídica".⁸⁷⁷

Isso ocorre, apesar de as duas modalidades de coisa julgada normalmente acontecerem ao mesmo tempo, pela possibilidade delas acontecerem em momentos distintos, como nos casos de recurso de ofício⁸⁷⁸ e de sentença sem julgamento do mérito⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 11-12.

⁸⁷⁵ Coisa julgada formal como preclusão, cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 903, SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 484. Coisa julgada formal em afinidade com o instituto da preclusão, cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 1 vol. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 615, TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 173 e GAZZI, Mara Sílvia. *Op. cit.*, p. 93.

⁸⁷⁶ Cf. art. 183, CPC: "Decorrido o prazo, extingue-se independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa". Cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, pp. 643-644: "Preclusão é a perda da faculdade de praticar um ato processual", sendo que a preclusão temporal "ocorre quando a perda da faculdade de praticar um ato processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tivesse praticado o ato, ou o tenha praticado a destempo ou de forma incompleta ou irregular".

⁸⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 145.

⁸⁷⁸ Cf. art. 475, do CPC: "Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – que anular o casamento; II – proferida contra o Estado, a União e o Município; III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los".

⁸⁷⁹ Cf. art. 267, do CPC: "Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: I – quando o juiz indeferir a petição inicial; II – quando ficar parado por mais de um (1) ano por negligência das partes; III – quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta (30) dias; IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII – pela convenção de arbitragem; VIII – quando o autor desistir da ação; IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X – quando ocorrer confusão entre o autor e o réu; XI – nos demais casos previstos neste Código".

No primeiro caso, a sentença de primeiro grau, independente de recurso das partes, precisa ser confirmada em segundo grau de jurisdição para fazer coisa julgada material, porém, na falta dos recursos das partes pelo decurso de prazo, ocorre a coisa julgada formal⁸⁸⁰.

Já no caso de sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito, não há coisa julgada material, pois esta só ocorre quando o mérito é apreciado, todavia, há coisa julgada formal, pelo fato de as partes não poderem modificar esta sentença via recursal, nos autos em que esta sentença foi proferida.

A coisa julgada material é a "coisa julgada por excelência"⁸⁸¹, denominada também preclusão máxima⁸⁸², e conforme artigo 467 do CPC, ela é a "eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença". Essa coisa julgada impede nova discussão acerca da sentença de mérito não apenas em seus próprios autos, como ocorre com a coisa julgada formal, mas também em nova ação judicial, não se sujeitando nem aos recursos ordinário e extraordinário, nem à remessa necessária à segunda instância. Assim, a coisa julgada, para ser a formal, precisa desta indicação expressa no texto.⁸⁸³

A divisão entre coisa julgada formal e material é determinada historicamente pela doutrina mais antiga. De qualquer forma, a coisa julgada protegida pela Constituição, sem que haja qualquer dúvida quanto a este fato, é a coisa soberanamente julgada, que ocorre após o advento da coisa julgada formal e material. Passados dois anos da formação desta última, com a preclusão do direito de impetrar ação rescisória, ocorre, definitivamente, o impedimento de nova discussão do outrora decidido, com a efetivação dos dois conceitos. Portanto, a "distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes".⁸⁸⁴

De qualquer forma, a ação rescisória possui rol restrito e não trata da flexibilização do julgado e sim dos parâmetro para sua modificação, determinados pelo legislador ou mesmo de um limite à coisa julgada já legislada.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 467, refere-se à coisa julgada como a eficácia da sentença, mas sobre a natureza jurídica do instituto muito já foi discutido⁸⁸⁵. A coisa julgada pode ser tratada como um dos efeitos da sentença, ou como o próprio efeito

⁸⁸⁰ Cf. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 903.

⁸⁸¹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 615.

⁸⁸² BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 114.

⁸⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 903. WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 615.

⁸⁸⁴ BERALDO, Leonardo de Faria. *Op. cit.*, p. 116.

declaratório, conforme tradição romanística⁸⁸⁶. Essa teoria aborda a coisa julgada como a eficácia da sentença declaratória e para haver coisa julgada material, esse aspecto da sentença não precisaria preponderar, pois, para tanto, seria suficiente a "eficácia declarativa mediata ou imediata"⁸⁸⁷ da sentença, o que tornaria este pronunciamento incontestável "no presente e no futuro"⁸⁸⁸.

O problema dessas teses reside na possibilidade de existirem sentenças que possuem autoridade, apesar de não fazerem coisa julgada⁸⁸⁹, como no caso de relação jurídica continuativa⁸⁹⁰, de sentença determinativa de guarda, de decisão proferida em ação de alimentos, em jurisdição voluntária⁸⁹¹, em ação popular improcedente por falta de provas⁸⁹², ação coletiva⁸⁹³ e processo cautelar⁸⁹⁴.

Outra crítica está na distinção entre declaração e modificação, pois seria necessário, para conceder apenas à sentença declaratória a imutabilidade, alguma qualidade em sua natureza jurídica que a determinasse de forma diversa da sentença modificatória⁸⁹⁵. Pois, "Se o juiz anula um contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune à contestação do que ficaria se ele se limitasse a declarar nulo o contrato?"⁸⁹⁶

⁸⁸⁵ Sobre as divergências doutrinárias, vide ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 24-26, GAZZI, Mara Sílvia. *Op. cit.*, pp. 88-89, MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos. **Revista dos Tribunais**. n. 631. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai. 1988, pp. 74-76, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 32-44.

⁸⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 2.

