

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação Latu Senso em Direito
Público

Ernani Teixeira de Sousa

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL

Brasília – DF

2008

Ernani Teixeira de Sousa

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília/DF

2008

Ernani Teixeira de Sousa

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

À minha família.

Sinceros agradecimentos a todos que de alguma forma participaram da realização deste curso.

RESUMO

A presente pesquisa examina a relativização da coisa julgada inconstitucional, abordando questões como o controle dos atos do Poder Público, as garantias constitucionais e a segurança jurídica. Buscou-se ao longo do trabalho demonstrar a necessidade da relativização da coisa julgada inconstitucional, como uma forma de se garantir o direito justo. Procurou-se expor os principais instrumentos jurídicos hábeis para o ataque da coisa julgada inconstitucional, vez que esta não pode suplantar a Constituição Federal. Apresenta-se o posicionamento de diversos doutrinadores e Tribunais no tocante ao tema em questão, com a finalidade de deixar demonstrada a importância de se rever decisões que afrontam a Lei Maior.

SUMMARY

This study examines the relativization of things deemed unconstitutional by addressing issues such as control of acts of the public authorities, constitutional guarantees and legal security. The aim was to demonstrate over the work of relativizing the need of something deemed unconstitutional, as a way of ensuring the right fair. The study seeks to explain the main legal instruments skillful for the attack of something deemed unconstitutional, since it can not supplant the Federal Constitution. It shows the positioning of various doctrinaires and courts with regard to the subject in question, in order to make it demonstrated the importance of reviewing decisions that affrontam the Highest Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. REVISÃO DE LITERATURA.....	10
2.1 Contrato Administrativo.....	10
2.1.1 Contrato de Terceirização.....	17
2.2 Fiscalização dos Contratos Administrativos.....	21
2.3 Licitação.....	23
2.3.1 Da Concorrência.....	25
2.3.2 Da Tomada de Preços.....	26
2.3.3 Do Convite.....	26
2.3.4 Do Concurso.....	27
2.3.5 Do Leilão.....	27
2.3.6 Do Pregão.....	28
2.4 Princípios Administrativos Aplicáveis às Licitações Públicas.....	29
3. ESTUDO DE CASOS.....	41
4. CONCLUSÕES.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

1. INTRODUÇÃO

Via de regra, todo qualquer conflito de interesses submetido ao crivo do Poder Judiciário merece uma decisão, favorável ou não, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal.

Desta decisão, sempre caberá algum tipo de recurso, que constitui o meio utilizado para impugnar as decisões judiciais desfavoráveis. Sua importância não está circunscrita às normas privatistas, mas também no plano constitucional, na medida em que o Estado tem a função de exercer a tutela jurisdicional de forma racional, justa e adequada.

É através dos recursos que se permite a uniformização da interpretação da norma, buscando-se corrigir injustiças e ao mesmo tempo o verdadeiro e correto sentido almejado.

Esgotados todos os recursos cabíveis ou não utilizados nos prazos previstos surge a famosa coisa julgada, que torna aquela decisão imutável, assegurando às partes envolvidas a certeza de que o direito reconhecido na via judicial não será modificado.

A coisa julgada, pela sua própria natureza jurídica é instituto jurídico que está amparada pelo art. 5º, XXXVI, da CF. Sua existência está diretamente relacionada à certeza que deve externar.

Para Chiovenda (2002), resume-se no “bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante ao seu favor ou nega ao réu depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição d demanda.”

A coisa julgada consagrada pelo Poder Judiciário é o resultado da imodificabilidade da sentença, por força do trânsito em julgado. Sua existência

está diretamente relacionada à segurança jurídica, assegurada em todo Estado Democrático de Direito.

Contudo, o instituto tem sofrido grandes críticas, principalmente quando se depara com decisões judiciais imutáveis, sob a égide da segurança jurídica, porém, inconstitucionais em sua essência.

O tema ganhou dimensões, a partir do momento que se deparou com a coisa julgada inconstitucional. Até onde é possível modificá-la? Como seria possível afastar o princípio da segurança jurídica? Como aplicar o princípio da segurança jurídica sem ferir o princípio da supremacia da constituição?

Todos estes questionamentos buscaremos esclarecer através da doutrina e da jurisprudência atualizada.

Esta pesquisa está focado na coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. Para tanto, pretende-se responder ao seguinte problema: seria a coisa julgada inviolável, mesmo quando afronta a Constituição?

O trabalho foi dividido em 3 capítulos além da introdução. No segundo capítulo traz-se a revisão de literatura, com posicionamento de diversos doutrinadores sobre o tema. No terceiro capítulo apresentam-se algumas jurisprudências a relativização da coisa julgada. No quarto e último capítulo, tem-se as conclusões a que se chegou com a realização da pesquisa.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Conceito de Coisa Julgada

O instituto da coisa julgada surgiu como uma garantia do jurisdicionado de não ser obrigado por meio de uma nova ação, a rediscutir decisão já proferida, garantindo-se, assim, a intangibilidade da coisa julgada pelo legislador. Esta intangibilidade está prevista na Constituição Federal, como uma das garantias fundamentais do ser humano: “Art. 5º. (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Contudo, há situações em que se deparam com decisões judiciais ilegítimas violadoras do texto constitucional, que muitas vezes por falta de recursos e ações autônomas aptas a derrubarem seus efeitos, cristalizam-se pelo decurso do tempo, tornando-se intocáveis.

O princípio da supremacia da Constituição se faz presente em todas as relações jurídicas e se manifesta diante de todos os institutos e instrumentos da ordem vigente. Não apenas os atos dos Poderes Legislativo e Executivo devem-lhe estar submetidos: também o instituto da coisa julgada, referente ao ato típico exarado pelo Poder Judiciário, obedece a tal regra, sem privilégios. Este pensamento se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, já que colocar sob a égide deste princípio os atos típicos dos demais Poderes, sem o fazer, igualmente, com os atos judiciais, significaria uma agressão ao princípio da separação dos Poderes, disposto no art. 2º, da CF. (PINHEIRO; SIQUEIRA, 2006, p. 6).

O direito processual brasileiro caracteriza a coisa julgada em formal e material. Na primeira hipótese tem-se a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo, não havendo a possibilidade de utilização de qualquer recurso para alterar a decisão já proferida. Já na coisa julgada material tem-se a impossibilidade de discussão da mesma matéria por novo processo, tornando-se, assim, a decisão intangível.

