

IMPUGNAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL COMO HIPÓTESE DE
RELATIVIZAÇÃO

Melissa Andrea Lins Peliz

INTRODUÇÃO

Como operadores do direito, preocupa-nos de perto a questão que ora se propõe a estudo. De fato a questão da coisa julgada inconstitucional está afeta a dois ramos da ciência jurídica que muito nos interessam: o direito constitucional e o direito processual. O primeiro porque, especialistas em direito constitucional que somos, incursões sobre tal assunto são sempre oportunidades que se nos apresentam para o aprimoramento de estudo que a nós nos parece sempre tão vibrante. E disto decorre também o nosso interesse pela ciência processual, cujos princípios estão intrinsecamente ligados à Constituição, ou mais precisamente, estão, em sua maioria, previstos nela. Portanto, falar em princípios processuais é, na maior parte das vezes, mencionar princípios constitucionais. Além disso, há que se reconhecer o impulso que teve o estudo dos dois ramos da ciência jurídica nos dias atuais, recobrando-os de grande dinamismo em suas mudanças o que, em última instância, traduz-se em inegável vocação de vasto campo para pesquisas.

De início, é escusado dizer que o tema coisa julgada, por si só, além de ponto central do direito processual civil, ainda hoje suscita em doutrina as mais acaloradas discussões. Mesmo tendo o nosso Código de Processo Civil em vários pontos referentes ao

assunto se inspirado nas lições de Liebman, já que elaborado por um de seus mais diletos alunos, Alfredo Buzaid, não se pode dizer felizmente, que as suas lições tenham sido acatadas de forma pacífica. Hoje, ainda ouvem-se algumas vozes distoantes entre os estudiosos brasileiros tendendo a se aproximar mais da teoria alemã da coisa julgada, cujo expoente máximo nesta área é Hellwig. Aliás, nisto consiste um dos méritos dos estudos de Liebman, como ele próprio ressalta no prefácio à segunda edição brasileira de sua obra *Eficácia e autoridade da sentença*, literatura obrigatória para aqueles que desejam fazer incursões ao tema. Com efeito, ali o mestre do direito processual lembra que seu trabalho pode “orgulhar-se de ter recebido autorizadas adesões, embora sem perder o privilégio de suscitar dissentimentos e de provocar acalorados debates” (1981, p. V).

Assim sendo, antes de abordar a coisa julgada inconstitucional propriamente dita, são necessárias notas propedêuticas a respeito do instituto mesmo da coisa julgada. Esta pequena revisão bibliográfica sobre o assunto faremos na primeira parte do trabalho.

Primeiramente, é necessário conhecer os fundamentos político e jurídico da coisa julgada. Quanto ao primeiro pode-se dizer que a coisa julgada, corolário do princípio da segurança jurídica, surge da necessidade filosófico-política de que em determinado momento cessem as impugnações à decisão proferida pelo Poder Judiciário, no resguardo da paz social e em última instância para preservação do Estado Democrático de Direito. Como o Estado arrogou-se o poder de dizer o direito afastada qualquer possibilidade de autotutela (salvo em alguns casos específicos), precisa desincumbir-se desta empreitada em determinado momento, evitando que as lides se eternizem. Quanto ao fundamento jurídico, veremos que o instituto da coisa julgada encontrou diversos fundamentos ao longo da história.

Faz-se necessário também explanar sobre alguns pontos importantes da teoria da coisa julgada: diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, funções positiva e negativa, bem como seus limites subjetivos e objetivos. Interessante notar que em várias destas questões a doutrina não é assente. Aliás, a polêmica grassa a respeito de quase todos eles. Sequer pode-se dizer que haja uma base comum, ou uniformidade de tratamento a respeito das premissas teóricas sobre as quais se ergue o instituto. Muitas vezes o instituto é analisado de perspectivas diversas.

O assunto traz ainda mais dificuldades nos dias atuais, em que as lides coletivas despertaram novas abordagens sobre o tema e que exploramos aqui apenas de passagem. Se por um lado há doutrinadores que defendem que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor trouxe verdadeira inovação no que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada (alguns dizem que o CDC mudou o próprio conceito de parte), por outro lado, outros há que defendem que tal normativo em nada mudou aqueles limites se comparado ao CPC de 1973. Toda a construção engendrada pelo CDC em matéria de coisa julgada poderia muito bem ser explicada pelos institutos já existentes à luz do atual Código de Processo Civil, segundo algumas orientações.

Aliás, antecipa-se aqui o motivo pelo qual neste trabalho foram pinceladas algumas noções sobre os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Na verdade, a maioria dos doutrinadores detecta que o questionamento a respeito do valor absoluto da coisa julgada surge quando envolvidos interesses multitudinários. Nestas lides, por serem semelhantes os pedidos e causa de pedir verifica-se que a discrepância entre decisões proferidas é mais chocante. É comum no âmbito do direito tributário, que envolve, no mais das vezes contribuintes em situações bem parecidas em confronto com a Fazenda Pública,

decorrentes da aplicação de determinada lei (cuja interpretação e aplicação deveria ser igual para todos).

Tais confrontos clamam por uma nova visão do instituto da coisa julgada. E é neste contexto que surge a tendência de relativização: propostas como novos mecanismos de revisão da coisa julgada além da ação rescisória, ampliação do prazo para propositura desta ação, a valorização de certos princípios (principalmente da legalidade e da isonomia) em confronto com os quais a coisa julgada restaria enfraquecida, bem como a propositura de ação declaratória para impugnar a sentença prolatada com certos vícios, nunca convalidáveis e que, portanto, sequer geraria coisa julgada. Este é um assunto de que trataremos já na segunda parte de nosso trabalho, pois trata-se de uma nova perspectiva de observação da coisa julgada.

Por outro lado, o tema da coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, que pretendemos abordar por fim, tem, apesar de não ser tão recente, animado a doutrina e a jurisprudência. Surge, em síntese apertada, do embate entre princípios como o da segurança jurídica e o princípio da constitucionalidade, sempre invocado por aqueles que defendem a relativização da coisa julgada maculada por aquele vício. A relativização dos efeitos da coisa julgada, frise-se, é fenômeno mais amplo, envolvendo por exemplo, os avanços científicos, dos quais são paradigmas os testes de DNA e a sua influência nas ações de estado, especificamente as investigatórias de paternidade.

A existência tão pronunciada de mecanismos de controle de constitucionalidade dos atos legislativos na *lex legum* e legislação infraconstitucional, faz-nos deparar com a falta de maiores preocupações, neste mesmo ordenamento jurídico, acerca dos atos emanados do Poder Judiciário. Estariam eles imunes a um maior controle do que aqueles previstos nas leis processuais? Ou, colocado de outra maneira, os mecanismos de impugnação previstos seriam suficientes para extirpar atos judiciais desconformes à Constituição?

A questão da coisa julgada inconstitucional ainda não recebeu maior sistematização por parte da doutrina brasileira. Isto não ofusca o brilho dos teóricos que se dispuseram a fazer uma leitura do tema ou assuntos correlatos em artigos esparsos.

Na legislação, a Constituição Federal brasileira de 1988 oferece em seu artigo 102, III, como possibilidade extraordinária de recurso, casos de impugnação de decisões judiciais que lhe são contrárias. E precluídas as instâncias recursais, ordinárias e

extraordinárias, existe a possibilidade da ação rescisória, estampada no art. 485 do Código de Processo de Processo Civil de 1973.

De fato, a aceitação da ação rescisória para impugnação das decisões tanto as que aplicam norma inconstitucional quanto aquelas que deixam de aplicar norma constitucional por entendê-la inconstitucional é matéria que freqüenta de forma sistemática a jurisprudência dos pretórios superiores. O STJ vem, inclusive, afastando a aplicação da Súmula 343 para permitir o manuseio da ação rescisória quando a controvérsia instaurada ao tempo da decisão rescindenda seja sobre interpretação de texto constitucional. Neste sentido:

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 – Súm. 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 STF, mais tarde, declare inconstitucional’ (REsp. 128.239/RS).

A E. 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 Súm. 343/STF (REsp. 155.646/RS, DJ 23.08.1999) (Resp. 36017/PE, 2ª T., rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11.12.2000, p. 185) (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 2004 in NASCIMENTO, p. 105 e 106)

Como ressaltam, no entanto, os professores Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro no bojo de artigo de onde foi extraído o julgado *supra* citado, os tribunais, segundo as decisões mais recentes, não têm trabalhado com a hipótese em que a decisão judicial viola diretamente norma ou preceito contido na Constituição Federal (In: NASCIMENTO, 2004, p. 107), o que não deixa de ser uma lacuna suscetível de estudos.

Outra lacuna verificada no sistema e ponto nevrálgico do tema vertente vislumbra-se no seguinte questionamento: passado o prazo da ação rescisória, convalidar-se-ia

a decisão judicial eivada de vícios inconstitucionais? É razoável, neste caso, prevalecer a coisa soberanamente julgada como princípio intangível?

Alguns doutrinadores que tratam do assunto têm reconhecido que o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal menciona apenas a proteção da coisa julgada em face à retroatividade da lei, de sorte que a sua intangibilidade não decorre da Constituição, mas de norma ordinária contida na lei processual. Se assim não fosse, sequer poderia haver a previsão de hipóteses de rescisão (conforme artigo 485 do Código de Processo Civil). Isto significa que não há falar, de fato, em contraposição, mas de hierarquia de princípios: o da constitucionalidade sobrepõe-se ao da imutabilidade da coisa julgada.

Com fulcro em tal entendimento, tem sido sustentado o cabimento da *querella nullitatis* para impugnar a coisa julgada inconstitucional já que a decisão assim proferida seria nula, a semelhança do que ocorre com a prolatada com defeito de citação, não se sujeitando a prazos prescricionais ou decadenciais. Esta seria também a interpretação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, acrescentado pela medida provisória n.º 2180-35, de 24 de agosto de 2001: são cabíveis os embargos à execução quando o título executivo judicial estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal, ou seja, sob o fundamento de nulidade, a sentença careceria de exigibilidade, não sendo possível executá-la. Mas até mesmo quanto a ser a sentença que gera coisa julgada inconstitucional ato nulo ou inexistente. diverge a doutrina.

Dentro deste contexto, estudaremos, na segunda partes de nosso trabalho a coisa julgada inconstitucional como uma das hipóteses de relativização da coisa julgada. Quais são os casos em que ela ocorre, de modo a permitir seja impugnada e alguns meios de controle apontados pela doutrina.

É nesse sentido que pretendemos orientar nossa investigação científica, revisitando os principais temas da teoria da coisa julgada e procedendo a uma revisão bibliográfica a respeito do assunto coisa julgada inconstitucional e alguns meios de impugnação apontados pela doutrina.

Todas estas questões são extremamente atuais e carecem de uma solução sistematizada por parte da doutrina, razão pela qual decidimos enfrentar o tema, pelo menos como um primeiro passo para realizarmos novas e futuras investigações.

I NOÇÕES SOBRE COISA JULGADA

I.1) Conceito

I.1.1) Fundamento jurídico e definição

Para cumprir a empreitada de formar um conceito de coisa julgada, é mister perpassar pelas várias correntes que tentaram conferir-lhe fundamento jurídico. Claro que existe também um fundamento político, que está arraigado ao conceito de jurisdição. Afinal este poder de dizer o direito surge como corolário mesmo do Estado de Direito, que erige-se, de maneira bastante simplista, como instrumento de pacificação das relações sociais, visando a obtenção da paz e em última instância, a preservação do gênero humano. E a coisa julgada traduz-se em obstáculo imposto em favor do interesse público, já que caso não existisse, jamais alcançar-se-ia a certeza do direito e a segurança no gozo dos bens da vida.