⁸⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Op. cit.*, p. 144. Ainda sobre a eficácia declaratória, afirma na mesma página que: "(...) O 'não tem razão', nas ações declarativas, imputa em 'tem razão', para a outra parte ou para as outras partes. Tem-se de atender que a ação declaratória tem como finalidade precípua, preponderante, o enunciado existencial: se perde quem disse que 'é', ganha quem disse que 'não é'; se perde quem disse que 'não é' ganha quem disse que 'é'."

⁸⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2003, p. 206.

⁸⁸⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁹⁰ Art. 471, CPC: "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas a 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 previstos em lei".

⁸⁹¹ Art. 1111, CPC: "A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes". Inserido no título II – dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

⁸⁹² Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 18: "A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

⁸⁹³ Cf. Código do Consumidor Lei n.º 8078/90 c/c Lei n.º 7347/85.

⁸⁹⁴ Art. 810, CPC: "O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor".

⁸⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 91-83.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 82.

Outra concepção que se diversifica das citadas considera que os efeitos da sentença se diferenciam da autoridade da coisa julgada, pois essa autoridade se vincula à incontestabilidade da coisa julgada, sem referência a esta como um efeito da sentença. Portanto,

(...) a parte a que se denegou o bem da vida, não o pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de conseguí-lo praticamente, em face da outra, mas não pode sofrer, por parte desta, ulteriores contestações a êsse direito e êsse gozo. Essa é a autoridade da coisa julgada.⁸⁹⁷

A autoridade da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença⁸⁹⁸ deve ser entendida relacionada com sua autoridade, sem sua coexistência com a idéia de coisa julgada como um efeito da sentença ao lado dos outros efeitos, pois a mesma precisaria abarcá-los para determinar-lhes a autoridade⁸⁹⁹.

A coisa julgada destituída de sua autoridade "é para quem a obteve pouco menos que inútil"⁹⁰⁰, pois a "expressão da vontade concreta do direito pode e deve acrescer a autoridade da coisa julgada, ainda que seu conteúdo e seus efeitos não sejam meramente declaratórios, mas também de criação e de modificação da realidade jurídica"⁹⁰¹.

O problema com esta teoria é a impossibilidade de que as partes, posteriormente à sentença, pactuem de forma diversa sobre o bem jurídico já tutelado. Pois, se a coisa julgada só servisse para que outro juiz não se manifestasse de modo diverso, haveria um "abismo entre coisa julgada (vínculo dos juízes) e a efetiva situação jurídica substancial".⁹⁰²

(...) os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se preferir, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida a situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.⁹⁰³

⁸⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 370.

⁸⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Op. cit.*, p. 6 e 40.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁰² *Ibidem*, p. 42.

⁹⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 89.

Isso porque a autoridade da coisa julgada é uma "imunidade a contestações juridicamente relevantes"⁹⁰⁴, pois, em regra, os efeitos da sentença só ocorrem após o advento da coisa julgada, uma vez que a lei condiciona aqueles ao advento do trânsito em julgado⁹⁰⁵.

Há concepção que chegou a entender coisa julgada como qualidade do conteúdo da sentença que deve recair apenas sobre os efeitos declaratórios da sentença, porém, neste caso, não haveria vinculação a um efeito declaratório da sentença e sim ao declarado pelo juiz em seu comando⁹⁰⁶.

De qualquer forma, essa discussão sobre a coisa julgada como efeito ou qualidade, etc. é relevante apenas para o entendimento de seus limites subjetivos, pois uma opção sobre sua conceituação praticamente determinaria esses limites.

Isso ocorre pela classificação utilizada determinar a amplitude da sentença no que diz respeito à sua abrangência e a possibilidade de as partes virem a compor a lide de forma diversa posteriormente⁹⁰⁷, pois se a autoridade da coisa julgada se relaciona a seus efeitos, não há possibilidade de modificação destes, inclusive havendo terceiro interessado. Agora, a partir do momento em que se tem a coisa julgada como imutabilidade do comando judicial, não podemos falar em necessária vinculação de terceiro, ou em impossibilidade de modificação do julgado por convenção entre as partes.

Enfim, entendemos a coisa julgada como o aspecto de imutabilidade da decisão, que impede que uma das partes ou todas as interessadas vão a juízo para modificá-la ou conseguir outra que lhe seja incompatível.⁹⁰⁸

Sem dúvida que a coisa julgada é sanatória, é o ponto mais alto da estabilidade, pois a decisão passada em julgado se desprende dos fatos como a partição das partes no processo, imunizando novas incertezas a respeito do caso concreto. Quando a coisa julgada passa a ser o direito de quem venceu a demanda, os órgãos jurisdicionais devem portar-se em conformidade com a mesma⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 88.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 88.

⁹⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2001, pp. 486-501.

⁹⁰⁷ Isso apesar de o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 850, preconizar que: "É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência alguma dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação".

⁹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, 2005, pp. 44-45.

⁹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 10-11.

A coisa julgada formal é pressuposto para a ocorrência da coisa julgada material, até porque, para a sentença não poder ser novamente discutida no futuro, não pode a mesma ser discutível no processo sede de onde ela advém⁹¹⁰.

No caso de proposta ação idêntica⁹¹¹, havendo outra protegida pela coisa julgada material, essa será julgada extinta sem julgamento do mérito, devendo ser alegada a coisa julgada em preliminar de contestação⁹¹², e, no caso de não ser alegada, pode ser conhecida de ofício pelo juiz da causa⁹¹³.