Após analisados os recursos interpostos ou preclusos os prazos para a interposição de qualquer impugnação contra a sentença, ocorre a coisa julgada formal, dessa forma, as questões que compõem o litígio, tanto as alegadas quanto àquelas que poderiam tê-lo sido, mas não o foram,, não mais poderão ser objeto de arguição e de apreciação.

Dinamarco traz a seguinte distinção entre coisa julgada formal e material:

(...) distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas, ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra. (DINAMARCO, 2002, p. 8).

Essas características apontadas por Dinamarco estão previstas nos arts. 467 a 474 do Código de Processo Civil – CPC.

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

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. 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.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigos 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

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

Art. 472. 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.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 474. 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.

Nery Júnior conceitua coisa julgada como sendo:

Depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque não se recorreu, quer porque o recurso não foi conhecido por intempestividade, quer porque foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transita em julgado. Isto se dá a partir do momento em que a sentença não é mais impugnável. (NERY JÚNIOR, 1997, p. 677).

De acordo com Araújo e Nunes Júnior (2001), a inconstitucionalidade formal restará configurada quando não obedecido o processo legislativo na formação da lei. Já a inconstitucionalidade material ocorrerá quando o conteúdo da lei não for compatível com os princípios e normas constitucionais.

No tocante à coisa Julgada Inconstitucional Dinamarco assegura:

(...) **é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada**, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, **coisa julgada inconstitucional**. (DINAMARCO, 2000, p. 104). (grifado no original).

Necessário se faz, então, que o ato estatal seja praticado de acordo com os ditames constitucionais, pilar fundamental de qualquer ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica superior em relação às demais normas jurídicas. Assim, ao se aplicar o direito ao caso concreto, é necessária uma consulta à Constituição Federal e, após, verificar na legislação infraconstitucional o tratamento dado ao caso em análise, pois a lei que afrontar a Constituição não poderá e não deverá ser aplicada, por ser inconstitucional.

Para Otero (1993), a inconstitucionalidade restará configurada quando a decisão judicial se enquadrar nas seguintes hipóteses:

- violar de forma direta uma norma ou princípio da Constituição;

- aplicar uma normal inconstitucional e;

- deixar de aplicar uma normal tida como inconstitucional, quando na realidade ela não o é.

Após a sentença definitiva não será mais possível a impugnação recursal, ficando configurado o trânsito em julgado, o que impossibilita sucessivos reexames a *res iudicata*. Contudo, há casos de transgressões, imperfeições e contrariedades à própria Constituição Federal, quando então, poderá ser utilizada a ação rescisória para desconstituir a coisa julgada.

2.2 Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um princípio imanente do próprio direito e está diretamente ligado ao conceito de justiça, buscando equacionar e estabilizar relações intersubjetivas ocorridas, sob a vigência de determinada norma jurídica.

A CF em seu art. 5º, XXXVI e LXXIII consagra garantias, que são frutos desta segurança jurídica.

Dentre elas encontramos a proteção constitucional à coisa julgada, visando estabilizar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário e ao mesmo tempo conferir ao titular do direito assegurado, a certeza jurídica de definitividade.

A decisão judicial ganha ares de definitividade, a partir do momento que transita em julgado e esta estabilização dos direitos subjetivos decorre do próprio princípio da segurança jurídica, que consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e

reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.

Ao conferir status de imutabilidade à coisa julgada, reconheceu-se a impossibilidade de a lei vir a desfazê-la, tudo em prol de uma relativa certeza jurídica, até porque a proteção não impede sua rescindibilidade, através de ação rescisória.

O professor Delgado assim entende a segurança jurídica:

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições. (DELGADO, 1999, p. 2008).

Para Bandeira de Mello:

(...) a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles (...). Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (MELLO, 2000, p. 93).

Embora a segurança jurídica tenha importância jurídica capital, observa-se que não é absoluta, devendo ceder espaço quando configurado conflito com outros valores fundamentais do direito, tais como a justiça e o bem comum.

Segundo o professor Dinamarco:

(...) o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV). (DINAMARCO, 2003, p. 39).

Para Dinamarco:

Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente, assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades. O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. (DINAMARCO, 2002, p. 15-16).

Muito embora a coisa julgada tenha garantida a sua intangibilidade, existem possibilidades em que poderá ser desconstituída. No processo Civil está previsto nos arts. 485 e 495 que a coisa julgada material poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória. Todavia, esta possibilidade somente poderá ser utilizada em determinadas hipóteses e dentro do prazo de dois anos, contando-se a partir da preclusão máxima da decisão definitiva.

2.3 Relatividade da Segurança Jurídica

É necessária a relativização da coisa julgada para evitar a imutabilidade de sentenças de mérito proferidas contrariamente às normas e princípios constitucionais. É inadmissível que por força da segurança jurídica a sentença viole a Constituição Federal, caracterizando-se como meio de injustiça.

Segundo Nascimento (2005), a sentença contrária aos ditames constitucionais é nula, desmistificando a imutabilidade da *res judicata*.

(...) nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica. Impõem-se, desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição no mundo dos fatos e das idéias, deve ser decretada sua irremediável nulidade. (NASCIMENTO, 2005, p. 53).

A decisão transitada em julgado não pode ser maculada por vício de inconstitucionalidade, maculando assim, o ato jurídico, razão pela qual defende-se que o princípio da imutabilidade da *res judicata* não é absoluto. Dessa forma, a coisa julgada apenas seria intangível, quando julgada de acordo com os preceitos constitucionais.

Nesse sentido Almeida Junior (2006, p. 197) afirma: “nada que contrarie a Constituição Federal pode manter-se por seus próprios fundamentos, quer seja um ato legislativo, quer um ato executivo, quer judicial ou mesmo particular”.

Por ser a Constituição Federal a maior Lei do Estado, razão pela qual todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro devem manter consonância com ela. Assim, sendo, todos os atos praticados em contrariedade às normas constitucionais é eivado de vício de inconstitucionalidade, devendo, portanto, serem declarados inconstitucionais e não produzirem efeitos.