Atendo-nos ao fundamento jurídico¹, a coisa julgada já foi considerada como uma presunção de verdade, ficção de verdade, vontade do Estado e na voz atribuída aos alemães, a imutabilidade e indiscutibilidade atribuída ao efeito declaratório da sentença, após o trânsito em julgado. Finalmente com Liebman, forte opositor das teorias alemãs, a coisa julgada ganha cunho de qualidade da sentença, e não mais um de seus efeitos, emparelhado aos demais. Atualmente, há na doutrina brasileira, ainda interessantes posicionamentos que refogem à leitura sobre a coisa julgada feita pelo mestre italiano e que tanto nos influenciou.

Após o breve intróito, passemos a análise de algumas destas teorias².

Uma primeira teoria a ser analisada é a da presunção da verdade de Pothier, que foi responsável por trazer dos escritos de Ulpiano até o Direito Francês, semelhante idéia. Assentava-se tal teoria na premissa de que a busca do processo consistia na verdade, que nem sempre poderia ser alcançada, tendo em vista os fatos embasadores da decisão final, muitas vezes imprecisos e não verdadeiros. Assim a despeito de a busca do processo ser pela verdade

¹ Sérgio Gilberto Porto reconhece, ao comentar o fundamento jurídico da coisa julgada, que não há na doutrina unidade de pensamento sobre o tema (*Coisa julgada civil: análise, crítica e atualização*, 1998, p. 39).

² A abordagem destas teorias, que nos respectivos momentos históricos foram o fundamento da coisa julgada, encontram-se em MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 22-34, de onde extraímos as principais idéias, resumindo-as.

material, nem sempre a sentença conseguia alcançá-la, razão pela qual não conteria uma verdade mas uma presunção de verdade.

Para Savigny, o mal da incerteza era maior se comparado ao das sentenças injustas e desta forma a sentença, mesmo a injusta, conteria uma força legal que significava uma ficção de verdade. Em outras palavras, “a declaração nela contida nada mais representava do que uma verdade aparente e, nessa medida, produzia uma verdade artificial” (PORTO, 1998, p. 40). A teoria de Savigny não ficou adstrita à ficção da verdade, chegando o brilhante teórico a esboçar as funções negativa e positiva da coisa julgada.

Como ensina Liebman, tais doutrinas nasceram de idéias que entendiam a coisa julgada como imposição da verdade da declaração do direito contida na sentença. Observa ainda o mestre italiano, em uma ponderação bem coerente com toda a sua teoria, que a evolução do estudo evidenciou que a decisão judicial tem eficácia não meramente declarativa, mas também constitutiva (1981, p. 15 e 16-17.).

Neste sentido podemos citar Pagenstecher que, no extremo oposto, defendeu que toda sentença, até mesmo a declaratória, é sempre constitutiva de direito. Portanto, geraria um direito novo, e não apenas declararia o direito incluso na lei. Trata-se da teoria da força substancial da sentença.

Já Hellwig, concebendo a teoria que depois foi chamada de da eficácia da declaração, apesar de reconhecer a existência do efeito constitutivo às sentenças, restringiu a autoridade do julgado à pura declaração, que seria um efeito de todas as sentenças, mesmo as constitutivas e condenatórias. Em outras palavras, ele acabou por identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz. A essência da teoria do ilustre pensador alemão é explicada por Liebman:

Observa ele que os atos, mediante os quais os órgãos jurisdicionais cumprem seu mister, são, ou atos declarativos ou atos constitutivos, e estes últimos devem abranger tanto as sentenças constitutivas em sentido restrito, as quais modificam as relações jurídicas substantivas preexistentes, como as sentenças condenatórias que criam o direito à execução forçada; mas as sentenças constitutivas, como as condenatórias encerram ainda declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele se possa produzir. O termo tradicional de “coisa julgada” (*Rechtskraft*) poderia e

deveria então substituir-se pelo mais preciso de “eficácia de declaração” (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere (1981, p. 17 e 18).

Assim esboça-se a teoria arduamente combatida por Liebman, para quem a coisa julgada não pode ser sistematizada como um efeito da sentença, ao lado dos outros, já que isto seria um erro lógico, que consistiria em agrupar coisas heterogêneas entre si (LIEBMAN, 1981, p. 18).

Antes, porém de se passar a análise da teoria do afamado mestre italiano, cumpre dizer ainda algumas palavras sobre outras teorias bastante relevantes que se formularam no decorrer da história. Ugo Rocco, com a teoria da extinção da obrigação jurisdicional, por exemplo, extrai fundamento exclusivamente processual para explicar a coisa julgada material, como sendo o momento em que o Estado adimple a sua obrigação de prestar jurisdição e de conceder o direito ao contraditório às partes, embora também decorram da sentença “efeitos sobre o direito substancial objeto da declaração, os quais, entretanto, seriam indiretos ou reflexos, não possuindo o condão de serem reconhecidos como jurídicos, mas meramente fáticos” (MORAES, 1997, p. 27 e 28).

Na sempre combativa lição de Liebman, a abordagem é insuficiente pois não resolve a questão dos aspectos substanciais, estes sim, o nó górdio da problemática. Pode ser explicada a coisa julgada, segundo esta teoria, como causa de extinção do direito de ação de conhecimento, em suas palavras (1981, p. 47).

Chiovenda também trouxe rica contribuição à teoria da coisa julgada ao defini-la como a indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença (LIEBMAN, 1981, p. 46), na teoria que ficou conhecida como da vontade do Estado. Para Chiovenda, a sentença deve ser analisada como ato do Juiz e ato do Estado. Como ato do juiz a sentença trata-se de um mero parecer, ao qual é atribuído, por lei, o poder de ditar um comando, absolvendo ou condenando, constituindo ou executando, mandando ou simplesmente declarando, quer seja, é na lei (vontade do Estado) que se encontra o fundamento jurídico da coisa julgada.

A teoria, segundo Liebman, tem também o demérito de limitar a coisa julgada à declaração contida na sentença pois a identificava não só com a indiscutibilidade, mas também com a obrigatoriedade da declaração, o que era incompatível com a sua teoria

que defendia que não somente a declaração mas todo efeito da sentença era dotado de obrigatoriedade e se produzia independentemente da indiscutibilidade e da coisa julgada (1981, p. 46).

Merece também destaque Carnelutti, que em sua teoria da estatalidade do ato aproxima-se de Chiovenda, mas atribuindo a vontade expressa na sentença não à vontade da lei, mas à vontade do próprio juiz. A autoridade da sentença, segundo sua teoria, decorre do fato de ser o ato do juiz um ato estatal. Decorre, pois a imperatividade da decisão judicial de maneira mediata da lei, mas imediata do próprio juiz. Convém salientar, que o renomado jurista resolve o problema da coisa julgada em dois termos distintos, o da eficácia (que é propriamente a autoridade da coisa julgada) e da imutabilidade da sentença (que comumente se chama coisa julgada formal e consiste na preclusão dos recursos), merecendo de Liebman as mesmas críticas já feitas quanto a todas as outras doutrinas, por haver a identificação entre coisa julgada e eficácia da sentença (1981, p. 48)³.

Por fim, resta-nos analisar, mais detidamente, a teoria de Liebman e o seu conceito de coisa julgada. Para o referido autor, a eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. De fato, a eficácia, que pode ser definida como o comando (declarativo, constitutivo ou condenatório) contido na sentença, não impede que juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Prossegue o autor frisando que somente uma razão de utilidade política e social pode evitar essa possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada (1981, p. 50, 53 e 54). Em suas palavras:

Nisso consiste, pois a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade e intangibilidade* do

³ Aqui merecem ser transcritas as observações de Barbosa Moreira a respeito da singular concepção de Carnelutti sobre coisa julgada: “A primeira, para ser bem compreendida, exige que se tenha em mente a posição original assumida, na matéria, pelo ilustre autor [Carnelutti], que, distinguindo na sentença a “imperatividade” (ou eficácia) da imutabilidade, fazia corresponder àquela o conceito de coisa julgada material, e a esta o de coisa julgada formal. Daí surgiam duas importantes conseqüências, que singularizam na literatura processual o pensamento carneluttiano: de um lado, a coisa julgada *formal* ampliava-se conceptualmente para abranger a impossibilidade de modificar-se a decisão não só no âmbito do *mesmo processo*, mas também nos *processos futuros*; de outro, invertiam-se os termos em que tradicionalmente se visualiza a relação entre a coisa julgada *material* e a coisa julgada *formal*, para ter-se aquela como antecedente desta, e não vice-versa, pois a sentença produziria efeitos (isto é, seria *imperativa*) desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais (ou seja, antes de tornar-se *imutável*)” (In BARBOSA MOREIRA, 1971a, p. 136 e 137).

ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

A eficácia natural da sentença, como a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do *comando*, nos limites em que é disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a norma concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada.

(...)

Por isso, o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional (1981, p. 54).

Nota-se a razão pela qual o autor refutou tão veementemente as teorias alemãs: para ele a coisa julgada não se traduz em efeito autônomo da sentença, mas em qualidade que se agrega aos seus efeitos ou à sua eficácia. Percebe-se também a grande influência que teve sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro a teoria liebmaniana.

Em relação ao art. 467 do Código de Processo Civil, segundo a professora Ada Pellegrini Grinover, que na segunda edição da obra de Liebman foi a responsável por traduzir textos acrescentados depois da edição de 1945 e trazer notas relativas ao direito vigente, tal dispositivo, que pretensamente dá o conceito de coisa julgada material, na verdade traz o de coisa julgada formal, reproduzindo muito mal o que constava do anteprojeto de Alfredo Buzaid que encampara a definição de Liebman (In: LIEBMAN, 1981, p. 08).

Teresa Arruda Alvim, por seus comentários tecidos a respeito do artigo em comento, é apontada por muitos doutrinadores como a primeira estudiosa a mencionar o problema da adoção em nosso CPC de 1973 da definição da coisa julgada não como a formulava Liebman, mas Chiovenda. De fato, discorre a mencionada jurista, que muito embora a Alfredo Buzaid não parecesse incorreta a aceitação do adágio *ominis definitio in jure civile, periculosa est*, pareceu-lhe, no entanto, necessário em vários artigos do Código não correspondê-lo (1977, p. 87). E assim definia a coisa julgada o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 507. Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário ou extraordinário (*Idem*, p. 88).

Nota-se, portanto, que bem distante desta concepção ficou a redação atual do art. 467 que àquele dispositivo correspondia. Preleciona a doutrinadora citada:

Ante o exposto, o art. 467, ao dizer que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável a sentença, está tecnicamente errado tendo em vista a posição de Liebman, assemelhando-se à posição de Chiovenda, pois este afirma que “a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda” (referindo-se à coisa julgada substancial)... “destinada a agir no futuro, com relação a processos futuros” (1977, p. 89).

O art. 467, com a redação que lhe foi conferida talvez melhor se acomode em nosso ordenamento jurídico, portanto, com a observação que foi feita pela professora Ada Pellegrini Grinover de que na verdade se trate de coisa julgada formal a definição ali contida.⁴

Sendo assim, a respeito do conceito de coisa julgada, podemos concluir que a definição conferida pelo Código de Processo Civil não condiz com aquele que se encontra arraigado em nosso ordenamento jurídico. Pode-se dizer que, definindo apenas a “coisa julgada formal” impôs-se a necessidade de que fosse construído com a correção da doutrina e jurisprudência o conceito de coisa julgada. Mesmo tendo em vista os estreitos lindes de nosso trabalho não é possível conceber a coisa julgada apenas através da definição estampada no Código de Processo Civil Brasileiro.