Proferida uma sentença em ação idêntica a outra em que já ocorreu a coisa julgada material, esta segunda deve ser rescindida nos termos do artigo 485, IV⁹¹⁴, por ação rescisória.

A identidade de ações é determinada pela tríplice identidade, que significa a ocorrência de mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir em ações diversas⁹¹⁵.

Parte é conceito processual que não se confunde com titular de direito, sendo os vários sujeitos ativos e passivos constantes em determinado processo⁹¹⁶.

Pedido é a determinação que a parte pretende ver atendida, é o objeto da ação⁹¹⁷. Esse instituto é dividido em pedido mediato e imediato; o pedido imediato é a tutela jurisdicional, ou seja, o autor pretende que uma sentença de mérito seja proferida; o mediato é faticamente o que pretende o requerente ver atendido nesta sentença, ou a atitude que este deseja obrigar o réu⁹¹⁸.

Causa de pedir constitui-se um dos motivos que levam o autor a fazer determinado pedido. Esta é dividida em causa de pedir remota, próxima e necessária, as quais são,

⁹¹⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da Silva. *Op. cit.*, 2001, p. 485.

⁹¹¹ Cf. art. 301, parágrafo 1º: "Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada". Art. 301, parágrafo 2º: "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido".

⁹¹² Cf. art. 301, VI, CPC: "Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: VI – coisa julgada".

⁹¹³ Parágrafo 3º do art. 267, CPC: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante nos ns. IV, V (quando o juiz acolher a alegação ... de coisa julgada) e VI; todavia o réu que não a alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento." E parágrafo 4º do art. 301, CPC: "Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo." Sendo o inc. VI – "coisa julgada".

⁹¹⁴ Art. 485, IV: "A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: IV – ofender a coisa julgada".

⁹¹⁵ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2001, p. 28.

⁹¹⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 143-145.

⁹¹⁷ *Ibidem*, pp. 145-147.

⁹¹⁸ GRECCO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2000, p. 99 e PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2000, pp.145-147.

respectivamente, os fatos que determinaram o pedido; o fundamento jurídico do mesmo, ou a relação jurídica existente; e a pretensão resistida sem justa causa⁹¹⁹.

Apesar de a tríplice identidade estar determinada no direito e ser parâmetro aceito como identificador de ações, há doutrina que, apesar de não inutilizá-la, ressalta que, para a identidade de ações no caso de coisa julgada, mais importantes são os limites objetivos e subjetivos da imutabilidade do que a tríplice identidade⁹²⁰. Isso porque a coisa julgada atinge apenas as partes, não incidindo em direito de terceiro, com a exceção de ação relativa a estado de pessoa, se os interessados fizerem parte do processo em litisconsórcio necessário⁹²¹, sendo este seu limite subjetivo conforme o Código de Processo Civil.

Defendemos que, inicialmente os efeitos da sentença atingem terceiros, os quais podem vir a discutir a decisão, pois o que não os atinge é a coisa julgada, apesar de que se o direito de outrem depende do direito de parte processual, a decisão sobre este acabará por incidir em terceiros pelo fato de essa pretensão não possuir fundamento próprio, ou por ser apenas interesse ou por se tratar de direito subordinado⁹²².

Outros que estão subordinados à coisa julgada são os sucessores das partes, o substituído e os legitimados concorrentes⁹²³, pois estão adstritos a eventual processo transitado em julgado, no qual figurou como parte: um legitimado concorrente, as partes posteriormente sucedidas, o substituto. Outra hipótese de submissão está na representação, pois, apesar de a parte ser o representado, é o representante que está no exercício do direito em ação judicial, e assim a coisa julgada mantém-se mesmo na possibilidade futura de o representado poder exercer seus direitos.

A coisa julgada material se forma nos limites da lide e das questões decididas⁹²⁴. Lide aqui significa mérito, pois conforme a exposição de motivos do Código de Processo Civil⁹²⁵, "O Projeto só usa a palavra lide para designar o mérito da causa." Ocorre que os limites objetivos dados ao instituto são determinados pelo que o mesmo não abarca, quais sejam, a

⁹¹⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. *Op. cit.*, 2000, pp. 147-150.

⁹²⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. Coisa julgada e tríplice identidade. In **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**. São Paulo: FMUSP, 1991 pp. 27-28.

⁹²¹ Art. 472, CPC: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros".

⁹²² GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2000, pp. 251-253.

⁹²³ *Ibidem*, pp. 253.

⁹²⁴ Art. 468, do CPC: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões já decididas".

⁹²⁵ Cf. exposição de motivos do Código de Processo Civil, capítulo III, II – da terminologia do projeto, número 6.

verdade dos fatos, os motivos e as questões prejudiciais⁹²⁶, e isso significa que não é toda a sentença que faz coisa julgada e sim apenas a parte de seu dispositivo⁹²⁷, pois o investigado e pré-determinado para a decisão efetiva pode ser rediscutido em outro processo.

Pelo fato de o Código trabalhar com a exclusão do que não faz coisa julgada, o decidido que não esteja inserido no dispositivo, obrigatoriamente, fará coisa julgada se não couber nesses itens protegidos.

Exceção a esses parâmetros objetivos está no caso de questão prejudicial, pois, apesar de ressalva geral, há incidência de coisa julgada em questão prejudicial se a mesma for pressuposto para a decisão do feito, no caso de requerimento da parte ao juiz competente⁹²⁸.