Ao se prolatar uma sentença, deve-se respeitar *in totum* as normas previstas na Constituição. Quando ocorre o desrespeito à Constituição é configura-se a noção de sentença inconstitucional, que nos dizeres de Talamine:

(...) é aquela cujo comando pressupõe, veicula ou gera uma afronta à Constituição. 'Inconstitucionalidade' assume aqui o sentido amplo de situação *inconciliável* entre um ato e normas (regras ou princípios) constitucionais. (TALAMINE, 2005, p. 406).

Nos dizeres de Ribeiro

É certo que a sentença prolatada judicialmente, pondo fim à ação, impõe-se superiormente a outros questionamentos e respostas submetidos à apreciação, incluídos alguns feitos pelo próprio Estado. Nem por isso se tem uma supraconstitucionalidade ou aconstitucionalidade autorizada juridicamente ao juiz. Pelo que, se na manifestação estatal-judicial se contiver uma inconstitucionalidade, se nela se contiver agravo à ordem constitucional posta, tanto significa que o Estado terá atuado contra a Lei Fundamental, quer dizer, de maneira infundada. Sem fundamento constitucional o ato estatal, insubsistente há que ser considerado o comportamento. (RIBEIRO, 2008, p. 12)

Para Bastos:

(...) embora o ordenamento jurídico esteja voltado a oferecer a necessária segurança e estabilidade nas relações humanas, o certo é que não é a segurança e estabilidade nas relações humanas o primado último do Direito. Certamente, acima dele encontram-se outros objetivos. Dentre esses, destaque-se, em especial, o princípio da justiça. Esse, de acordo com a doutrina mais moderna, enquadra-se dentro dos chamados princípios gerais de Direito e tem aplicação ampla nos diversos campos em que este se divide. A própria segurança jurídica busca a realização da justiça. Na medida em que não há nenhuma segurança, é praticamente certa a ausência também da justiça. O que ocorre é que nem todo Direito seguro será inexoravelmente um Direito justo. Reconhece-se, pois, que o princípio da segurança jurídica exerce um papel mínimo, posto que sem ele não será possível realizar os demais elementos, tais como a justiça, a liberdade, a igualdade etc. (BASTOS, 1999, p. 31).

Delgado:

(...) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. (DELGADO, 1999, p.216).

Para Lima:

O instituto da coisa julgada é um bem, praticamente ineliminável de qualquer sistema, daí porque deve ser corretamente manejado, a fim de não trazer, juntamente com os benefícios que produz, malefícios facilmente evitáveis. O mal não é o instituto, mas os excessos em sua utilização, a prioridade absoluta que se tem emprestado a imodificabilidade que acarreta. (LIMA, 1997, p. 113).

Dinamarco:

Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.

O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios de corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer. O juiz que racionalmente negar a autoridade da coisa julgada em um caso saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com poder suficiente para reformar-lhe a decisão. Deixe a vaidade de lado e não tema o erro, sempre que estiver convencido da injustiça, da fraude ou da inconstitucionalidade de uma sentença aparentemente coberta pela coisa julgada. (DINAMARCO, 2002, p. 120).

Otero:

(...) a inconstitucionalidade directa do caso julgado afasta também o seu efeito positivo, isto é, intentada uma acção que tenha como fundamento do pedido (e não seu objecto) uma anterior decisão judicial transitada em julgado, o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme com a Constituição.

Assim, por exemplo, se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base. (OTERO, 1993, p. 129).

Complementando a observação de Otero acima transcrita, Theodoro Júnior e Faria expõem:

Esse mecanismo de controle pode ser utilizado também no direito brasileiro, porque nas execuções de sentença o art. 741, II, do CPC admite embargos para argüir a 'inexigibilidade do título', e sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como 'título exigível' para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, *ipso facto*, de exigibilidade. (www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0504).

Observa-se, ainda, que a inconstitucionalidade pode ocorrer em diversas hipóteses, conforme explicita Talamine:

(a) A sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional.

[...] Pode ocorrer de a sentença se basear em : (i) uma norma que já foi antes declarada inconstitucional em sede de controle concentrado (ou que já foi "suspensa" pelo Senado Federal, depois de reconhecida incidentalmente sua inconstitucionalidade pelo Supremo); (ii) uma norma que, posteriormente, vem a ser declarada inconstitucional no controle concentrado (ou vem a ser posteriormente retirada do ordenamento pelo Senado); (iii) uma norma cuja inconstitucionalidade, embora existente, não é averiguada em controle direto – seja porque ele não cabe, seja porque nenhum dos legitimados pleiteou-o – e, portanto, não é declarada (e tampouco a norma é retirada do ordenamento pelo Senado). [...]

A aplicação da norma inconstitucional não precisa situar-se na própria sentença. Pode haver ocorrido antes, no curso do processo, e repercutir diretamente sobre a sentença. Ademais, pode tanto ser norma atinente ao direito material quanto ao processo. [...]

Essa primeira hipótese de 'sentença inconstitucional' é a mais freqüentemente lembrada e estudada, porém não é a única.

(b) Sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição.

[...] não se ofende a Constituição apenas quando se aplica uma lei cujo teor literal é francamente inconstitucional. A violação constitucional pode também advir da adoção de uma interpretação incompatível com a Constituição, em detrimento de outra afinada com os desígnios constitucionais. Há que se buscar sempre a *interpretação conforme à Constituição*.

(c) Sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma.

[...] pode estar havendo com a não-aplicação da norma indevidamente reputada inconstitucional a afronta direta a outros valores e normas constitucionais, e não a simples ofensa reflexa à legalidade (p. ex., no caso em que a norma que se deixa de aplicar prestava-se a dar eficácia a algum direito ou garantia constitucional, de modo que sua indevida não aplicação cria uma espécie de 'inconstitucionalidade por omissão' *in concreto*).

(d) Sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais.

(e) Sentença que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional. (TALAMINE, 2005, p. 405).

Além dos casos citados pelo autor acima, há outros de ofensa aos ditames constitucionais, que geram vícios gravíssimos e que demonstram a necessidade de relativização da coisa julgada inconstitucional.

Theodoro Júnior e Faria que:

os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução", justificando tal posicionamento porque nas execuções de sentença o art. 74, II, do CPC admite embargos para argüir a "inexigibilidade do título", e sendo nula a coisa julgada

inconstitucional, não se pode tê-la como "título exigível" para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, ipso facto, de exigibilidade. (www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0504).

Na relativização da coisa julgada inconstitucional há que se observar os princípios constitucionais pertinentes bem como o exame minucioso dos valores fundamentais envolvidos. Aqui, é importante se observar que, alguns princípios constitucionais terão prevalência sobre outros, conforme cada caso.