Além disso, observando os inúmeros fundamentos jurídicos que foram emprestados ao instituto ao longo da história, podemos concluir com Sérgio Gilberto Porto, que sua feição não é a mesma para todos os povos e em todos os tempos⁵. A feliz constatação

⁴ E interessante é notar que, para Liebman, coerentemente à sua teoria, não havia diferenças substanciais entre coisa julgada formal e coisa julgada material, embora pudessem ser extraídas relevantes conseqüências práticas da distinção: “Esfumam-se assim, quanto à formulação, embora permaneçam de fato, também as conseqüências da distinção. A unidade do conceito impede, sem mais, que os seus dois aspectos se possam cindir e manter-se separados conforme o objeto da sentença. Assim, uma sentença que julgar os pressupostos processuais (por exemplo, competência) ou a admissibilidade de um meio de prova, ou despache em geral sobre o processo, não se pode dizer que logre uma coisa julgada diversa da que acolha ou rejeite a demanda como fundada ou infundada. Verdade é que no primeiro caso tem a sentença efeito meramente interno no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo, porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este. Mas a diferença está toda no comando contido na sentença e nos seus efeitos, não na coisa julgada, que permanece sempre a mesma (1981, p. 60-61).

⁵ O mencionado autor diz em sua obra *Coisa julgada civil: análise, crítica e atualização*, que “sob o aspecto pragmático, se separarmos as idéias de ‘coisa julgada’, ‘eficácia’ e ‘autoridade da sentença’, viável se torna a tentativa de conceituação – não, todavia, que seja válida para todos os povos e tempos (!), devido à absoluta dinâmica inerente ao próprio Direito” (PORTO, 1998, p. 44).

pode ser feita diante de nosso ordenamento jurídico mesmo. Ora, depois de concebidas as lides coletivas, assim como se encontram no Código de Proteção e Defesa do Consumidor não se pode dizer que a coisa julgada daí resultante, com todos os seus consectários, é a mesma da existente no Código de Processo Civil de 1973. E a definição de coisa julgada existente neste instrumento normativo, por sua vez, também não é igual àquela existente no Código de Processo Civil de 1939, que o antecedeu.

De tais questionamentos, que inclusive antecipam alguns assuntos que pretende-se aqui abordar, ainda que apenas em caráter propedêutico, sobressai a conclusão de que a coisa julgada tem seus contornos definidos pela lei. E que lhe são atributos a autoridade, a indiscutibilidade e a imutabilidade (ainda que relativa). Pode-se defini-la, então com Sérgio Gilberto Porto, amparados nas doutrinas de Chiovenda e Liebman “como a opção filosófico-jurídica que outorga à decisão jurisdicional a capacidade de torná-la imutável perante todos e indiscutível às partes” (1998, p. 48).

I.1.2) Coisa julgada formal e coisa julgada material e função negativa e positiva da coisa julgada

Neste ponto, é interessante retomar a distinção tradicionalmente feita entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Como já sugerido neste ensaio, a diferença, que aparece reestruturada em Liebman é, segundo Ada Pellegrini Grinover, acatada por toda doutrina brasileira.

Das linhas já escritas já antecipamos, em certo sentido, ser noção corrente em doutrina, a coisa julgada formal uma qualidade da sentença não mais sujeita a recursos. E assim sendo, pode-se concluir ser a coisa julgada formal um antecedente lógico da coisa julgada material e que ela se refere a uma imutabilidade dentro da relação jurídico-processual.

De fato, nosso ordenamento jurídico está organizado de maneira que às partes não é dada oportunidade de exercerem a autotutela (salvo algumas exceções), cabendo ao Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional, sendo vedado excluir à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5.º, XXXV). Trata-se de um direito subjetivo das partes a tutela jurisdicional, a que corresponde um dever do Estado de se desincumbir da solução dos litígios.

E uma vez tendo ingressado em juízo não podem as partes estender por prazo indeterminado a contenda, gerando uma situação de constante incerteza jurídica. E para que tal não ocorra, existe regulamentação a respeito do manejo dos recursos, bem como é estabelecido um limite temporal para que ultrapassado ele não seja mais atacada a sentença, seja porque exercitados todos os recursos cabíveis, seja porque vencido o prazo para interposição dos cabíveis sem que a parte quisesse se utilizar deles. E a este impedimento de que seja atacada a decisão em um mesmo processo é chamado pela doutrina de coisa julgada formal.

Assim conceitua Sérgio Gilberto Porto:

Em torno do tema, é farta a doutrina, e praticamente não diverge. Isso torna possível afirmar que a coisa julgada formal se constitui no fenômeno que torna a sentença imodificável, no processo em que foi prolatada, em face da ausência absoluta da possibilidade de impugnação da decisão, em razão do esgotamento das vias recursais, quer pelo exercício de todos os recursos possíveis, quer pelo não exercício deles, ou quer, ainda, pela não apresentação de algum, bem como por eventual renúncia ou desistência de interposição (1998, p. 52).

Corroborando a unanimidade da doutrina cita-se também o conceito de Paulo Roberto de Oliveira Lima:

Denomina-se coisa julgada formal a imutabilidade da decisão dentro da relação jurídico-processual, ou seja, denomina-se coisa julgada formal a especial condição da decisão de não comportar mais recursos, tornando-se, por isso mesmo, a palavra final do Judiciário no processo (1997, p. 20).

Diante da definição observa Ada Pellegrini que muitos doutrinadores tentaram, erroneamente, equiparar a coisa julgada formal à preclusão máxima, querendo mesmo alguns substituir aquela designação por esta outra. Mas os fenômenos não se confundem, uma vez que: “A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo” (In: LIEBMAN, 1981, p. 62).

Nas decisões que põem fim à causa, mas não lhe decidem o mérito ocorre apenas a coisa julgada formal. Não se submetem, portanto, à “autoridade da coisa julgada”, uma vez que não impedem que a matéria seja posta, novamente, à apreciação do Poder Judiciário.

Já nas sentenças de mérito, embora seja a coisa julgada formal antecedente lógico da coisa julgada material, a indiscutibilidade e imodificabilidade que lhe são característicos ocorre também fora do processo, externamente a ele. Diz Paulo Roberto de Oliveira Lima que “a imodificabilidade da decisão se espraia para fora do processo, impedindo nova discussão da matéria, mesmo em outro feito” (1997, p. 20).

Diferindo as duas coisas julgadas, Sérgio Gilberto Porto conclui:

Contudo, como já afirmado, a projeção da coisa julgada material diverge da formal, pois, enquanto esta se limita à produção de efeitos endoprocessuais – internos –, aquela os lança de forma pan-processual – externa –, motivo por que se impõe perante demandas diversas daquela em que se verificou, tornando inadmissível novo exame do assunto e solução diferente a respeito da mesma relação jurídica, seja por outro, seja pelo mesmo juízo que a apreciou (1998, p. 55).

Importante é deixar claro, desde logo, que a definição da coisa julgada material não se confunde com os limites objetivos da sentença. Os limites objetivos da coisa julgada estão afeitos ao seu conteúdo, o que torna-se imutável e indiscutível, enquanto que a coisa julgada material representa a capacidade que possui a sentença de tornar-se imutável e indiscutível em demanda futura (PORTO, 1998, p. 54).

Neste contexto e tendo-se sempre em mente o caráter propedêutico destas primeiras linhas, não se pode deixar de tecer alguns comentários a respeito das funções negativa e positiva atribuídas a coisa julgada. Mesmo porque a definição de Sérgio Gilberto Porto para a coisa julgada material aqui citada deixa entrever que o referido autor aceita as duas funções, informação que depois é confirmada na mesma obra citada, quando ele trata do assunto em capítulo específico.

Liebman, de seu turno, refutava a função positiva da coisa julgada. De fato, citando a monografia de Keller que suscitou a função negativa, definida como o impedimento à repetição da demanda, evitando-se novo julgamento sobre uma mesma demanda, e a positiva, que obriga o juiz, em futuras ações, a reconhecer a decisão já proferida, seja por ele próprio, seja por outros juízes, menciona o autor italiano que este efeito positivo nada mais seria do que a própria eficácia natural da sentença, não tendo nada a ver com a coisa julgada em si mesma considerada (1981, p. 58 -60).

Segundo Ada Pellegrini, em suas notas à célebre obra do autor (*Eficácia e autoridade da sentença*), em nosso ordenamento não há sequer falar-se em eficácia natural da

sentença, visto que aqui, diferentemente do ordenamento italiano, que permite o manejo do recurso extraordinário para a proteção da coisa julgada quando nova sentença for contrária a outra precedente passada em julgado, a ação rescisória é utilizada pela simples ofensa à coisa julgada, quer esteja o novo julgamento em conformidade ou não com um primeiro (CPC, art. 485, IV). Sendo assim, a posição adotada pelo nosso ordenamento jurídico não permitiria qualquer discussão a respeito da concepção material e processual da coisa julgada, uma vez que dele depreende-se tratar de instituto de natureza processual, como reflexo da teoria dualista do ordenamento jurídico⁶. Há sentido apenas, em nosso ordenamento, em se falar na função negativa da coisa julgada, tendo o art. 471 do CPC adotado expressamente o *ne bis in idem*, impedindo a apreciação das questões já decididas, relativas à mesma lide, pelo mesmo juiz (In: LIEBMAN, 1981, p. 64 -67).

A despeito de tal entendimento, é possível reconhecer, nos dias atuais, vários autores que admitem para a coisa julgada uma função positiva, como faz o já citado Sérgio Gilberto Porto, embora esclarecendo que sua posição não é unânime:

Assim, embora inexista pacífica uniformidade de opiniões em torno das funções da coisa julgada, parece irrefutável, modernamente, que ela efetivamente possui a virtualidade de impedir um novo julgamento e que essa capacidade se define como sendo sua função negativa; possui também a potencialidade de substanciar demanda futura, como no caso em que – por exemplo – controvertem autor e réu sobre a natureza jurídica de certo contrato. Definido este como de locação, emerge daí a possibilidade de, com base na decisão anterior, se buscar o pagamento de alugueres. Nessa futura demanda, por evidente, a possibilidade de procedência tem suporte, justamente, na coisa julgada, e disso decorre o reconhecimento da inafastável função positiva que esta possui e que, ao lado da negativa, encontra suporte, como se viu, em qualificada doutrina (1998, p. 59).

Entre esta qualificada doutrina cita o sempre lembrado Ovídio Baptista, formulador de várias das mais interessantes teses que se têm a respeito do assunto coisa julgada.

Assim sendo, há que se reconhecer, em face do que até agora exposto, que a coisa julgada material não se confunde com os limites objetivos da coisa julgada, embora sejam os dois assuntos muitas vezes tratados de forma baralhada, para nos utilizarmos do termo do próprio Sérgio Gilberto Porto. Estas diferenças (inclusive entre coisa julgada formal

⁶ Em sua monografia, *Contribuição à teoria da coisa julgada*, apontada como uma das melhores sobre o assunto, Paulo Roberto de Oliveira Lima tece críticas à adoção da teoria da dualidade do Direito e a aponta como fonte de várias distorções na teoria da coisa julgada.

e material), no entanto, é desejável sejam lembradas no limiar de um trabalho científico para se conhecer as premissas em torno das quais erigiremos nossa resenha doutrinária. Além disso, faz-se necessário o conhecimento, também de caráter propedêutico, a respeito das funções negativa e positiva da coisa julgada. Esta última acabando por resguardar íntima correlação com os limites objetivos da coisa julgada, assunto do qual nos ocuparemos em breve.

I.2 Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada

Questão, ainda, de suma importância e que merece ser abordada nos limites deste trabalho é a pertinente aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. De fato é importante ter assentadas as premissas sobre as quais desenvolver-se-ão as conclusões oportunamente expendidas. Embora o Código de Processo Civil de 1973 vigente até os dias atuais tenha traçado as diretrizes dos limites da coisa julgada, a questão, como tudo o mais que se refere ao tema é tormentosa e demanda reflexão.