Assim, a incidência da coisa julgada em processo futuro não se resume às ações que possuem a tríplice identidade. Nestas, a ação proposta deve ser extinta sem julgamento do mérito. Entretanto, na inexistência deste requisito, havendo intenção de discussão sobre algo que esteja decidido em sentença anterior, dentro dos limites objetivos e subjetivos abarcados pela coisa julgada material, o juiz tem que julgar o processo, porém de forma coerente com o já julgado⁹²⁹.

Conforme exceção supracitada, não haverá extinção do processo sem julgamento do mérito, pois o art. 267 do CPC, que regula este instituto, trata desta extinção no caso de o juiz acolher a alegação da coisa julgada, que se remete ao art. 301, do Código de Processo Civil, que diz da necessidade da preliminaridade da alegação. Porém, a coisa julgada a que se referem é a determinada na tríplice identidade, conforme parágrafos 1º, 2º e 3º⁹³⁰ desse mesmo artigo. Assim, como não se pode voltar a discutir o alegado e o decidido, nos termos do art. 468, do Código de Processo Civil⁹³¹, não se pode discutir novamente o já julgado.

Diante disso, a irrecorribilidade da sentença impede o juiz de nova apreciação do caso, a não ser quando cabíveis os remédios da ação rescisória, nos limites do artigo 485, do

⁹²⁶ Art. 469, do CPC: "Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo".

⁹²⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 2000, p. 249.

⁹²⁸ Art. 470, CPC: "Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide".

⁹²⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, 1991, p. 29.

⁹³⁰ Art. 301, parágrafo 3º, CPC: "Há litispendência quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

⁹³¹ Art. 468, CPC: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

Código de Processo Civil, e dos embargos à execução, artigo 741, inciso I⁹³², do mesmo diploma, no caso de pretensão do desfazimento da sentença pela revelia do requerido, ou nos casos, conforme artigo 463, inciso I, do mesmo diploma⁹³³, de inexatidões materiais ou erros de cálculo.⁹³⁴

A coisa julgada, apesar de já ter sido vista como a expressão da verdade pelos romanos, como o resultado da justiça, conforme os preceitos canônicos, é entendida hoje, no máximo, como a lei entre as partes – lei no caso concreto. Assim, a coisa julgada determinada infra-constitucionalmente e pela doutrina está na imodificabilidade do julgado, observando seus requisitos subjetivos e objetivos.

5.3. Crítica

Sem dúvidas, a coisa julgada no caso concreto contra o indivíduo é cláusula pétrea, havendo interpretação no mesmo sentido quando o titular da ação for pessoa jurídica ou ente público, sob o fundamento da proteção dos direitos individuais e da forma Federativa de Estado, pelo artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Além disso, não podemos confundir "tendente à abolir" com "relativizar", pois a criação de exceções legislativas à formação da coisa julgada não fere o núcleo irreduzível constitucional, como no caso da ação rescisória. Isso porque a Constituição fala em coisa julgada sem determinar o seu significado, portanto a lei não pode prejudicar o que a própria lei determina. Dessa forma, a ação rescisória não tende à abolir a coisa julgada, e sim, a define, pela configuração deste instituto depender do descrito infra-constitucionalmente.

Conseqüentemente, o legislador não pode resolver modificar, para o passado, o que ele mesmo determinou como o protegido constitucionalmente, em razão da plasticidade entendida como: a Constituição proteger o que a legislação infra-constitucional determinar.

⁹³² Art. 471, inc. I: "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".

⁹³³ Art. 463, inc. I, CPC: "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: inc. I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento de parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo.

⁹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, 2001, pp. 26-27.

Haveria uma tendência a abolir o instituto, por exemplo, no caso da criação de infundáveis recursos, pois isso impediria a formação da coisa julgada dentro dos processos, deixando esta sem objeto.

Dessa forma, a solução para o problema da relativização da coisa julgada inconstitucional entrelaça-se com a determinação de seu significado constitucional e sua delimitação infra-constitucional.

Assim, utilizando como base teórica o descrito neste último capítulo, concluímos que a coisa julgada não pode ser relativizada nos casos concretos já passados em julgado. Porém, para um equacionamento do problema, considerando a busca da Justiça pelo Direito, há possibilidade de modificação dos parâmetros da coisa julgada pelo Legislador, com o aumento do rol de cabimento da ação rescisória, com a ampliação de seu prazo, ou com a criação de novas modalidades de recursos e ações autônomas para que o sistema processual modifique-se, em consideração aos apelos da doutrina que afirma que sua atual configuração é insatisfatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coisa julgada possui um conceito mínimo, histórico e fixo, de decisão judicial imodificável, determinado a partir do estudo histórico do Direito Romano, do Direito Canônico, do Direito Português e do Direito Brasileiro até o advento da Constituição de 1988.

Além disso, a coisa julgada, com o conceito poroso acima definido, existe em todos os ordenamentos, e, em cada um destes possui parâmetros infra-constitucionais diferenciados, que dependem dos recursos, das instâncias judiciais, etc., apesar de seu sentido constante de imutabilidade do decidido.

Por conseguinte, a fixação da duração das controvérsias judiciais é uma opção política, pois a legislação, que determina a sistematização da coisa julgada, é atividade política, que, nestes termos, fixa o que é o instituto jurídico, dentro um ordenamento complexo pré-existente.

Destas observações, percebemos que a coisa julgada pode ser estudada sob o enfoque jurídico e o político, especificando que o presente estudo é eminentemente jurídico, por meio do qual buscamos a conformação do instituto, dentro do arcabouço legislativo nacional, por meio de uma análise do direito processual e material.

A coisa julgada, apesar de objeto de vários estudos, sempre foi pensada nos termos do direito processual, e seus parâmetros constitucionais foram resgatados apenas na discussão atual de sua relativização. Assim, o assunto em pauta, em balizas constitucionais, é atual.