Moraes alerta para o fato de que, quando houver conflito entre os princípios constitucionais aplicáveis a cada caso concreto, deverá ser aplicado o princípio da concordância prática ou da harmonização.

(...) quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (MORAES, 2007, p. 28).

Ainda nesse sentido Brandão (2005) afirma que é e perfeitamente aceitável a aplicação de mais de um princípio sob um mesmo caso concreto.

O princípio da moralidade está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal traz a idéia de honestidade e de legalidade da decisão judicial, devendo, ser observados em todos os atos estatais.

Para Delgado (2002) o princípio da moralidade deve ser norteador de todos os atos do poder público.

A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, quer pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade. (DELGADO, 2002, p. 81).

A razoabilidade prevê que as decisões mantenham harmonia com o todo.

A razoabilidade diz respeito a que as decisões sejam verificadas de forma a manter harmonia com o todo. Ser razoável, proporcional nos benefícios e prejuízos, é o princípio exato para se valorar a instrumentalidade do processo, pois, lembremos que o processo não é um fim em si e dessa forma não pode ser encarado. Assim como a questão da coisa julgada. O processo não é mais importante, e seus aspectos formais não podem prevalecer sobre os aspectos materiais, sobre o direito das partes, o bem da vida deduzido em juiz. A forma não pode prevalecer sobre o conteúdo, seria a prevalência do meio em detrimento do fim. (COPPIO, 2008, p. 12).

O princípio da proporcionalidade desempenha papel de equacionador da afronta aos princípios fundamentais, e deve ser aplicado pelo legislador na ponderação dos valores que deverão prevalecer no caso concreto, inclusive quando da necessidade de mitigação da coisa julgada material.

Segundo Medauar a proporcionalidade se configura:

(...) principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. (MEDAUAR, 2002, p. 158).

Ainda no tocante à razoabilidade Barroso expõe: "(...) enseja a verificação de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins." (BARROSO, 2000, p. 211).

O estudo da estrutura trifásica (necessidade-adequação-proporcionalidade em sentido estrito) da proporcionalidade é de grande importância. A necessidade traduz a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão (exigibilidade da intervenção ou decisão). A medida restritiva que se vai implementar deve ser indispensável para a conservação do direito fundamental. Cuida-se de conexão material entre o meio e o fim: o meio tem que ser o mais idôneo e a restrição a menor possível (utiliza-se o meio menos gravoso para se atingir o fim desejado). (PINHEIRO E SIQUEIRA, 2006, p. 59-60).

Assim a proporcionalidade implica na ponderação entre o ônus gerado e o benefício percebido.

Quanto aos instrumentos aptos à impugnação da coisa julgada inconstitucional Theodoro Júnior (2001) entende viável a utilização da ação rescisória, conforme art. 485, V do CPC, porém sem a limitação do prazo de dois anos. Outro instrumento apontado pelo referido autor, seriam os embargos à execução, respaldado na inexigibilidade do título, consoante art. 741, II do CPC, tendo em vista que sendo nula a coisa julgada inconstitucional, não se pode concebê-la como título exigível para fins de execução.

Para Dinamarco (2002), os instrumentos adequados à impugnação da coisa julgada inconstitucional seriam: a proposição de uma demanda igual à primeira, desconsiderando-se a coisa julgada e, também, a oposição de embargos à execução ou alegação *incidenter tantum* em outro processo.

Segundo Dantas (2002), o instrumento necessário para a revisão da coisa julgada inconstitucional seria a ação rescisória, todavia, esta não deveria obedecer ao prazo cadencial de dois anos, tendo em vista que as afrontas à Constituição poderão ser invocadas a qualquer momento e em qualquer instância ou tribunal, uma vez que são decisões inexistentes, por estarem baseadas em lei inconstitucional.

O autor acima também, defende a utilização do mandado de segurança para declarar a inexistência de coisa julgada inconstitucional. Entende, ainda, viável a utilização de embargos à execução. Entretanto, alerta para o fato de que, não que se falar em relativização ou flexibilização da coisa julgada inconstitucional, pois se trata de ato jurídico inexistente. Portanto, a argüição dessa inconstitucionalidade pode ser suscitada a qualquer tempo, em qualquer tribunal ou qualquer instância.

Para Dias (2000), a ação rescisória nos moldes do Código de Processo Civil, seria o instrumento adequado para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, ainda que fora do prazo decadencial de dois anos.

Contudo, o autor afirma ser a ação declaratória de inexistência da coisa julgada, o melhor instrumento para tal fim.

Wambier e Medina (2003) defendem que a sentença decorrente de coisa julgada inconstitucional é inexistente, razão pela qual o instrumento adequado para sua desconstituição seria a ação declaratória de inexistência, tendo em vista a ausência de uma das condições da ação, no caso possibilidade jurídica do pedido. Na visão dos autores, essa ação não se submeteria aos prazos do art. 495 do CPC.

De acordo com Carlos Valder:

O Poder judiciário não detém a soberania e, como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal. Isso porque ela é uma decorrência do poder político que, na concepção de Clèmerson Merlin Clève, é indivisível, tendo o povo na sua titularidade, que não se divide senão em face do Poder Constituinte que torna efetiva a distribuição de diferentes funções a se compor na estrutura que dá corpo à organização político-administrativa do Estado.

(...) o exercício da função jurisdicional tem amparo no “modelo constitucional do processo civil”, instrumentalizado PR normas que princípios que balizam seu procedimento formal, cujo paradigma central tem o magistrado como figura de relevo a dizer o direito. (NASCIMENTO, 2002, p. 4).

No tocante aos instrumentos processuais cabíveis para a impugnação da *res judicata* inconstitucional, entende cabível a querela nullitatis, tendo em vista tratar-se de ação declaratória, não sujeita ao decurso de tempo e; os embargos à execução para desconstituição dos efeitos da coisa julgada inconstitucional.