I.2.1 Limites subjetivos

Os limites subjetivos da coisa julgada vêm delineados no artigo 472 do Código de Processo Civil. Antes de iniciarmos o estudo, frise-se que não se pretende fazer aqui uma abordagem exaustiva sobre todos os pontos controvertidos que da análise de tal dispositivo resultam, mas apenas trazer algumas reflexões que julgamos importantes para deixar assentadas as premissas teóricas sobre as quais serão ventiladas nossas conclusões, como já dito.

Coerente com a teoria engendrada, defende Liebman, afastando qualquer distinção entre eficácia direta e eficácia reflexa da sentença e partindo da diferença entre coisa julgada e efeitos da sentença, que sendo ela um ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, não há motivo que exima os terceiros de sofrer a sua eficácia, tanto quanto as partes, sujeitos da relação a que se refere a decisão. Portanto, a eficácia natural da sentença, que decorre do caráter público universalmente reconhecido à administração da justiça não conhece limitação subjetiva (1981, p. 123 e 126). Nisto consiste precisamente sua tese: a autoridade da coisa julgada, rigorosamente limitada às partes, não coincide com a eficácia natural da sentença, que sujeita aos terceiros em virtude da idoneidade natural dos atos estatais.

Neste sentido, quanto ao alcance dos efeitos da sentença a terceiros, mas não da autoridade da coisa julgada, já tendia a doutrina brasileira ainda mesmo sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, que não trazia nenhum dispositivo expresso a respeito dos limites subjetivos da coisa julgada como o fez o de 1973, como sustenta o próprio Liebman, no que é confirmado pela comentarista de sua obra, Ada Pellegrini. Mas é preciso ressaltar, com a mencionada e brilhante comentarista, que a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada não pode passar despercebida entre nós (In: 1981, p. 80 e ss).

Para Ada Pellegrini, entre as causas de subordinação de terceiros e que seriam idôneas para legitimar a extensão da coisa julgada apontadas por Betti e colhidas por Liebman, quer sejam, sucessão do terceiro à parte; substituição processual; a conexão incidível entre a relação jurídica do terceiro e a relação atingida pela coisa julgada e a dependência entre duas relações jurídicas, a terceira, conexão incidível, encontraria acolhida em nossa doutrina, contrariando a tese de Liebman.

Trata-se do caso exemplar (apontado como de litisconsórcio facultativo unitário) de impugnação de deliberação de sociedade anônima por parte de um sócio, para o qual Liebman aceita, em caso de improcedência da ação proposta por um dos sócios que os demais impugnem processualmente a mesma deliberação, o que não ocorreria em caso de procedência porque para ele, teria sido atingido o escopo comum de todos os outros sócios, faltando-lhes pois interesse de agir nas eventuais ações sucessivas. Segundo o escritor italiano não há que se falar aí em extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. (1981, p. 114-116).

Anota Ada Pellegrini, que a posição do mestre italiano, rejeitada pela doutrina brasileira, foi revista por ele próprio no caso de concurso de ações, em face da legislação e jurisprudência da Itália e indica como demonstração de sua nova postura, o ensaio presente na mesma obra (*Eficácia e autoridade da sentença*), intitulado *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato* (In LIEBMAN, 1981, p. 116 e p. 238 e ss.). E frisa a ilustre autora que até hoje os reflexos do litisconsórcio unitário facultativo sobre a coisa julgada dão azo a sérios dissensos, opinião da qual comungamos inteiramente (In: LIEBMAN, 1981, p. 239).

A contribuição de Ovídio Baptista⁷ ao tema parte, como não poderia deixar de ser, já que a premissa permeia toda a sua obra, da classificação das sentenças e das várias eficácias atribuídas a cada uma delas, teoria confessadamente extraída da obra de Pontes de Miranda. Além das sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias da classificação clássica, aponta também Baptista a existência de duas outras: a executiva e a mandamental. Em síntese apertada, pode-se dizer que para estas duas últimas os efeitos, respectivamente executivo (orientado aos particulares, como por exemplo nas ações de despejo) e mandamental (orientado a uma atividade estatal, como no mandado de segurança) resultariam de eficácia interna da sentença e não de eficácia anexa (contrariamente ao exposto por Liebman).

Outra premissa de seu trabalho, e aí sua tese afasta-se de Liebman é que a imutabilidade que corresponde a coisa julgada só atinge a eficácia declaratória da sentença, jamais atingindo os terceiros que não participaram do processo, podendo os efeitos constitutivos e condenatórios desaparecer, inclusive por atividade das partes, sem ofensa à coisa julgada.

E aponta o autor a existência de três espécies de eficácias de uma sentença: a direta, que deve ser entendida como todas “as eficácias que sejam imanentes à própria sentença, como virtualidades da demanda de que elas resultam” e cujos efeitos diretos resultantes atingiriam tanto as partes como os terceiros, nada tendo a ver com o fenômeno da coisa julgada. E exemplifica com o caso da ação possessória de reintegração (demanda executiva *lato sensu*, segundo sua classificação) cumulada com perdas e danos (demanda condenatória) em que saindo vitorioso A, em face do esbulhador B, eventuais terceiros C e D que tivessem contratado com B, respectivamente, arrendando-lhe o imóvel cuja posse lhe fora retirada ou emprestando-lhe dinheiro, teriam que sofrer, sem qualquer remédio processual que os resguardasse, os efeitos da sentença, pois o primeiro contrato restaria impossível de ser cumprido e quanto ao segundo, sendo D credor quirografário, mesmo que a obrigação imposta de indenizar tenha deixado o seu crédito desfalcado e levasse B à insolvência, instaurando-se o concurso de credores, nada poderia fazer (In: BAPTISTA, 1995a, p. 107 e 108).

⁷ Todas as idéias do doutrinador adiante expostas foram extraídas do artigo *Eficácias da sentença e coisa julgada* (fls. 93 a 128) existente dentro da obra do mesmo autor, *Sentença e coisa julgada*. 3.ed. Porto Alegre, Fabris, 1995.

A eficácia reflexa que só atinge aos terceiros seria a peculiaridade essencial da repercussão da sentença na esfera jurídica deles, que não decorre de uma previsão legal, mas de circunstâncias acidentais que “colocam determinados sujeitos, chamados pela doutrina, terceiros juridicamente interessados, numa relação de dependência jurídica relativamente à relação que fora objeto da sentença *inter alios*”. E dá para este caso o exemplo do subinquilino que em uma ação de despejo proposta por seu inquilino, sob fundamento de falta de pagamento de aluguéis sofre o efeito executivo, consistente na retirada da posse e que tem eficácia *erga omnes*, bem como a rescisão do contrato (eficácia constitutiva) não poderá ser desconhecida por ninguém a não ser que seja alguém ligado por um vínculo de dependência ou prejudicialidade jurídica à relação de locação (In: BAPTISTA, 1995a, p. 110 e 111).

E haveria, por fim, os efeitos anexos da sentença, criados pela lei intencionalmente, ocorrendo certas circunstâncias relativas aos bens da vida, diferentemente dos reflexos, criados pela vida, originados devido à entremistura das incidências das leis, dos quais são exemplos a dissolução do regime da comunhão de bens, como decorrência da sentença que decreta a separação judicial, a reparação do dano decorrente da sucumbência na ação principal do que haja obtido medida cautelar preparatória ou incidente (CPC, art. 811), a indenização devida pelo que obteve execução provisória, em virtude de sentença depois reformada ou anulada, entre outros (In: BAPTISTA, 1995a, p. 112 e 113).

Depois de separar tais efeitos das sentenças, Baptista dá especial relevo ao efeito constitutivo que para ele seria o mais encontrado na prática e na própria doutrina sobre coisa julgada e pelo fato também de ser mais difícil o manejo correto desta eficácia, sendo comum a confusão entre a eficácia constitutiva e a coisa julgada. No exemplo acima mencionado e referido por Liebman da anulação de ato praticado por uma sociedade, explica o jurista que quando a sentença é de improcedência, a sentença proferida nesta demanda é declaratória e, portanto, jamais poderia alcançar os terceiros com o selo da imutabilidade. Já a sentença que acolhe a demanda, anulando o ato impugnado é de natureza constitutiva e desta forma, atinge a todos, mas nada impede que outro sócio, ou até mesmo um terceiro, estranho à sociedade, se legitime para impugnar a sentença anulatória, visando a restaurar o ato anulado.

O efeito constitutivo da sentença constitutiva é mais amplo do que o declaratório na sentença que rejeita o pedido (In: BAPTISTA, 1995a, p. 117)⁸.

Ovídio Baptista não desconhece os problemas enfrentados pela doutrina e jurisprudência nas ações com pluralidade de legitimados. E conclui sua exposição, antes de analisar alguns casos debatidos pela doutrina, da seguinte forma, que julgamos importante transcrever pela validade e aplicação prática do defendido:

O princípio cardeal, em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada, consubstancia-se no seguinte: ou a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro, estranho à demanda, e, nesse caso, a questão se resolve numa das hipóteses de *litisconsórcio necessário*, de modo que o suposto terceiro passa a ser parte; ou a intervenção não é *necessária*, no sentido de ser inafastável, e ter-se-ão casos de eficácia reflexa ou outros efeitos (ditos naturais) da sentença que não impedem que os terceiros rediscutam o julgado, havendo aquele nexo de *prejudicialidade-dependência*, definida pela doutrina italiana como capaz de dar ensejo à intervenção de terceiros; ou, nos demais casos, que definiriam os chamados *terceiros indiferentes*, hão de suportar estes não a coisa julgada, mas as eficácias *naturais da sentença* (In: BAPTISTA, 1995a, p. 122).

A teoria dos efeitos reflexos da sentença (e não da coisa julgada) é endossada também por Barbosa Moreira, citado por Ada Pellegrini Grinover nas notas à obra de Liebman:

(...)Quanto aos efeitos da sentença – que não se confundem com a autoridade da coisa julgada – o Código reconhece claramente, segundo revela o exame sistemático, que eles são capazes de atingir a esfera jurídica de terceiros, seja embora por via reflexa. É o que explica a existência de institutos como a impropriamente chamada “assistência litisconsorcial”, que pressupõe a idoneidade da sentença para “influir na relação jurídica” entre o “assistente litisconsorcial” e o adversário da parte assistida (art. 547) e do recurso do terceiro prejudicado (art. 499 e § 1.º) (In: LIEBMAN, 1981, p. 131)

Neste sentido conclui Paulo Roberto de Oliveira Lima, que também reconhece a possibilidade dos efeitos da sentença atingirem a esfera de terceiros, ser por esta razão que a lei autoriza a participação dos mesmos nos feitos (notadamente através da assistência simples), bem como o manejo por eles dos recursos e da ação rescisória. E

⁸ Esta parece ser também, embora por fundamentação algo diversa, a posição de Ada Pellegrini Grinover expressada nas notas ao artigo de Liebman *Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato*, contido na segunda edição de sua obra, *Eficácia e autoridade da sentença* à p. 242. Adverte autora, nas mesmas notas, que o art. 472 do CPC confirmou a posição de Liebman, no sentido de que a anulação é necessariamente total, e socorre também ao sócio que tenha visto repelida a sua precedente demanda e apenas se houver interesse de agir poderá posteriormente ser declarada a validade do ato, que também se estenderá a todos.

invocando Ada Pellegrini, esclarece que o terceiro não sofre a eficácia e nem reflexo da coisa julgada (1997, p. 40 e 41), mas pode sofrer seus efeitos.

Ainda algumas questões merecem ser aqui tratadas, pois de extrema atualidade e que de certa forma modificam os limites subjetivos da coisa julgada. Trata-se do tratamento conferido ao tema nas ações coletivas.

Inicia Sérgio Porto o assunto, constatando a total inépcia do Código de Processo Civil de 1973, elaborado para atender às demandas pertinentes aos direitos individuais, para atender aos demais, relacionados aos interesses coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos. E sensível a tais problemas, o legislador ordinário acabou por criar instrumentos para proteção de tais tipos de interesses: a Lei 4.717/65, que regula a ação popular, a Lei 7.347/85, que regula a ação civil pública e, mais recentemente a Lei 8.078/90, Código de Proteção e Defesa do Consumidor (1998, p. 60 e 63).