Determinado o conteúdo mínimo acerca do conceito de coisa julgada e do enfoque a ser utilizado, estudamos a problemática constitucional sobre a delimitação – ou possibilidade de relativização – da coisa julgada no Brasil, pois atualmente vários doutrinadores pretendem ver a coisa julgada material flexibilizada após o prazo rescisório.

Para tanto, foram separados e criticados os argumentos que constituem os dois blocos doutrinários, pró e contra a relativização da coisa julgada, quando a mesma fosse injusta ou inconstitucional, e, posteriormente, tais argumentos foram interpretados com base constitucional, medindo-se sua compatibilidade com o sistema jurídico atual.

Os argumentos elencados sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional foram: da negação da proteção constitucional dada à coisa julgada; da prevalência dos princípios da legalidade e da moralidade sobre a imodificabilidade da decisão; da impossibilidade de a sentença sem efeitos substanciais fazer coisa julgada; da

sentença inexistente não transitar em julgado; da instrumentalidade da utilização da ação rescisória e da necessária ampliação de seu cabimento.

As principais críticas apresentadas foram:

1. as citações bibliográficas mútuas dos partidários da relativização da coisa julgada, que ocorrem de maneira positiva, mesmo quando os argumentos possuem fundamentos diversos ou mesmo incompatíveis entre si;

2. a ampla utilização do casuísmo como fundamento para posicionamentos, não havendo a utilização sistemática do método indutivo;

3. a falta de objetividade na elaboração de um critério para estabelecer os casos de relativização da coisa julgada;

4. a confusão na utilização de termos clássicos de teoria geral do direito, como existência, validade, eficácia, nulidade, anulabilidade e rescindibilidade; e

5. a utilização do termo justiça e de seus sinônimos sem a especificação de seu significado.

Sobre a impossibilidade de relativização da coisa julgada, elencamos os argumentos da constitucionalidade da proteção dada à este instituto; da coisa julgada como indispensável à cidadania processual; da incerteza do resultado justo da segunda decisão; dos vícios transrescisórios não poderem ser obstados por meio de ação rescisória; da preliminaridade da apreciação da coisa julgada; da impossibilidade de o controle concreto de constitucionalidade atingir o transitado em julgado; do princípio da proporcionalidade ser utilizado apenas na ponderação legislativa sobre esta relativização.

As principais críticas apresentadas sobre os argumentos contra a relativização foram:

1. a utilização de conceitos com significado diverso do estratificado na doutrina, modificando o entendimento da coisa julgada por meio escuso, como no caso de ampliação do conceito de sentença inexistente, ampliando-o para abarcar as injustiças do caso concreto;

2. a falta de método ao abordar o tema dos efeitos da inconstitucionalidade, havendo confusão na determinação dos conceitos de nulidade e anulabilidade;

3. a limitação do descrito na discussão dos casuísmos e argumentos apresentados pelas teses pró-relativização, tendo a argumentação caráter meramente defensivo-negativa; e

4. a falta de determinação do significado de segurança jurídica.

Apesar disso, encontramos aspectos positivos nos argumentos pró-relativização, como:

1. a necessidade de ponderação da justiça;
2. a excepcionalidade e imparcialidade de possível relativização;
3. a necessária criação de normas infra-constitucionais para que o problema da coisa julgada inconstitucional seja sanado, por exemplo, com a ampliação do prazo da ação rescisória;
4. a incoerência da utilização da ação rescisória para a flexibilização dos casos de sentença ilegal e os de sentença inconstitucional, por se entender que, pela gravidade de cada caso ser diferente, sua rescisão também deveria ser;
5. a necessidade de ampliação das hipóteses de sentenças que não passam em julgado, dificultando o processo de formação de coisa julgada.

Da mesma forma, encontramos aspectos positivos nos argumentos contra a relativização da coisa julgada, como:

1. a impossibilidade de a regra constitucional ser entendida como referente apenas ao legislador;
2. a inconsistência do conceito de justiça utilizado pelas teses pró-relativização;
3. a determinação que a coisa julgada é fadada a produzir injustiças, por fazer um corte temporal na discussão das questões;
4. a impossibilidade de a própria decisão ser contraposta a algum direito concreto;
5. a necessidade de critérios objetivos determinados pelo legislador para eventual relativização;
6. a negação do casuísmo;
7. a impossibilidade de reafirmação da definitividade em eventual segunda sentença, dada após a rescisão da coisa julgada; e
8. a fixação de que a coisa julgada é um direito fundamental, não uma simples regra de caráter processual.

Estas foram as observações consideradas pertinentes para pensarmos na problemática da coisa julgada inconstitucional. Apesar disso, dada a impossibilidade de fundamentar uma tese sobre a coisa julgada inconstitucional nesses parâmetros, optamos por estudar os elementos em comum de cada um dos dois blocos doutrinários, quais sejam, a justiça e a segurança, inclusive pela incompatibilidade de ambos, apresentada pelas teorias, a qual evidencia que, sendo um afastado, o outro deveria fundamentar o raciocínio sobre a temática.

Inclusive, consideramos estranha a constante afirmação dessa incompatibilidade, sem qualquer fundamentação teórica, desconfiando da veracidade do informado.

As teorias da justiça estudadas foram da justiça absoluta – considerando a impossibilidade de determinação do justo natural –, da justiça relativa – que não oferece parâmetros objetivos –, da justiça procedimental pura de Rawls – em que esse valor seria encontrado pelo procedimento utilizado, apesar de sua vinculação com a ideologia –, e a justiça como aporia de Derrida – que defende a impossibilidade de o direito alcançar a justiça.