Alexandre Câmara expõe que a inconstitucionalidade da coisa julgada configura-se um dos mais graves vícios do ato jurídico, razão pela qual necessário se faz sua relativização, para tanto, cita como instrumentos adequados a ação rescisória com base no art. 485, V do CPC, sem estender o prazo de dois anos; e os embargos à execução, contidos no art. 741, parágrafo único do CPC. O autor citado ilustra sua posição citando o seguinte exemplo:

O disposto no aludido parágrafo único do art. 741 nada mais é do que decorrência do alcance *erga omnes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em processos de controle direto da constitucionalidade. Não se aceitar o afastamento da coisa julgada em casos como os a que alude o parágrafo único do art. 741 do CPC implicaria restringir ilegitimamente o alcance das decisões da Corte Suprema. Basta imaginar o seguinte exemplo: alguém é condenado a pagar certa quantia em dinheiro, tendo a sentença por fundamento o disposto em certa lei. Transitada em julgado esta sentença condenatória, vem ao Supremo Tribunal Federal, em processo de controle direto de constitucionalidade, a declarar a inconstitucionalidade daquela mesma lei. Conseqüência disso é que ninguém terá de pagar a verba a que a mesma se refere. A não-relativização da coisa julgada formada naquele primeiro processo faria com que todos ficassem livres da obrigação, menos o que ali ficou vencido. Dito de outro modo, a decisão do STF teria alcance que não seria, a rigor, *erga omnes*, pois alcançaria a toda a sociedade menos ao vencido naquele primeiro processo, que seria única pessoa a ter de cumprir a obrigação decorrente da lei declarada inconstitucional. Ora, se a decisão do STF é oponível contra todos, também aquele que for condenado com base na lei inconstitucional fica livre da obrigação, razão pela qual seu pagamento não pode ser exigido. E os embargos do executado se apresentam como meio processual adequado para a alegação de tal inexigibilidade. (CÂMARA, 2004, P. 22).

Câmara alerta para o fato de que a relativização da coisa julgada pode gerar alguma instabilidade com a sua aplicação, principalmente no tocante aos instrumentos, que atualmente vem sendo propostos pelos doutrinadores. Para minimizar essa situação o autor propõe que se acrescente novo inciso ao art. 485 do CPC, no qual se estabeleça que a sentença de mérito transitada em julgado, poderá ser rescindida caso ofenda norma constitucional.

Para Pinheiro e Siqueira (2006) entendem que a coisa julgada inconstitucional é ato existente e eficaz, portanto propõem, primeiramente, a ação rescisória com base no art. 485, C do CPC, inda que fora do prazo de dois anos. Contudo, se não quiser propor a rescisória fora do prazo decadencial, o operador do Direito poderá opor embargos à execução, com a finalidade de desconstituir os efeitos produzidos pela coisa julgada, conforme dispõe ao RT. 741 parágrafo único do CPC. Todavia, findo o prazo pra propositura dessa ação incidental poderão ser escolhidos dois outros instrumentos processuais, a saber, mandado de segurança ou a *querela nullitatis*.

Os autores citados acima, explicam que a impugnação da coisa julgada e a desconstituição dos seus efeitos não se constituem em regra, mas sim em exceção, tendo em vista que não são freqüentes coisas julgadas que atentem contra a Constituição.

2.4 Instrumentos Adequados à Impugnação da Coisa Julgada Inconstitucional

2.4.1 Ação Rescisória

A ação rescisória é um instrumento processual de que dispõe a parte para rescindir sentença de mérito transitada em julgado, que não mais poderá ser desconstituída mediante recurso ou ação autônoma.

Segundo Moraes (2007), a ação rescisória tem natureza jurídica de ação autônoma de impugnação ou ação impugnativa autônoma “por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com o eventual rejuízo, a seguir, da matéria julgada”.

De acordo com a Súmula nº 514 do STF “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos.

Para Theodoro Júnior (2001), na propositura da ação rescisória há que se demonstrar a presença de três elementos: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade da parte.

Os pressupostos de admissibilidade da ação rescisória estão listados no art. 485, I a IX, do CPC.

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

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

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

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

IV – ofender a coisa julgada;

V – violar literal disposição de lei;

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

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

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

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

O art. 495, do CPC estabelece que o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Tendo em vista que após esse prazo, a decisão será definitiva, imune a qualquer ataque (art. 269, IV, do CPC).

É importante observar que o prazo aqui estabelecido é de decadência, não se suspendendo ou interrompendo, por se tratar de ação desconstitutiva, passando a contar desde o dia em que a sentença transitou em julgado. Contudo, há doutrinadores que defendem a propositura da rescisória fora do prazo de dois anos. Theodoro Júnior (2001), expõe que a

admissibilidade da ação rescisória contra coisa julgada inconstitucional não deverá obedecer ao regime jurídico aplicável ao da coisa julgada ilegal, defendendo a propositura da ação mesmo após decorridos os dois anos.

Pinheiro e Siqueira (2006), alertam para o fato de que o CPC não traz expressamente a hipótese de ação rescisória por violação à Constituição, contudo, a possibilidade de coisa julgada inconstitucional inseri-se no art. 485, V, por se entender a expressão “lei” em sentido amplo.

2.4.2 Embargos à Execução

De acordo com Pinheiro e Siqueira (2006) os embargos à execução caracterizam-se como ação incidental contra a atividade executiva do credor. Sem título executivo, não há que se falar em execução, conforme art. 583, do CPC. Os embargos tem por finalidade encerrar definitivamente a ação executória ou retardar sua tramitação.

Os autores acima, ainda, alertam para o fato de que o executado, ao propor os embargos deve, obrigatoriamente, preencher os requisitos genéricos para o exercício do seu direito, ou seja, legitimidade da parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Além desses requisitos a lei processual lista condições específicas que devem ser observadas:

(...) o juiz deve estar seguro (salvo na obrigação de fazer e não fazer com fulcro no art. 461 do CPC) pela penhora (exceto se a executada for a Fazenda Pública) na execução por quantia certa ou pelo depósito na execução para a entrega de coisa certa constante de título executivo extrajudicial (nos termos do art. 737 do CPC). (PINEIRO; SIQUEIRA, 006, p. 169)

O prazo para propor embargos à execução é de dez dias, contudo, no caso da Fazenda Pública esse prazo é de trinta dias, de acordo com a Lei 9.494/97.

Segundo Amaral (1994, p. 404), “com efeito, opondo os embargos, o devedor provoca, mediante processo de conhecimento, uma sentença que

impeça o processo de execução ou desfaça ou restrinja a eficácia do título executivo."