Tais leis acabaram por criar, segundo o autor, uma verdadeira dissidência em relação a tudo o que havia até então em torno dos limites subjetivos da coisa julgada, rompendo com a secular idéia de que apenas as partes poderiam ser atingidas pela autoridade da coisa julgada, projetando a extensão subjetiva desta para além dos sujeitos da relação processual, permitindo-se falar em coisa julgada *erga omnes e ultra partes* (1998, p. 64). E conclui:

Como se vê, procurou o legislador amoldar o instituto da coisa julgada à nova realidade que se lhe apresentava. E aquilo que fez, na verdade, foi vincular a projeção do instituto à causa. Com isso, admitiu claramente que não há mais, sob o aspecto dos limites subjetivos, uma única concepção do instituto da coisa julgada, mas tantas quantas reclamar a natureza do direito posto em causa. O que leva a se poder afirmar que – neste momento histórico – a coisa julgada está diretamente relacionada ao direito afirmado, na medida em que, se este for individual heterogêneo, aquela se limitará às partes; se o direito for individual homogêneo nas relações de consumo, *erga omnes*, nos casos de procedência (*secundum eventum litis*); se o direito for coletivo propriamente dito nas relações de consumo, *ultra partes*; se for difuso, nas demandas públicas, populares e de consumo, *erga omnes* (1998, pp. 64 e 65).

Apenas ousamos divergir do mestre na passagem *supra* citada no sentido de que os dispositivos processuais do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aplicam-se,

no que couber, a todos os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, coletivamente tratados e não apenas aos que envolvam relações de consumo⁹.

Posição semelhante à de Sérgio Gilberto Porto é a apresentada por Aroldo Plínio Gonçalves no artigo *A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor e o conceito de parte* (Revista Forense 331/65) para quem a grande inovação do Código de Defesa do Consumidor em relação ao Código de Processo Civil não se encontra no instituto da coisa julgada, cuja imutabilidade, sua principal característica, foi mantida intacta pelo art. 103, mas no plano em que se situa o conceito de parte (RF 331/65). Mais do que alterar os limites subjetivos da coisa julgada, portanto, para o autor o referido normativo perpetra uma verdadeira mudança quanto ao conceito de parte.

Para jurista, os legitimados não agem como substitutos processuais, mas como representantes dos titulares dos interesses em jogo (difusos, coletivos, individuais homogêneos) e embora não destinatários do provimento, são tratados como parte, por um artifício do Código de Defesa do Consumidor (RF 331/67).

E extrai destas premissas conclusões interessantes: no caso do art. 103, incisos I e II (que tratam respectivamente da coisa julgada para as demandas que versem interesses difusos e coletivos), sendo a ação julgada procedente (e tendo os titulares dos interesses individuais eventualmente já ingressado em juízo, requerido a tempo a suspensão do processo conforme a disposição do art. 104) ou improcedente, exceto por insuficiência de provas, a sentença se reveste da coisa julgada *erga omnes*. Caso, no entanto, seja julgada improcedente por falta de provas nos dois casos citados acima (ações que envolvam interesses difusos e coletivos), a coisa julgada se produzirá *inter partes* (entre o legitimado, tratado pelo CDC como parte e o réu), o que significa que poderá ser proposta outra ação por qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC (há, em face deste artigo, legitimação concorrente e pluralidade de legitimados), exceto por aquele que intentara a ação julgada improcedente, já

⁹ Neste sentido, esposamos a tese de Ada Pellegrini Grinover exposta nos comentários que faz ao Capítulo IV do CDC na obra *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 843, quando defende que a despeito do veto presidencial ao art. 89 do CDC, que determinava a aplicabilidade de todas as suas normas processuais a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, permaneceu íntegro o seu art. 117, que acrescentando o art. 21 à lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) determinou a aplicação, no que for cabível, dos dispositivos do Título III do CDC, à proteção daqueles mesmos interesses ou direitos. E além disso, o art. 110 do CDC acrescentou ao art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública o inciso IV, estendendo a aplicação desta a “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

que parte nele (aplicando-se, portanto, integralmente os parâmetros de identificação das ações presente no art. 301, § 2.º do CPC) (RF 331/69-71)¹⁰.

Em relação aos direitos individuais homogêneos pondera o autor que embora o art. 91 do CDC tenha insinuado uma possível substituição processual, dela não se extraem todos os efeitos diante do que disciplina por exemplo o art. 94 do mesmo instrumento legal (exigência de que, proposta a ação coletiva, seja publicado edital para que os interessados possam intervir como litisconsortes) e do § 3.º do art. 103 (que quando da improcedência do pedido, permite àqueles que não intervieram como litisconsortes propor suas próprias ações de indenização, a título individual). Se a ação, que verse sobre os direitos individuais homogêneos é julgada procedente, ocorre a coisa julgada *erga omnes*, mas se julgada improcedente, só faz coisa julgada entre as partes (aqueles que agiram em juízo: o legitimado, os litisconsortes e o réu) (RF 331/, p. 71 e 72).

Em relação ao art. 104 do CDC diz o mencionado autor que é correto afirmar que não há litispendência entre as ações coletivas e eventuais ações individuais propostas pelos titulares dos direitos difusos e coletivos porque, de fato, as partes não seriam as mesmas e nem o pedido e portanto, não poderia haver mera repetição de ações, de acordo com a teoria tradicional (RF 331/72 e 73).

E quanto à possibilidade suscitada pela doutrina, principalmente Barbosa Moreira, de que hajam coisas julgadas conflitantes produzidas em ação coletiva, em que a decisão aí proferida desse pela procedência do pedido e em ação individual, cujo autor não tivesse requerido a suspensão da ação conforme postulado pelo art. 104 do CDC, e sendo o resultado de improcedência do pedido, a refuta, dizendo não ser isto possível no CDC, ante o conceito de parte ali encontrado. Isto quer dizer que “como na ação coletiva, a lei considerou como ‘partes’ o legitimado e o réu, os destinatários do provimento apareceram como meros beneficiados aos quais se alongavam os efeitos da sentença” (RF 331/73). Isto retificando, é claro, a incorreta alusão pela segunda parte do art. 104 do CDC aos incisos II e III artigo anterior, querendo o dispositivo preservar, incluindo como beneficiários da extensão da coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, de fato, respectivamente, os titulares de interesses difusos e

¹⁰ Para Ada Pellegrini Grinover a nova ação poderá ser intentada por qualquer dos legitimados do art. 82, inclusive por aquele cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas (*Código de proteção e defesa do consumidor*: comentada pelos autores do anteprojeto, p. 854).

coletivos (incisos I e II do CDC) que houvessem requerido a tempo a suspensão da ação individual (RF 331/72).

Retornando às linhas mestras de nossa empreitada, ressalte-se que não há interesse, como já mencionado anteriormente, em desvendar meticulosamente, os casos debatidos em doutrina e jurisprudência que geram inquietações a respeito da extensão da coisa julgada aos terceiros. Não nos interessa debater aqui, por exemplo, a questão das causas relativas ao estado de pessoa. Apenas algumas noções do fenômeno para que se tenha idéia da complexidade da matéria abordada.

Depreende-se de tudo quanto foi exposto aqui, de forma bastante contingencial, é verdade, que sequer ultrapassados os problemas referentes aos limites subjetivos da coisa julgada em relação aos interesses individuais, surgem as questões colocadas pela tutela dos interesses coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos. E diga-se de passagem que é necessário ter esta noção de como a coisa julgada se comporta nas lides individuais e coletivas, por assim dizer.

Nota-se que a atomização dos conflitos, no mais das vezes, acaba por fazer prevalecer muitas vezes soluções díspares, que são responsáveis pela violação ao princípio da isonomia, tão caro ao direito constitucional. Os problemas envolvendo o princípio da segurança jurídica, do qual é reflexo a coisa julgada e de outro lado, os princípios da isonomia e o da legalidade mesmo decorrem, na maioria das vezes, de questões envolvendo interesses multitudinários daí o interesse no assunto. A tendência certa é caminhar o direito a passos largos, para a prestação coletiva da tutela jurisdicional, como exigência mesmo das manifestações sociais.

Cumprida esta etapa, passemos agora a análise dos limites objetivos da coisa julgada e a algumas questões que agitam a doutrina.

I.2.2 Limites objetivos

Em relação aos limites objetivos, o CPC tratou da questão em pelo menos quatro artigos: o 468, 469, 470, 471 e 474 no capítulo dedicado à coisa julgada, excetuando-se, portanto, outros, como o 128, que não se encontra naquele capítulo.

Depreende-se dos artigos mencionados, que a imutabilidade só reveste o dispositivo da sentença, como regra geral. A constatação do quadro fático não adquire foros

de imutabilidade, nem os fundamentos ou a questão prejudicial. Mas a questão está longe de ser ponto pacífico dentro da teoria da coisa julgada, como sói acontecer com todos os outros aspectos do instituto¹¹.

E neste ponto, devemos retomar as lições sobre a definição que foi dada a coisa julgada por alguns doutrinadores. Entre eles, foi profícua no desenvolvimento dos limites objetivos da coisa julgada, a famosa polêmica doutrinária que se desenvolveu entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista.

De fato, Barbosa Moreira, ao comentar a definição que fora dada por Liebman à coisa julgada, como qualidade da sentença e dos seus efeitos, diz ter faltado ao pensador italiano dar um passo decisivo no sentido da problemática relativa à eficácia da sentença a teoria da coisa julgada porque ele a concebera ainda presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere para fazê-los imutáveis. E acrescenta que não são os efeitos da sentença que se tornam imutáveis com o trânsito em julgado, mas o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial, ponto fundamental de toda a sua tese (RT 429/27).

Embora reconhecendo a inegável contribuição adquirida de Liebman, diz Barbosa Moreira que a imutabilidade do conteúdo da sentença não importa a imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial. As partes poderiam inclusive dispor, diferentemente do estabelecido na sentença, a respeito desta situação jurídica concreta (1971a, 138 e 139).

E já devolvendo às provocações de Ovídio Baptista, que apontara contradição quanto à sua posição de opor-se à teoria tradicional que atribuía imutabilidade apenas à declaração e ao mesmo tempo, ao adotar posição crítica a de Liebman e professar a imutabilidade apenas da norma sentencial, quer seja, da norma jurídica concreta referida a uma determinada situação, muito se aproximava da teoria tradicional, explica que a sentença, como todo ato jurídico, é dotada de eficácia, aptidão *in abstracto* para surtir seus próprios efeitos, que não se confundem com os efeitos produzidos por ela *in concreto*.

¹¹ Já observava Barbosa Moreira em ensaio intitulado *Ainda e sempre a coisa julgada*, dentro da obra *Direito processual civil: ensaios e pareceres* que os problemas relacionados ao assunto crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções (p. 133).

E exemplifica, mais à frente, com as sentenças constitutivas a respeito das quais (e das condenatórias) parece haver a maior divergência entre os doutrinadores. Diz Barbosa Moreira que enquanto a modificação produzida por tal sentença integraria o próprio conteúdo da sentença (e, portanto, a norma jurídica concreta), o efeito, quer seja, a situação nova conseqüente à modificação sem dúvida pode ser considerada mutável por natureza (*Ajuris* 28/27, nota de rodapé n. 22).