A despeito de considerarmos esta última teoria a mais precisa, não podemos utilizá-la como método para o estudo da coisa julgada, pela sua total imprecisão, portanto optamos pela utilização da Teoria de Rawls.

Sobre segurança, deve ficar claro que seu principal objetivo é evitar "surpresas", é dar previsibilidade ao sistema, porém, seu conceito é muito controvertido, o que impede sua utilização como único objetivo de todo o sistema, pois, apesar de não ser tão problemático como o termo justiça, não está livre de confusão conceitual. Além disso, esse termo não pode ser considerado como uma imposição dentro dos sistemas jurídicos e, sim, por ser um termo quantitativo, como o maior ou menor grau de estabilidade de cada sistema.

Radbruch defende a impossibilidade de o direito ficar entregue às diferentes opiniões dos indivíduos, porém, mesmo Kelsen entende que é impossível determinar uma resposta correta para as questões jurídicas, considerando que a correção jurídico-política de determinada decisão não pode estar amparada na lei, pois esta dá ampla discricionariedade ao seu intérprete.

Na falta de objetividade na determinação da segurança jurídica, Vigo e Pérez Luño, que entendem a necessária aproximação do conceito de segurança com o de justiça procedimental, defendem a concreção desses dois valores no princípio da proteção dos bens jurídicos.

Assim, a segurança revela-se também como um conceito poroso, que não pode ser utilizado como critério para um posicionamento em face do problema da coisa julgada inconstitucional, sendo possível apenas a utilização de uma parte de seu conceito, o da proteção dos bens jurídicos fundamentais de um sistema.

Em razão da impossibilidade de utilizarmos os elementos escolhidos, optamos por resolver o conflito por meio de uma análise do conceito de justiça formal, considerando esta como a existência de um sistema procedimental imparcial, ou procedimental de justiça,

estabelecendo um sistema normativo tanto sobre a segurança jurídica como sobre a justiça, o que determina a coisa julgada como uma exigência não apenas da segurança, mas também da justiça.

Assim, a única saída para a resolução do problema da coisa julgada inconstitucional foi a análise desse direito dentro da Constituição. Utilizamos como parâmetros para tal opção a importância do constitucionalismo e a supremacia jurídica desse documento.

Com isso, chegamos às seguintes conclusões:

1. a coisa julgada constitui direito fundamental;
2. a tutela da coisa julgada – decisão judicial imodificável, segundo a legislação em vigor, no momento de sua formação – é cláusula pétrea;
3. a coisa julgada no caso concreto é cláusula pétrea, não sendo possível a sua modificação por decisão posterior do legislador infra-constitucional e, em certos limites, nem mesmo pelo poder constituinte reformador;
4. há possibilidade de modificação dos parâmetros infra-constitucionais da coisa julgada, porque a Constituição não determina o seu significado, o qual deve ser estabelecido pela legislação infra-constitucional;
5. a ação rescisória não tende a abolir a coisa julgada, e sim, a define, pela configuração de este instituto depender do descrito infra-constitucionalmente;
6. o legislador não pode modificar, para o passado, o que ele mesmo especificou como o protegido constitucionalmente, havendo a plasticidade do termo coisa julgada, entendida na proteção constitucional do determinado infra-constitucionalmente;
7. haveria tendência a abolir o instituto no caso da criação de infundáveis recursos, pois isso impediria a formação da coisa julgada dentro dos processos, deixando a proteção constitucional sem objeto;
8. a solução para o problema da relativização da coisa julgada inconstitucional entrelaça-se com a determinação de seu significado constitucional e sua delimitação infra-constitucional;
9. há possibilidade de aumentar o rol de cabimento da ação rescisória, aumentar seu prazo, ou criar novas modalidades de recursos e ações autônomas para que o sistema processual se modifique, considerando os apelos da doutrina que considera insatisfatória sua atual configuração; e
10. há necessidade de a atenção dos constitucionalistas se voltar a este tema tortuoso.

Enfim, pretendemos esclarecer, clarificar, opinar e dar uma solução ao problema da relativização da coisa julgada inconstitucional, concluindo que pode ocorrer a relativização:

1. por meio da ação rescisória e dos novos embargos de execução, dentro do prazo legal;
2. em outros casos, com eventual reforma infra-constitucional que assim determine, porém apenas para os processos em andamento e para os futuros; e
3. nas exceções infra-constitucionais que impedem a formação da coisa julgada, como no caso da ação de execução de alimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras individuais e coletivas:

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos de estado: notas para uma investigação**. In ZIZEK, Slavoj (Org.). Um mapa da ideologia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 105-142.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira e ROSA, Virgínia de Figueiredo Pereira de Couto. **Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica**. 2 ed. rev e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano I**. 11 ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp.203-231.

_____. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. **Rumo a uma nova coisa julgada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2 ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BATISTA, Deocleciano. **Coisa julgada inconstitucional e prática jurídica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a constituição. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 113-177.

BERMUTES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 233-240.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malhadeiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material *in* Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 179-202.

CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a história do direito pátrio**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1967.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Milton Campos. **Constituições do Brasil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

COSTA, Mario Julio de Almeida. **História do direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição**. vol. 1. Trad. J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na emenda constitucional 45. In TAVARES, André Ramos Tavares; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro Jesús Lora (Org.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 83-98.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 29-67.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad**. Trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez. Reimpresión. España: Editorial Tecnos, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. .