Os embargos desconstitutivos dos efeitos da coisa julgada inconstitucional são aplicáveis tanto aos provimentos transitados em julgado quanto aos de execução provisória. Contudo, em se tratando de créditos de servidores contra a Fazenda Pública, não se admite a execução provisória, conforme art. 2º-B da Lei 9494/97.

A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (ART. 2º-B DA LEI 9494/97 COM READAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180).

Os embargos caracterizam-se como hábil instrumento para impugnar a *res judicata* inconstitucional, pois suspendem o curso da execução, consoante o disposto no art. 739, § 1º, c/c 791, I do CPC.

2.4.3 Mandado de Segurança

No tocante aos remédios para o ataque da coisa julgada inconstitucional, Humberto Theodoro afirma: "o exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para controle da coisa julgada inconstitucional" e, ainda, "os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória não sujeita a prazo, em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução" (THEODORO, 2002, p. 10-11).

Segundo o art.5º, inc. LXIX da Constituição Federal:

Art. 5º. (...)

...

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

Configuram-se como requisitos do mandado de segurança:

-ato ilegal consubstanciado na decisão judicial proferida com violação a princípios ou normas basilares da Constituição Federal;

-autoridade coatora identificada no órgão jurisdicional que proferiu a decisão em flagrante violação ao texto constitucional;

-direito líquido e certo à tutela rescisória, ou seja, existência de suporte probatório que revele de plano a inconstitucionalidade da coisa julgada;

-interesse-utilidade na ação mandamental, positivado na demonstração da lesão/ameaça de lesão em desfavor do direito do impetrante, decorrente da cristalização dos efeitos da coisa julgada

Para Maciel:

O direito líquido e certo é uma 'condição especial' da ação de mandado de segurança. Em outras palavras, o impetrante, para que possa utilizar-se desta ação expedita, prevista na própria Constituição, deve provar com a inicial, através de documentos, o que afirma. Se não tiver documento, se não tiver prova preconstituída, não tem direito líquido e certo. Essa a condição legal imposta para que o autor (impetrante) se utilize desse instrumento processual constitucional. (MACIEL, 2000, p.342).

Dinamarco afirma que:

(...) a casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame. Em caso de sentença proferida sem a regular citação do réu, admitiu o Supremo Tribunal Federal que esse vício tanto pode ser examinado em ação rescisória, quanto mediante embargos à execução se for o caso (Sentença condenatória) ou ainda em 'ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença' (voto condutor: Min. Moreira Alves). Para a hipótese específica de desobediência às regras do

litisconsórcio necessário-unitário, também venho sustentando essa ampla abertura de vias processuais, cabendo ao interessado optar pela que mais lhe convenha, seja a ação rescisória, mandado de segurança se houver liquidez e certeza, ação declaratória de ineficácia etc. (DINAMARCO, 2002, p. 16).

Segundo Pinheiro e Siqueria:

A liminar em hipóteses de coisa julgada inconstitucional, nos termos do art. 7º, II da Lei 1533/51, ao nosso ver, deve ser concedida de plano. A violação da ordem constitucional, com a conseqüente lesão do direito do interessado, fazem com que estejam presentes seus pressupostos de concessão: *fumus boni júris* e *periculum in mora*. A concessão da liminar não configura uma antecipação de tutela, já que não se suspende o ato em si. Vale dizer, a liminar não retira do mundo dos fatos o ato eivado de inconstitucionalidade, mas apenas suspende seus efeitos, sendo que o mérito do mandado de segurança em questão visa, justamente, à desconstituição da coisa julgada inconstitucional. (PINHEIRO; SIQUEIRA, 2006, p. 196).

Mesmo reconhecendo a inexistência de coisa julgada no processo em que o réu não foi citado regularmente, a 4ª Turma do STJ, em acórdão proferido em recurso ordinário, admitiu o mandado de segurança como meio idôneo para anular o processo principal. No próprio julgado, o relator, Min. Barros Monteiro, consignou o cabimento de ação ordinária declaratória de nulidade para o fim de reconhecer a nulidade do processo sem citação válida, lembrando a tese da querela nullitatis. O Min. Athos Carneiro consignou que “*em eventual execução, poderia ele*”, o impetrante, “*opor os embargos do devedor com fundamento no art. 741, I do CPC, hipótese na qual os embargos à execução funcionam realmente como verdadeira rescisória do processo*”, concluindo que admitia, porém, a impugnação pela via do mandado de segurança, diante da peculiaridade do caso concreto, pois a pensão alimentícia a que foi condenado o impetrante estava prestes a ser descontada em folha. (STJ - RMS 1.986-0 – RJ – 4ª T. – j.17.2.93 – Rel. Min. Barros Monteiro - RT 697/189, ano 82, novembro/1993)

Em decisão na qual foi reconhecida a legitimidade de terceiro para investir, pela via do mandado de segurança, contra sentença transitada em julgado, cujos efeitos lhe feria o direito líquido e certo de não ser privado dos seus bens sem o devido processo legal, vez que o imóvel do terceiro tinha sido

objeto de reintegração de posse em favor de outrem por decisão proferida em processo do qual aquele não fez parte, o Min. César Asfor Rocha, na qualidade de relator do recurso ordinário, afirmou em seu voto: “*Poder-se-ia redargüir que a medida processual exata para neutralizar a medida reintegratória cogitada seria a dos embargos de terceiro. Pode até ser. Nem por isso, contudo, estaria afastada a possibilidade da utilização do mandado de segurança, como instrumento mais eficaz e mais célere para a defesa imediata de seus direitos tão arbitrariamente postergados*”. (STJ - RMS 7.087 – MA – 4ª T. – j. 24.03.1997 – Rel. Min. César Asfor Rocha - RePro 89/291, ano 82, novembro/1993).

Ensina Sidou:

Não se pode dar a garantia em ataque à coisa julgada. O concurso de provas que tal demandaria, para apurar, p.ex., o erro da sentença ou a superveniência de prova capaz de determinar pronunciamento diverso, além das demais causas enunciadas no art.485 do CPC, é infenso ao curso judiciário do mandado de segurança e só peculiar à ação rescisória. Mas o impedimento está apenas em não poder ser aprovado de plano o agravo de direito, em não constituir-se processualmente um direito líquido e certo. Se é ele de tal ordem que não demanda o concurso de provas em dilação, se o comandamento constitucional impõe o mandado de segurança também contra ato judicial, e a sentença é não só ato judicial mas o principal deles, em suma, se o julgador tem em frente o postulante de um direito líquido e certo, não há como deixar de acolher o pedido e ordenar a segurança, assim de todo irrelevante o argumento de ser o fato emendável via de ação rescisória. (SIDOU, 1987, p. 105).