Ovídio Baptista da Silva, por seu turno, professa expressamente em seu ensaio *Eficácias da sentença e coisa julgada* (1995a, p. 106), sem qualquer sombra de dúvida, que a despeito de as sentenças poderem ter múltiplas eficácias (adotando explicitamente a classificação que delas faz Pontes de Miranda, como já dito neste trabalho), a imutabilidade que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença.¹²

Já em outro ensaio, *Conteúdo da sentença e coisa julgada*, elaborado para replicar às observações de Barbosa Moreira (1995c, p. 199 e ss.), explica o jurista, que opondo-se Liebman à teoria tradicional no sentido de que esta entendia como coisa julgada material a indiscutibilidade apenas do efeito declaratório da sentença e atribuindo tal autoridade de coisa julgada ao seu conteúdo e seus efeitos, ainda que estes não fossem meramente declaratórios, mas também de criação ou de modificação da realidade jurídica, estaria ele na verdade atribuindo imutabilidade (pela qualidade da coisa julgada) às eficácias declaratória e constitutiva. E, segundo Baptista, esta noção de conteúdo da sentença, usualmente vazada na doutrina para determinar os limites de coisa julgada aparece em todos os escritores, inclusive em Barbosa Moreira (1995c, 204 e 205).

Esclarecendo que Barbosa Moreira tem como imutável o conteúdo da sentença e não seus efeitos (diferentemente de Liebman, que torna imutáveis para as partes tanto o conteúdo como os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato), dele discorda por fazer esta separação (que ele designa kantiana) entre o mundo dos fatos e o das normas jurídicas e por entender, ao fazer tal separação, que Barbosa Moreira, de fato, pressupõe que o conteúdo de todas as sentenças poderia resumir-se à sua eficácia declaratória (1995c, p. 205).

¹² E neste sentido, sua tese se aproxima das doutrinas alemãs, a não ser pelo fato de considerar a coisa julgada como uma qualidade e não como eficácia.

Para Baptista, a despeito de fazer coisa julgada material apenas a eficácia declaratória da sentença, fazem parte de seu conteúdo outras eficácias. Há diferença entre eficácias (que fazem parte do conteúdo da sentença como virtualidades operativas capazes da produção de efeitos) e efeitos (que quer se produzam no mundo jurídico, quer no mundo dos fatos, devem ser tidos como “atualizações”, no sentido aristotélico, das eficácias), mas não há, na diferenciação algo de proveitoso para a teoria: “tanto os efeitos se produzem efetivamente em cada sentença, quanto as eficácias que os tornam possíveis também existem e constam das sentenças concretas” (1995c, p. 215 e 216).

Pode-se dizer, muito a grosso modo, que para Barbosa Moreira, todo o conteúdo da sentença adquire a autoridade da coisa julgada (que ele considera uma situação jurídica da sentença), enquanto Ovídio Baptista, apesar de admitir que várias eficácias podem integrar o conteúdo da sentença, apenas a declaratória faria coisa julgada. Ambos admitem que os efeitos podem ser modificados. Pode-se dizer que o debate entre os dois contribuiu para o desenvolvimento da teoria a respeito dos limites objetivos da coisa julgada.

E Sérgio Gilberto Porto acrescenta uma interessante observação: pode ocorrer a alteração, por assim dizer, dos efeitos da sentença, de acordo com a natureza do direito posto em causa. Tratando-se de direito indisponível às partes, por exemplo, não poderia ocorrer esta modificação. E, além disso, a crítica de Barbosa Moreira à teoria de Liebman é procedente apenas se considerarmos que a coisa julgada visa tornar imutável determinada relação jurídica perante quaisquer outras circunstâncias da vida e não apenas tornar imune tal relação jurídica à outra decisão judicial. De fato a primeira hipótese aventada parece ser mais consentânea com o fundamento mesmo da coisa julgada, que é instituto de inegável natureza prática.

E conclui tal autor no sentido de que mais próprio seria falar em que a autoridade da coisa julgada alcança apenas o elemento declaratório da decisão, independentemente das variáveis apontadas (natureza do direito envolvido e função, por assim dizer, da coisa julgada) (PORTO, 1998, p. 69-71). E neste sentido, fazemos coro a sua tese.

Assim sendo, sob o ponto de vista acima exposto e como menciona Barbosa Moreira, parece procedente o não acolhimento pelo CPC de 1973 no art. 467 do conceito de coisa julgada que constava do Projeto Alfredo Buzaid, como “a eficácia, que torna imutável e

indiscutível o *efeito* da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (Ajuris 28/26).

Outra questão que anima a doutrina em matéria de limites objetivos da coisa julgada é a questão da eficácia preclusiva (ou efeito preclusivo) da coisa julgada traduzida pelo princípio do dedutível e do deduzido, presente no art. 474 do CPC, que em doutrina estrangeira é chamado julgamento implícito.

Sérgio Gilberto Porto traz uma boa visão panorâmica das teses desenvolvidas a respeito. Acentua que o dissenso inicia-se com a própria origem da normatização contida no art. 474 do CPC: se no CPC do Vaticano, conforme Ovídio Baptista, se no próprio art. 287 do CPC de 1939, que fora inspirado no art. 290 do projeto Mortara, que por outro lado teve como fonte primária projeto de Carnelutti, conforme José Carlos Barbosa Moreira, se de inspiração tedesca, afeiçoando-se aos §§ 616 e 767, III da ZPO alemã, conforme Araken de Assis (1998, p. 83).

Apresenta o autor o dissenso de Ovídio Baptista e similarmente à sua orientação, também Araken de Assis.

De fato, o primeiro daqueles autores, considera a *causa petendi* para a solução do problema apresentado, já que para ele o nosso CPC não encampou a teoria da substanciação, mas ficou entre ela e a teoria da individualização, no que julga ter andado bem. De fato, para ele, alguns fatos são decisivos para a caracterização da *causa petendi* e também para a fixação dos limites objetivos da sentença.

Para Ovídio, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 disciplinou com muita segurança os limites objetivos da coisa julgada, permitindo interpretação do fenômeno de acordo com as mais modernas teorias. Aplica-se para o nosso caso, perfeitamente, a teoria de Schwab, para quem não é só o pedido que importa, mas o *pedido convenientemente interpretado*. E para se interpretá-lo, faz-se mister recorrer aos fatos (1995b, p. 166 e 167). Para esclarecer melhor sua tese, Ovídio Baptista dá o exemplo de uma demanda parciária em que o pedido funda-se em danos culposamente ocasionados à colheita:

Na ação de rescisão de contrato parciário, por nós utilizada como exemplo, as *questões* que hão de ficar decididas, na forma da concepção do artigo 468, serão as *pertinentes* à demanda proposta, ficando estabelecido que cada demanda terá uma configuração peculiar, com a estrutura que o autor lhe

emprestou, de modo que a sentença, há de abrangê-la, integralmente, sejam ou não deduzidas as alegações e defesas *pertinentes*.

Se o fundamento *exposto* na inicial foram os *danos ocasionados culposamente* à colheita, ter-se-á de identificar *nessa demanda*, como seu verdadeiro fundamento (*causa petendi*), além do fato descrito (*sucessos históricos*), todos os outros que com ele sejam compatíveis, de tal modo que a reapreciação de fato dessa mesma cadeia, numa futura demanda, resultasse numa decisão *discrepante* (Schwab). Ter-se-ão, pois, como decididas (implicitamente) – porque são, na verdade, *questão da lide* submetida pelo autor ao juiz – todas as possíveis causas que possam dar lugar à rescisão do contrato sob alegação de inadimplemento culposo do demandado, atribuível a sua inaptidão técnico-profissional; mesmo uma futura demanda por falta de pagamento, se este inadimplemento for devido à inexistência de condições financeiras de pagamento, o que seria, igualmente, uma forma de inaptidão profissional do empresário, estaria vedada, porque essa *questão* fora *alegação pertinente* à primeira demanda (art. 474) (...) (1995b, p. 169 e 170).

Nota-se, conforme crítica do próprio expositor da doutrina, que através dela, vêem-se muito ampliados os limites objetivos da coisa julgada, submetidos a uma margem muito grande de imprecisão e insegurança (BAPTISTA, 1995b, p. 170).

Sérgio Porto conclui comungando das idéias de Moniz de Aragão e Barbosa Moreira, afirmando que a variação de qualquer dos elementos identificadores da ação importa variação da própria demanda, deixando de haver identidade entre ambas, razão pela qual, somente há coisa julgada entre duas demandas quando ocorre absoluta identidade (de partes, causa de pedir e pedido) e se uma delas já se encontrar definitivamente julgada, com sentença de mérito transitada em julgado (1998, p. 85).

Por oportuno, não podemos deixar de observar que o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, esposando a tese destes últimos autores. No recurso especial n.º 112.101, manifestou-se como não havendo coisa julgada entre duas demandas que invocam fundamentos diversos. A matéria discutida evidencia também a tendência de relativização da coisa julgada, inclusive naquela corte, assunto de que trataremos mais a frente. Eis a ementa do julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CAUSA DE PEDIR DA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA *PETENDI* DA SEGUNDA.

Pelo disposto nos três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade.

O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubina com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra *causa petendi*, assim entendida que a sua

concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai.

São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da coisa julgada.

Recurso conhecido e provido (STJ, 1.^a T., REsp. 112101, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 29.06.2000, DJU 18.09.2000).

Em relação ao processo coletivo, resta tecer ainda algumas considerações que pertinem a matéria. Queremos destacar aqui o transporte *in utilibus* da coisa julgada produzida nas ações coletivas para as ações individuais, permitida pelo art. 103 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, como uma “inovação” a despeito de ressaltar Ada Pellegrini Grinover, que o fenômeno não é novo, estando previsto no art. 91, I do Código Penal, através do qual a condenação penal torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, passando-se desde logo à liquidação e execução da sentença no juízo civil, conforme arts. 63 do Código de Processo Penal e 584, I do Código de Processo Civil. Acentua também a autora que várias explicações científicas foram dadas ao tema: eficácia preclusiva, efeitos secundários da sentença penal e ampliação do objeto do processo coletivo, para que o julgado inclua o pronunciamento sobre o dever de indenizar, *ope legis*. (2001, p. 840 e 841).

Revisitadas estas noções sobre a coisa julgada, das quais se extrai a grande inquietação que o instituto provoca entre os juristas, todos eles de talento inquestionável, analisaremos agora na segunda parte deste trabalho, a tendência de relativização da coisa julgada que se verifica entre doutrinadores e até jurisprudência.

II COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

II.1) Relativização dos efeitos da coisa julgada: uma tendência doutrinária e jurisprudencial

Antes de entrarmos no assunto propriamente dito faz-se mister dois esclarecimentos. O primeiro deles é quanto ao alcance que damos à expressão “relativização da coisa julgada”. Consideramos que qualquer manifestação por parte da doutrina e jurisprudência no sentido de atenuar a indiscutibilidade e imutabilidade da sentença que adquire, por assim dizer, a situação de coisa julgada além da própria ação rescisória (de cuja excepcionalidade é escusado dizer), sejam propostas de alargamento do prazo para propositura da própria ação rescisória, a utilização da *querella nullitatis*, após aquele referido prazo, sugestões de novos remédios processuais para “retirá-la” do ordenamento jurídico ou até mesmo a ponderação de princípios, em que o da segurança jurídica, do qual é corolário a coisa julgada, resta afastado, como incluídos nesta expressão.

Outro esclarecimento é quanto ao alcance dado pelo título deste capítulo à tendência de relativização da coisa julgada. Talvez ainda seja precoce dizer que isto se verifica inclusive jurisprudencialmente, como parece sugerir o referido título. Mas analisaremos alguns casos que talvez nos permitam vislumbrar como caminhará a jurisprudência sobre o assunto.

Ainda, a título de esclarecimento, não se pode olvidar que o tema da coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle tem animado a doutrina e a jurisprudência e é um dos vários aspectos da tendência de relativização da coisa julgada. Esta tendência é fenômeno mais amplo, envolvendo por exemplo, os avanços científicos, dos quais são paradigmas os testes de DNA e a sua influência nas ações de estado, especificamente as investigatórias de paternidade.