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELLUL, Jacques, **Historia de las instituciones de la antigüedad**. Espanha: Aguilar, 1970.

FARIA, Antonio Bento de. **O decreto 737, de 25 de novembro de 1850** in Código Commercial brasileiro comentado. 2 vol. 3 ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1921.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp.65-86.

FERNANDES, Adriana da Silva. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Dissertação de mestrado. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: USP, data de defesa 19.09.2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda., Folha de São Paulo. **Dicionário aurélio básico da língua portuguesa**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1994.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GAIUS. **Gai Institutionum Commentarii Quatuor**. Disponível na internet no site: <<http://www.gmu.edu/departments/fld/CLASSICS/gaius4.html>>, acesso em 23/08/2005.

_____. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. Coleção Revista dos Tribunais – Textos fundamentais. n. 9. Trad. de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp.145-157.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 2 vol. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

HADDAD, Guilherme. **Ementas de direito romano**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de etica jurídica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução a história social e política do processo. In WOLKMER, Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. 2 ed. 3 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 397-431.

_____. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La seguridad jurídica**. 2 ed. revisada y puesta al día. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MACHIAVEL. **Le prince et autres textes**. Paris: Union générale d'éditions, 1965.

_____. **O príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1977.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)** in Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp.159-186.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da idade média. In WOLKMER, Carlos (Org.). **Fundamentos da história do direito**. 2 ed. 3 tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 181-216.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 5. Artigos 444 a 475. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2005.

_____. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 06-27.

NEKATSCHALOW, André Custódio. **Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas**. Dissertação de mestrado. Orientador: Vicente Grecco Filho. USP. São Paulo, data de defesa 07.05.96.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman. vol. 21. 8 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PIMENTEL, Wellington Moreira. Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal. In **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 331-347.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In TAVARES, André Ramos Tavares; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro Jesús Lora (Org.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 67-81.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**. 6 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holzhausen. Revisão Técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In PANIAGUA, José Maria Rodrigues. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid, España: Aguilar, 1971, pp. 2-22.

RANGEL, Leyla Castello Branco. **Código de processo civil: quadro comparativo anotado**. 1º vol. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1975.

_____. **Código de processo civil: quadro comparativo anotado**. 2º vol. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1975.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SHAKESPEARE, William. **The merchant of venice**. England: Penguin Books, 1968

SILVA, Gustavo Just da Costa. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A. Batista. Coisa julgada relativa? In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Juspodium, 2004, pp.213-228.

_____. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. vol. I. 5ª ed. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. vol. I. 4ª ed. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Salvador: Juspodium, 2004, pp.87-144.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, pp. 68-112.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e, e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo positivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 1 vol. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Relativização da coisa julgada. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004, pp. 229-257.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Revistas e artigos da Internet:

ALVES, Elaine Cristina Bueno. Delineamentos da coisa julgada e sua garantia constitucional. In **Revista dos Tribunais**. Fascículo Civil. ano 93, vol. 827, set., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 82-101.

BARROS, Sérgio Resende de Barros. Ciência Política e Teoria do Estado. In **Revista Qualimetria**: Número especial sobre a Faculdade de Direito da FAAP, São Paulo: FAAP, n. 93, mai. 1999, p. 14-15. Disponível na internet no site <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=8>>, acesso em 25/08/05.

_____. **Como reformar constitucionalmente**. Disponível na internet no site <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=73&TextPart=1>>, acesso 30/08/05.

_____. **Direitos humanos**. Disponível na internet no site <www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=31>, acesso em 20/10/2005.

_____. **Simplificação do controle de constitucionalidade**. Disponível na internet no site <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=76>, acesso em 01/12/2005.

_____. **Três gerações de direitos**. Disponível na internet no site <www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=33&TextPart=1>, acesso em 05/01/2006.

DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional e declaração judicial de inexistência. **Fórum Administrativo**. v. 2. n. 15. São Paulo: Fórum de Direito Administrativo, mai. 2002, pp. 588-607.

DIMOULIS, Dimitri. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação. **Revista dos Tribunais**. Fascículo Civil. ano 94, vol. 832. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev. 2005, p. 11-36.

_____. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. **Comunicações**. Piracicaba: Unimep, ano 5, n. 2, pp. 11-30, jan. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In **Revista de Processo**. v. 30, n.º 119. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2005, p.259-284.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. v. 2, n.º 2, São Paulo: Associação Paulista da Magistratura, julho-dezembro/2001, pp. 7-45.

GARCIA, Maria. A constituição desconstituída: as emendas e o cânone constitucional. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 8, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2000, pp. 79-92.

GAZZI, Mara Sílvia. Os limites subjetivos da coisa julgada. In **Revista de Processo**. v.9, n.36. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1984, pp. 79-113.

GRECO FILHO, Vicente. Coisa julgada e tríplice identidade. In **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**. São Paulo: FMUSP, 1991, pp. 27-30.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, collateral estoppel e eficácia preclusiva secundum eventum litis. In **Revista dos Tribunais**. n. 608, junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pp. 23-33.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In **Revista dos tribunais**. n. 830, ano 93, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2004, pp. 55-73.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 90-108.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A coisa julgada nas ações para a tutela de interesses difusos. **Revista dos Tribunais**. n. 631. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, mai. 1988, pp. 71 a 82.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. In **Revista de Processo**. Doutrina Nacional. vol. 28. n.º 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003, pp. 23-32.