A 1ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo anulou decisão de mérito transitada em julgado pela via do mandado de segurança, ao reconhecer erro do cartório de origem ao certificar a data de publicação da sentença, tornando, equivocadamente, intempestivo o recurso de apelação em desfavor do direito líquido e certo da impetrante. O relator, Min. Marcondes Machado, reconheceu que a súmula 268 do STF “*foi abrandada e o mandado de segurança tem sido admitido, mesmo que tenha ocorrido o fenômeno da coisa julgada, em hipóteses excepcionais*”. (1º TACivSP, MS 373.079-0 – T.P. – j. 25.6.87 – rel. Juiz Marcondes Machado - RT 622/124-125, ano 76, AGO/1987).

A 2ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo admitiu mandado de segurança contra coisa julgada para anular a decisão de mérito proferida em processo no qual a peça de contestação não foi juntada aos autos por desídia do cartório, embora apresentada tempestivamente pela parte. No julgamento, restou acertado e consignado o entendimento de que *“excepcionalmente, admite-se mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado, quando se afigura caso teratológico violador de direito líquido e certo que ocasione danos irreparáveis pela via comum. (2º TACivSP, MS 215.925-2 – 2ª C. – j. 10.2.88 – rel. Juiz Debatin Cardoso - RT 628/179, ano 77, FEV/1988).*

Diante do exposto, defende-se o mandado de segurança como instrumento hábil capaz de rescindir a coisa julgada inconstitucional, pois configura-se como uma ação de conhecimento consonante com o provimento rescisório. Sendo acessível, portanto, a todos que venham a ter direito subjetivo lesado por ato de autoridade pública, contudo, devem-se observar, sempre, os pressupostos constitucionais.

3. JURISPRUDÊNCIAS

Neste tópico serão citadas algumas jurisprudências relativas à coisa julgada inconstitucional.

“TRIBUTÁRIO – RESCISÓRIA – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS ‘AUTÔNOMOS’ E DOS ‘ADMINISTRADORES’ – LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I – 1. O preavalecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias. A Súmula nº 343/STF nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula nº 400, que se aplica a texto constitucional no âmbito do recurso extraordinário (RTJ 101/214). Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declara inconstitucional (REsp 128.239/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler). Multiplicidade de precedentes (ementa do REsp 154708/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira). 2. **A coisa julgada, no caso em exame, afronta o princípio da igualdade tributária e está apoiada em lei declarada inconstitucional pelo colendo Supremo Tribunal Federal.** 3. Não há que se entender, data vênua, a existência de decisões controvertidas quando a sentença e o acórdão foram prolatados e, posteriormente, a situação jurídica examinada mereceu declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, com efeitos *ex tunc*, alcançando as relações jurídicas passadas. 4. **O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária.** 5. Considerou-se, também, que, de acordo com as regras sistematizadoras do nosso ordenamento jurídico, somente ao colendo Supremo Tribunal Federal é que cabe, com força definitiva, declarar a inconstitucionalidade de lei e sugerir ao congresso nacional a sua retirada do mundo jurídico. 6. Precedentes: REsp 139.865/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 15.12.1997; REsp 122.477/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 02.03.1998; REsp

104.227/DF, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 09.03.1998. 7. Recurso provido. (grifos nossos) (Disponível em <http://www.stj.gov.br>).

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – RESCISÓRIA – AUSÊNCIA NOS AUTOS DE ACÓRDÃO QUE APRECIOU CONSTITUCIONALIDADE DE LEI – INDEFERIMENTO DA INICIAL – IMPROCEDÊNCIA – SÚMULA 343 – STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA – 1 – A juntada do acórdão que proclamou, *incidenter tantum*, inconstitucionalidade de lei só é necessária para possibilitar julgamento do extraordinário, não constituindo solenidade essencial ao ajuizamento da ação rescisória. 2 – **A ação rescisória (art. 485, V, CPC) é via adequada para desconstituir decisão trânsita em julgado que, em desacordo com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna.** 3 – **A coisa julgada em matéria tributária não produz efeitos além dos princípios pétreos postos na Carta Magna, a destacar o da isonomia.** 4 – O controle da constitucionalidade das leis, de forma cogente e imperativa, em nosso ordenamento jurídico, é feito, de modo absoluto, pelo colendo Supremo Tribunal. 5 – Agravo regimental improvido.(grifos nossos). (Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

"EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA VENCIDO NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE – ARGÜIÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO – ADEQUAÇÃO DA OBJEÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO OFERECIMENTO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR – A inexigibilidade do título executivo pode ser argüida por simples petição nos autos da execução (a chamada exceção de pré-executividade, independentemente de oferecimento dos embargos do devedor). Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido." (STJ – RESP 187428 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 27.11.2000 – p. 166).

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - SÚMULA 343/STF- INAPLICABILIDADE - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V) - FNT - SOBRETARIFA - LEI 6.093/74 - INCONSTITUCIONALIDADE (RE 117315/RS) - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA - SÚMULA 83/STJ - PRECEDENTES.

- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo

Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional". (Resp 128.239/RS)

- A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF (Resp. 155.654/RS, D.J. de 23.08.99) -Recurso especial não conhecido[11]."

(RESP36017/PE; Data do Julgamento 19/10/2000, Data da Publicação/Fonte DJ 11.12.2000 p.00185, Órgão Julgador T2 – SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS).

Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. TITULARIDADE. NOMEAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO ATO. ADVENTO DA LC 183/99. EFEITOS "EX TUNC" E "ERGA OMNES" DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A superveniência da LC nº 183/99, conferindo ao Governador do Estado de Santa Catarina a atribuição exclusiva de prover e desprover os cargos das serventias extrajudiciais, não afasta a competência do Presidente do Tribunal de Justiça para desconstituir ato seu, nomeando os respectivos titulares sem concurso público, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF. 2. Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido. 3. afronta à CF, arts. 2º e 102, I, "a", não configurada. 4. Embargos rejeitados. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Medina, José Miguel Garcia. Ob. Cit. Pág 43

Sobre o cabimento da ação rescisória assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil - Ação rescisória - Interpretação de texto constitucional - Cabimento - Súmula n.º 343/STF - Inaplicabilidade - Violação de literal disposição de lei (CPC, art. 485, V) - FNT - Sobretarifa - Lei 6.093/74 - Inconstitucionalidade (RE nº 117.315/RS) - Divergência jurisprudencial superada - Súmula nº 83/STJ - Precedentes.