Dentro do contexto, infere-se que, se é possível desconstituir a coisa julgada (ou declarar não existente, conforme se considere o “vício” que macula a sentença, ou antes disso, a eventual falta de pressuposto para a sua constituição) quando fere lei ordinária, forçoso é concluir que mais premente ainda é retirar do ordenamento jurídico coisa julgada que viola a *lex legum*. E isto, mesmo fora do âmbito da rescisória. Faz-se, portanto,

interessante abordar esta tendência de relativização que se verifica entre doutrinadores e jurisprudência.

Um dos doutrinadores em que isto observa é Paulo Roberto de Oliveira Lima. Diz o mencionado doutrinador que a proteção da coisa julgada como garantia constitucional (CF, art. 5.º, XXXVI) gerou como subproduto a sacralização do instituto. Diz mais: que o respeito à coisa julgada pode gerar desrespeito a outros direitos e princípios, muitas vezes efetivamente basilares ao sistema (1997, p. 81 e 82).

Diante do quadro, o doutrinador sugere a alteração da estrutura e limites da coisa julgada e em alguns casos até mesmo a supressão do instituto, já que não considera que a norma constitucional que a protege não o permita. Pondera o doutrinador que, de fato, a coisa julgada não é protegida constitucionalmente em face de alterações de sua estrutura e limites, mas apenas diante da retroatividade da lei. A proteção constitucional da coisa julgada conclui ser, portanto, apenas “uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei” (1997, p. 86).

Estas suas idéias se aproximam das de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro, expressadas no artigo: *A coisa julgada inconstitucional e os instrumento para seu controle* (In: NASCIMENTO, 2004, p. 77) que motivou o presente trabalho. Dizem eles que a idéia de imutabilidade referente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos, significando isto dizer que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias (In: NASCIMENTO, 2004, p. 94). Tanto é assim que existe a rescisória.

Defendem, ainda, como o faz o doutrinador antes citado, a idéia de que a intangibilidade da coisa julgada não encontra abrigo constitucional, mas apenas processual (mais especificamente no art. 457 do Código de Processo Civil). A Constituição Federal colocaria a coisa julgada a salvo apenas da irretroatividade da lei. E assim a noção de intangibilidade da coisa julgada, em hipótese alguma pode estar imune ao princípio da constitucionalidade (THEODORO JÚNIOR; CORDEIRO in: NASCIMENTO, 2004, p. 94 e 95).

No mesmo sentido também se pronuncia o Min. José Augusto Delgado em artigo intitulado *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais* (In NASCIMENTO, 2004, p. 33 a 76), consignando que é perfeitamente constitucional a alteração do instituto e até

mesmo sua supressão em alguns casos, já que o que a Constituição não admite é a retroatividade da lei para influir na solução dada ao caso concreto. E conclui dizendo que a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe (DELGADO in NASCIMENTO, 2004, p. 43).

E também Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina para quem:

Não há, portanto, necessidade de alteração legislativa e muito menos do texto da Constituição Federal para que se dêem à coisa julgada as dimensões que este instituto deve ter num Estado de Direito democrático.

Princípio da legalidade e da isonomia têm *natureza constitucional*; a coisa julgada é fenômeno processual, de que trata a lei infraconstitucional, e de que a Constituição Federal se ocupa só para fixar o que se deve entender por irretroatividade da lei (2003, p. 172).

Para Paulo Roberto Lima muitas vezes o fenômeno da coisa julgada, assim como visto hoje, tendo por pano de fundo a adoção da opção pela dualidade do Direito, entra em choque com os princípios da isonomia e da legalidade e nestes casos o sistema jurídico não pode ficar inerte, deixando perplexa a sociedade e desorganizando o meio social, diversamente da razão pela qual foi instituída (1997, p. 110).

Depois de tecer tais críticas, o mencionado jurista apresenta algumas sugestões para atenuar o problema, que a nós nos parecem grandes reflexos de como o instituto da coisa julgada tem sido relativizado, permitindo até aos estudiosos formular tais inovações, impensáveis, outrora.

Uma primeira proposta apresentada pelo autor, de *lege ferenda*, que soa como tentadora heresia, é a criação de uma ação revisional que não substituiria a ação rescisória, já que seus fundamentos seriam diferentes. A revisão teria motivação político-jurídica, diferentemente da ação rescisória e visaria o erro *in judicando*, assim entendido a opção por equivocada tese jurídica, desautorizada pelo Direito Objetivo (entendido como lei e princípios), também ao contrário da rescisória, segundo o autor, que visa problemas decorrentes de vício do processo (1997, p. 124).

Esta ação revisional teria por fim, em síntese apertada, atacar decisões violadoras do princípio da legalidade, quando ou aplicassem tese jurídica rejeitada pela súmula dos tribunais superiores ou desobedecessem literal disposição de lei e do princípio da

igualdade quando houvesse disparidade de tratamento mercê da divergência de teses jurídicas aplicadas ao caso que se pretende rever e a outro apontado como paradigma. O limite temporal para a propositura de tal ação seria coincidente com o termo final do prazo prescricional para o exercício do próprio direito subjetivo, cuja alegação tivesse ensejado a provocação do Judiciário. E submeter-se-ia a depósito, tal como na ação rescisória (1997, p. 111 e ss.).

Além disso, propõe o jurista algumas mudanças na estrutura e limites da coisa julgada, seja através de mudança da lei ou de interpretação jurisprudencial, que não se incluem entre as hipóteses que consideramos, ao início deste capítulo, como de relativização da coisa julgada. Mas sugere também, ao final de sua obra, e aí sim, temos uma posição que visa atenuar a intangibilidade da coisa julgada, a pluralidade do disciplinamento da coisa julgada. Significa dizer, grosso modo, que no Direito Administrativo e no Direito Tributário, por exemplo, ramos do direito público, regidos pelos princípios da indisponibilidade do interesse público, da legalidade e isonomia (que têm conteúdo próprio e exacerbado em cada qual destes ramos do direito) e no caso do segundo, ainda pelos princípios da tipicidade (legalidade absoluta) e da capacidade contributiva, a intangibilidade absoluta da coisa julgada cede passagem a eles (1997, p. 150 e ss.).

Além destes casos apontados por Paulo Roberto de Oliveira Lima, Teresa Arruda Alvim Wambier na obra publicada em parceria com José Miguel Garcia de Medina sob o sugestivo título *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, também elenca vários outros. Alegam os autores, no limiar de sua obra, que o Estado democrático de direito convive com outros princípios além do da segurança jurídica, igualmente pertinentes e que como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 25).

Uma interpretação que favorece a relativização da coisa julgada na obra dos autores e que consideramos muito interessante é a admissão de vários casos de sentenças inexistentes. Ora, diante de uma sentença inexistente, não há que se falar em coisa julgada, seja ela uma qualidade que adere aos efeitos da sentença (segundo a concepção liebmaniana), seja a situação do conteúdo da sentença após seu trânsito em julgado ou a qualidade da declaração contida na sentença.

Argumentam os autores que, quando ausentes pressupostos de existência, está-se diante de inexistência jurídica. Caso contrário não haveria sentido em falar-se em pressupostos de existência do processo. Também as sentenças proferidas em processo a que tenham faltado condições para a propositura da ação são juridicamente inexistentes. Poderá ter sido exercido o direito de petição, mas não o de ação. Frisam os autores que esta inexistência não significa inexistência fática, mas jurídica (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 27-29).

E sugerem, amparados em lições de Pontes de Miranda, citado por Cândido Rangel Dinamarco, que quando não existente a sentença, não seria necessária sequer a ação rescisória:

“Para ilustrar a assertiva de que *se levou longe demais a noção de coisa julgada*, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando *três impossibilidades* que conduzem a isso: impossibilidade congnotiva, lógica ou jurídica. Fala, a propósito, da sentença ininteligível, da que pusesse alguém sob regime de escravidão, da que instituisse concretamente um direito real incompatível com a ordem jurídica nacional *etc.* para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso, como (a) nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada, (b) resistência à execução, inclusive, mas não exclusivamente por meio de embargos a ela e (c) alegação *incidenter tantum* em algum outro processo (Tratado da ação rescisória, § 18, n. 2, esp. p. 195).

(...)

Os remédios mencionados por Pontes de Miranda são os mesmos antes sugeridos por um dos autores deste trabalho. Só acrescentamos – tema que trataremos no final deste ensaio – a ação declaratória de inexistência jurídica, que, por diversas razões que adiante comentaremos, aparece na jurisprudência sob a denominação de *actio* ou querela *nullitatis*. (2003, p. 33 e 34)

Além disso, defendem os juristas em comento que o juiz deve decidir com base no sistema jurídico, ou seja, com base nos elementos que o compõem, manejando-os de forma criativa o que, se por um lado levaria a uma atenuação do valor segurança jurídica do esquema rigorosamente silogístico, por outro lado, evita o “caos” social. Sendo assim, forçoso é concluir que o afastamento de princípios que deveriam ter incidido e que levassem a uma decisão diferente da que foi proferida equiparar-se-ia a situação de ofensa a lei “para efeito de se considerar uma *quaestio juris* corrigível pela via dos recursos excepcionais e da ação rescisória” (2003, p. 175 e 181).

Tratam também os autores, casuisticamente, dos casos de sentença que julga ação de investigação de paternidade, em uma interpretação bastante benevolente, por assim dizer, entendendo ser possível, além dos casos de produção do exame de DNA no curso da ação rescisória proposta em face da referida sentença, também de propositura da rescisória se, depois de proferida a sentença na ação investigatória de paternidade, fosse obtido o exame de DNA (WAMBIER;.MEDINA, 2003, p. 198 e ss.).

Mas sugerem também tratamento muito pouco ortodoxo um caso em particular e que consiste na obtenção de exame de DNA após o prazo de propositura da ação rescisória, e tendo a sentença decidido contrariamente àquele exame. Neste caso, segundo interpretam, tem-se que a sentença foi proferida em um processo em que faltava uma das condições da ação, sendo, portanto, inexistente. De fato, na concepção dos autores, se referida sentença reconhece uma relação de filiação que na verdade não existe, ocorre uma situação equiparável àquela em que a sentença de mérito foi proferida apesar da ausência de condição da ação: a legitimidade de parte, no caso. E, contrariamente, ocorrendo de a sentença declarar não existente a relação de filiação, sendo ela existente, a situação se equipararia àquela que reconhece não estar presente uma das condições da ação (a legitimidade) e portanto não transitaria em julgado (*Idem*, 2003, p. 203). É claro o intuito de relativizar a coisa julgada neste caso.

Sustentam ainda os autores, na mesma linha de relativização da coisa julgada, uma nova proposta de contagem do prazo inicial da ação rescisória. Seria possível, por interpretação jurisprudencial, contar o prazo para propositura da ação rescisória para os casos, por exemplo, dos incisos VI e VII do art. 485 a partir do momento em que o interessado obtivesse sentença proferida em processo criminal ou um documento novo. Ou a partir do momento em que obtivesse o resultado de exame pericial novo. Esta é uma proposta muito interessante, que também pode ser aplicada para o caso julgado inconstitucional, contando-se o prazo para sua impugnação através da ação rescisória, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado (*Idem*, 207 e 208).

E sugerem, como já mencionado linhas atrás, que as sentenças inexistentes poderiam ser objeto de simples ação declaratória que confirmasse tal situação (conforme já dito, não produziram coisa julgada). As sentenças nulas estariam sujeitas à ação rescisória, de natureza desconstitutiva. Já que, segundo os autores as nulidades no processo civil são desconstituídas. Em relação às sentenças nulas, portanto, pode-se falar em coisa julgada,

ficando esta sujeita à desconstituição para que indiretamente (=mediatamente) se atinja o vício da sentença.