SABADELL, Ana Lúcia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. In **Cadernos de Direito**. n. 4, vol. 2. Piracicaba: UNIMEP, 2003. pp. 26 a 39.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". In **Cadernos de Direito**. 3 vol., n. 5. Piracicaba: Gráfica UNIMEP, dez. 2003, pp. 78-97.

TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. Disponível na internet no site <www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm> Acesso em 27/10/2005 (Publicado na **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão Preto - SP, 23, pp. 11-7, nov/2001)

Legislação e Jurisprudência:

BRASIL. **Código de processo civil: quadro comparativo**. vol. II. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de edições técnicas, 1974.

BRASIL. **Código de processo civil: notas**. vol. II. Tomo II. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1974.

BRASIL. **Constituição federal, código civil, código de processo civil**. Organizador Yussef Said Cahali. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição federal, código penal, código de processo penal**. Organizador Luiz Flávio Gomes. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados e Senado Federal. **Emenda constitucional n. 48**. Data da aprovação 10/08/2005, publicado no DOU em 11/08/2005. Disponível na internet no site <<https://www.planalto.gov.br>>, acesso em 10/01/05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 343**. Data de aprovação: sessão plenária de 13/12/1963. Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 150. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 400**. Data de aprovação: sessão plenária de 03/04/1964. Publicação: DJ de 8/5/1964, p. 1239; DJ de 11/5/1964, p. 1255; DJ de 12/5/1964, p. 1279. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 732**. Data de aprovação: sessão plenária de 26/11/2003. Publicação: DJ de 9/12/2003, p. 2; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 663**. Data de aprovação: sessão plenária de 24/09/2003. Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 3; DJ de 10/10/2003, p. 3; DJ de 13/10/2003, p. 3. Disponível na internet no site <<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2-DF**. Relator: Ministro Paulo Brassard. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 06/02/1992. Data da publicação: DJ 21/11/1997, p. 27, ementa vol 1892-01, p. 1. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 438-DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 07/02/1992. Data da publicação: DJ 27/03/1992, p. 3800, ementa vol 1655-01, p. 81, RTJ vol. 140-02, p. 407. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso especial n. 212455-DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 14/11/2002. Data da publicação: DJ 11/04/2003, p. 27, ementa vol 2106-04, p. 701. Disponível na Internet no site <www.stj.gov.br>, acesso em 26/09/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus n. 72131/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 23/11/1995. Data da publicação/fonte: DJ 01.08.2003, p. 00103, ementa vol. 02117-40, p. 08650. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em habeas corpus n. 79785/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 29/03/2000. Data da publicação/fonte: DJ 22.11.2002, p. 00057, ementa vol. 02092-02, p. 00280, RTJ vol. 00183-03, p. 01010. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 493.811**. Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de Santos. Relator: Ministra Eliana Calmon. 15 de março de 2004. Disponível na internet no site <<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp>>, acesso em 06/01/06.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 418099/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do julgamento: 06/08/2002. Data da publicação/fonte: DJ 23.09.2002, p. 255. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 343656/SP**. Relator: Ministro Franciulli Neto. Segunda Turma. Data do julgamento: 13/05/2003. Data da publicação/ fonte: DJ 04.08.2003, p. 258. Disponível na Internet no site www.stj.gov.br, acesso em 26/09/05

ESPAÑA. **La Constitución Española**. Disponível na internet no site <<http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>>, acesso em 06/01/06.

FRANÇA. **La Constitution du 4 octobre 1958**. Disponível na internet no site <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/c1958web.htm>>, acesso em 06/01/06.

FRANÇA. **Constituição da França**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

FRANÇA. **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793**. Votada por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793, e incorporada como preámbulo a la Constitución de 24 de junio de 1793.

ITALIA. **Costituzione della Repubblica italiana**: 27 dicembre 1947. Disponível na internet no site <http://www.giurcost.org/fonti/index.html>, acesso em 06/01/06.

ITALIA. **Constituição da República Italiana**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** de 02 de abril de 1976. Disponível na internet no site <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>, acesso em 05/01/06

PORTUGAL. **Ordenações afonsinas**. Livro I. 2 ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. (reprodução fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, em 1792)

PORTUGAL. **Ordenações afonsinas**. Livro III. 2 ed. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. (reprodução fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, em 1792)

PORTUGAL. **Ordenações filipinas**. Livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985. (reprodução fac-simile da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, em 1870)

PORTUGAL. **Ordenações manuelinas**. Livro III. Ordenações Manuelinas on-line. Feito por: Arménio Alves Fernandes Coimbra, Pedro Manuel Amaro Santos, Joaquim Pereira Rodrigues, Manuel Fraga castro, Hugues Wynants. Disponível na internet no site <<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm>>, acesso em 30/09/05.

VATICANO. **Código de Direito Canônico em espanhol**, Promulgado por la Autoridad de Juan Pablo II, Papa. Dado en Roma, el dia 25 de Enero de 1983. No site: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM. Sobre o Código de Direito Canônico. Disponível na internet no site: <http://www.vatican.va/archive/cdc/index_po.htm>, acesso em 12/09/2005.

Outros sites:

<<http://www.senado.gov.br/sf/legislação>> e <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 17/agosto, 27/setembro, 28/setembro, 20/setembro, etc., para busca de legislação. Como exemplo: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=67740>, acesso em 17/agosto/2005. Sobre: texto integral do DECRETO N. 763 - DE 19 DE SETEMBRO DE 1890, por Manuel Deodoro da Fonseca.

<<http://www.stf.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05.

<<http://www.stj.gov.br>>, pesquisa jurisprudencial, acesso em 26/09/05.