O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento de ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à quisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem

a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional".Wambier, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia. Ob. Cit. Pág 47

4. CONCLUSÃO

No sistema constitucional brasileiro nenhum ato jurídico tem validade se for incompatível com a Constituição, supremacia das normas constitucionais, razão pela qual deverá ser respeitada acima de todas as normas jurídicas vigentes no País.

Conforme lembra Otero, “num Estado de Direito Material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim é o Direito ou, pelo menos, a idéia de um Direito Justo. (1991, p.10).

Dessa forma, tem-se que a coisa julgada não pode suplantar a lei, em face de inconstitucionalidade, caso em que se colocaria como um instituto mais importante que a própria Constituição.

A visão herdada do direito romano estabelecia que a coisa julgada era algo imodificável, muito embora a possibilidade de revisão, também fosse possível, via ação rescisória, embargos à execução e até mesmo pela actio nulitatis.

O surgimento da expressão coisa julgada inconstitucional, em princípio causou muito incômodo à doutrina e a própria jurisprudência, exatamente porque traz em seu bojo questões de grande magnitude, onde a coisa julgada se vê questionada, sob diversos ângulos.

Para alguns doutrinadores a coisa julgada inconstitucional não transita em julgado, eis que eivada de nulidade; para outros a pecha de

inconstitucionalidade impede que seus efeitos se irradiem para o campo da execução.

A relativização da coisa julgada se traduz na desconsideração da coisa julgada substancial para admitir-se a discussão de matérias que, em princípio estariam sepultadas pelo trânsito em julgado.

O tema é polêmico, inclusive na doutrina, tendo uma primeira corrente taxativamente contrária a tese da relativização e uma segunda que a admite por completo.

Os argumentos da primeira tese doutrinária fundamentam-se na garantia constitucional de que a coisa julgada detém em nosso ordenamento jurídico proteção constitucional (art. 5º, XXXVI CF), bem como nos obstáculos processuais elencados nos artigos 471 e 474, ambos do Código Processual Civil que impedem expressamente tal relativização. Esta, porém, é a corrente defendida pelo professor Luiz Guilherme Marinoni.

Para esta corrente a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto, certamente que estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da morosidade da justiça, perfilhando um caminho diametralmente oposto àquele defendido pela doutrina processual contemporânea.

Referida corrente tem que a justa indenização ou mesmo o interesse público não pode sobrepor à coisa julgada, notadamente quando são corriqueiramente questionados os privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública.

A segunda corrente perfilha o entendimento contrário, defendendo a tese de que em alguns casos a coisa julgada não poderá subsistir, especialmente quando as sentenças ofendem a Constituição Federal (coisa julgada inconstitucional, exame de DNA nas ações de investigação/negatória de paternidade).

Para a corrente que admite a relativização da coisa julgada, a sentença, cuja desconstituição se pretende deverá preencher alguns requisitos necessários e imprescindíveis que autorizem a medida extrema.

O primeiro requisito é de que a sentença atacada deve contrariar valores mais importantes que a segurança jurídica (violação de garantias e direitos fundamentais ou a violação de valores éticos e jurídicos que causem danos ao ordenamento jurídico), além do que a sentença tem que ser teratológica, ou seja, uma decisão absurda, e, por fim, a ocorrência de erro in judicando, seja na avaliação das alegação ou das provas constantes nos autos. Faz-se necessário a ocorrência desses três requisitos de forma cumulativa, posto que o erro in judicando, por si só, não admite a relativização da coisa julgada.

Com efeito, acredito que a segunda corrente, além de demonstrar um positivo avanço processual é a que melhor reflete a busca pela resolução de um conflito que, apesar da existência da coisa julgada substancial, ainda não se encontra definitivamente resolvido, pois a sensação patente de injusta e a configuração de que a coisa julgada inconstitucional não pode subsistir, pois o sopesamento não pode admitir que a segurança jurídica traduzida pela coisa julgada ofenda o princípio da supremacia Constituição Federal.

É inimaginável que a coisa julgada inconstitucional possa produzir seus efeitos, daí porque a tese da relativização é a que melhor se ajusta ao nosso modelo constitucional de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é fundamental sopesar os princípios que aparentemente estão em conflito, para se buscar uma decisão adequada e justa.

Vale esclarecer que esta pesquisa não teve a pretensão de esgotar o assunto, mas sim, trazer à discussão o instituto da coisa julgada inconstitucional, apresentou-se posicionamento de diversos doutrinadores e

jurisprudências e indica-se como tema para novas pesquisas, o estudo de cada um dos instrumentos de ataque da coisa julgada inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *O controle da coisa julgada inconstitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRANDÃO, Fabrício dos Reis. *Coisa julgada*. São Paulo: MP Editora, 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.354/RS*. Brasília. 11 de outubro de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 2 Jun 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 202.290/RS*. Brasília. 26 de abril de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 02 Jun 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual civil*. Vol. 01, 3 ed. – São Paulo: Editora Bookseller, 2002.

COPPIO, Flávia Sapucahy. *Relativização da coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551> > Acesso em: 01.03.2008.

DANTAS, Ivo. “*Coisa Julgada Inconstitucional: declaração judicial de inexistência*”, in *Fórum Administrativo*, nº 15. Belo Horizonte: Fórum, ano 2, maio de 2002.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais*. (in: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DIAS, Francisco Brros. “*Breve Análise sobre a Coisa Julgada Inconstitucional*”, in página da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. Acessível em: <http://www.jfrn.gov.br>. Acesso em 10 de abr de 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *“Relativizar a coisa julgada material”*. In *Júris Síntese*. Rio Grande do Sul: n.33 JAN/FEV 2002.

_____. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo : Malheiros. 2000.

LIMA, Paulo Roberto Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno* 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

NERY JUNIOR, N. NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 677.

OTERO, Paulo. *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PINHEIRO, Pedro Eduardo; Siqueira, Antunes de. *A Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Ano 2, Volume III. Rio de Janeiro: América Jurídica, 1º Trimestre de 2002.

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