Além disso, a inexistência da sentença não ficaria adstrita a ação declaratória, podendo ser simplesmente desconsiderada tal sentença com a propositura de uma nova demanda igual à primeira, ser alegada por meio de embargos à execução ou mediante alegações incidentes no próprio processo de execução ou *incidenter tantum* em qualquer outro processo, inclusive peças defensivas, conforme posição já exposta linhas atrás, consentânea com os ensinamentos de Pontes de Miranda (2003, p. 210-213).

Estes mesmos “remédios” são sugeridos por Cândido Rangel Dinamarco, no artigo *Relativizar a coisa julgada* (RF 358/11), a quem tais autores se reportam, embora se utilize tal doutrinador de interpretação diversa para explicar porque não deve prevalecer a intangibilidade da coisa julgada em certos casos. Explica o autor que sendo a coisa julgada material a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, onde não existem tais efeitos não há que se falar em coisa julgada. Isto acontece nas sentenças que não são de mérito e também naquelas que pretendem ditar um preceito juridicamente impossível que não têm força para se impor frente a normas ou princípios que o repudiam. Assim, “sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade” (RF 358/25).

Verifica-se, portanto, também no mencionado doutrinador, pelo próprio título do artigo em que teceu aquelas considerações, uma tendência em interpretar a coisa julgada de maneira a compatibilizá-la com outros princípios constitucionais, mesmo que isto implique uma relativização da força de que goza em nosso ordenamento jurídico. Aliás sugere no mesmo artigo ser inconstitucional a leitura que se faz da coisa julgada como algo absoluto.

Em todos os doutrinadores analisados verifica-se uma tendência a redimensionar o instituto da coisa julgada como necessidade imposta pelas contingências da vida prática que indicam que prestigiá-lo acima de todos os outros valores pode implicar violação de princípios constitucionais ancilares como o da legalidade e da isonomia, gerando situações de perplexidade.

Na jurisprudência, de outro lado, também podemos observar certa movimentação no sentido de relativizar a coisa julgada. O caso mais freqüente é o das ações

de estado que envolvem a evolução dos meios probatórios, notadamente, exame de DNA, como neste julgado:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença improcedente do pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”.

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (STJ, 4.^a T., REsp. 226.436, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001, DJU 04/02/2002)

Mas há um outro caso muito interessante cujo voto relator é da lavra do Min. José Delgado reconhecendo que a coisa julgada não pode prevalecer em detrimento dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. O caso, apontado por alguns articulistas que cuidam do assunto, tratava-se de ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito proposta pelo Estado de São Paulo visando atacar sentença em ação desapropriatória em que restara vencido, havendo inclusive posterior acordo homologado para pagamento parcelado do débito, fundamentada no fato de que a área desapropriada era, de fato, do Estado. Pedia também a antecipação de tutela para suspender o pagamento do referido acordo, que deferida pelo juízo de primeira instância fora cassada pelo Tribunal. Diante das circunstâncias, a Turma, não por maioria, deu provimento ao recurso e determinou a integridade dos efeitos da tutela antecipada. Transcreve-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS COISA JULGADA.

1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido.
- 2 – Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença com trânsito em julgado.
- 3 – Efeitos da tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia.
- 4 – Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.
- 5 – Direitos da cidadania, em face da responsabilidade financeira estatal, que devem ser assegurados.
- 6 – Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica.
- 7 – Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes.
- 8 – Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau (STJ, 1.^a T., REsp. 240172, Rel. Min. José Delgado, j. 15.02.2000, DJU 24/04/2000).

Interessante também o seguinte trecho do voto do relator, que vem ao encontro de todas as teorias abraçadas pela doutrina aqui exposta seguindo a tendência de relativização da coisa julgada:

Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material.

Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.

Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário, a sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal (STJ, 1.^a T., REsp. 240172, Rel. Min. José Delgado, j. 15.02.2000, DJU 24/04/2000)

Nota-se portanto, que este é um importante precedente nesta tendência de relativização da coisa julgada que vem sendo examinada.

Analisada doutrina e jurisprudência sobre o caso, resta estudar a coisa julgada inconstitucional como uma das hipóteses de relativização, no tópico precedente.

II.2) Relativização da coisa julgada inconstitucional: meios de impugnação apontados pela doutrina

Premissa cuja análise se impõe antes de estudarmos os meios de impugnação da coisa julgada inconstitucional apontados pela doutrina é o que vem sendo considerado coisa julgada inconstitucional. Quais sentenças geram, por assim dizer, coisa julgada inconstitucional ou transitam em julgado viciadas pela inconstitucionalidade.

Respondendo a esta questão Octavio Campos Fischer em seu artigo *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária* (In ROCHA, 2002, p. 266 e 267) diz existirem dois momentos a partir dos quais poderia ter-se por “formada” a coisa julgada inconstitucional: antes da existência de uma outra decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à sentença transitada em julgado ou somente a partir do momento em que aquela excelsa corte decidisse em sentido contrário à sentença anteriormente transitada em julgado.

Dentro da primeira hipótese, quer seja, se se considera existente a coisa julgada inconstitucional antes mesmo de qualquer pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o autor, enquandram-se tanto decisões que violam diretamente um preceito constitucional, quanto decisões que aplicam uma norma inconstitucional ou deixam de aplicar norma que não afronta a Constituição.

Conclui o autor por inclinar-se mais pela segunda hipótese: aquela que tem por formada a coisa julgada inconstitucional apenas a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal decidir em sentido contrário à sentença (anteriormente) transitada em julgado, mas não de forma exclusiva, por admitir que pode haver a revisão de coisa julgada, mesmo que não exista decisão do STF, naqueles casos teratológicos, de flagrante injustiça ou afronta exorbitante a certos valores constitucionais.

Todos os autores que se dispuseram a tratar do tema, em geral identificam as mesmas hipóteses: aquela em que a sentença, por si própria, afronta alguma norma constitucional, e os casos em que a sentença aplica lei ou afasta aplicação de lei, mesmo que ainda não exista qualquer manifestação do STF a respeito da mencionada lei, ou há a referida manifestação em sede de recurso extraordinário (controle difuso), ou através de controle concentrado das normas, qualquer que seja o meio, em sentido diverso da interpretação dada pela sentença.

Dentro do prazo da ação rescisória, tem-se admitido, inclusive jurisprudencialmente, a impugnação da coisa julgada inconstitucional com base no que dispõe o art. 485, V, do CPC, mesmo que o texto de lei tivesse interpretação controvertida à época da prolação da sentença rescindenda, se aquela controvérsia fosse de natureza constitucional, afastando-se a aplicação do enunciado da Súmula 343 do STF. Mas é neste contexto que debatem-se os juristas que debruçam-se sobre o tema quanto ao parâmetro para considerar rescindível a sentença ou em outras palavras, a partir de que momento tem-se a coisa julgada inconstitucional, nos termos do exposto nos parágrafos anteriores.

Outra questão que se coloca em nosso estudo é se, a partir do momento em que ultrapassado o prazo para propositura da ação rescisória, não seria mais possível atacar a coisa julgada inconstitucional, prevalecendo ela em nosso ordenamento jurídico. A resposta a esta questão seriam os embargos a execução com fundamento previsto parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil apenas? Alguns doutrinadores têm respondido negativamente a esta questão.

Pretendemos abordar aqui, ainda que não de maneira exaustiva, estes “meios de impugnação” da coisa julgada inconstitucional apontados doutrinariamente.

Desenvolvendo extraordinário estudo sobre o assunto, tecendo reflexões sobre os inexoráveis pontos de contato entre os controles difuso e concreto da constitucionalidade das leis adotados em nosso país, chega Teori Albino Zavascki a várias conclusões importantes (2001, p. 122 e ss.), que segundo Octavio Campos Fischer no artigo antes citado, prestam-se para o desenvolvimento da teoria da coisa julgada inconstitucional. Constatando que a coisa julgada não é um valor absoluto, mas um princípio sujeito à relativização, propõe-se a analisar os casos de cabimento da ação rescisória de sentenças envolvendo matéria constitucional, com base no art. 485, V do CPC.

Diz o mencionado autor que a expressão “violar literal disposição de lei” contida no art. 485, V do CPC significaria não apenas quando a sentença lhe sonega o comando emergente de sua disposição explícita, mas também aquele que não obedece ao seu sentido inequívoco, ainda que implícito (2001, p. 127). E à luz do significante “literal” o STJ consagrou o entendimento no sentido de que não violaria a literal disposição da lei aquela sentença que decorresse de sua interpretação razoável. E neste mesmo espírito consagrou o STF o enunciado da Súmula 343.

Mas em relação a matéria constitucional não pode prevalecer tal entendimento. Segundo o autor, a sentença de mérito, mesmo envolvendo matéria constitucional, faz coisa julgada, contudo pode ser rescindida com base naquele dispositivo do CPC. E este é também o entendimento do STF cujas preocupações seriam: preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, bem como a sua autoridade de guardião da Constituição, de órgão com legitimidade constitucional para dar a palavra definitiva em temas relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta Magna. Isto não significa que a aplicação da Súmula não pode ser sempre afastada: deve haver um precedente do Supremo Tribunal Federal, sob pena de não havendo, modificar-se a própria natureza da ação rescisória de remédio excepcional para recurso ordinário, bem como de, no plano prático, haver sentença em rescisória incompatível com posterior pronunciamento do excelso pretório (ZAVASCKI, 2001, p. 129-134).

Assim, havendo decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, aquela decisão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante¹³, seja declarando a inconstitucionalidade ou reconhecendo a constitucionalidade da lei, com entendimento contrário ao esposado por sentença em situação jurídica individual, rescindível seria esta última sentença. Não importa que o pronunciamento proferido pelo STF no controle concentrado tenha surgido após o trânsito em julgado da sentença rescidenda (*Idem*, 2001, p. 134 e 135).

O mesmo entendimento é esposado quanto ao afastamento da Súmula 343 para cabimento da ação rescisória quando haja precedente do STF em caso concreto, já que a Corte Suprema tem o papel, autorizado pela Constituição, de dar a palavra final em temas

¹³ Ressalte-se que para Teori Albino Zavascki são coisas diferentes a nulidade ou a validade da norma e o efeito vinculante da declaração judicial da sua validade ou nulidade. Afirma ele “(...) Todavia, quando se trata do *efeito vinculante* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem *da norma*. É que tal efeito não decorre da norma apreciada, mas da sentença que a aprecia. Sua eficácia é também *ex tunc*, mas seu termo inicial se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da norma examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868, de 10.11.1999).

Assim entendido o termo *a quo* do efeito vinculante, explica-se por que as decisões tomadas em ações de controle concentrado não produzem a automática desconstituição das relações jurídicas anteriores a elas contrárias. Para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha sido ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas. O ajustamento das situações anteriores, portanto, quando a ele não se procedeu extrajudicialmente, terá de ser efetuado em processo próprio (ação desconstitutiva, anulatória ou, havendo sentença, rescisória).” (2001, p. 99).

constitucionais e contrariar o precedente teria o mesmo alcance, em termos práticos, de contrariar a lei. Ora, se com base em tal precedente dispensa-se a instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade previsto no art. 481, parágrafo único do CPC, o seu valor do precedente deve ser aquilatado de modo a também permitir a ação rescisória para o caso de sentença proferida em sua desconformidade. Mesmo não havendo divergência jurisprudencial sobre o tema, existindo precedente jurisprudencial no STF, deve ser afastada a aplicação da Súmula 343 do STF. Também não importa se houve ou não manifestação do Senado Federal suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o que dispõe o art. 52, X da Constituição Federal. Aliás, o efeito vinculante de tal resolução deve ser entendido da mesma forma que aquele da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade (ZAVASCKI, 2001, p. 135-137).

Outro caso posto pelo jurista é o da sentença proferida versando matéria constitucional a respeito da qual ainda não haja pronunciamento do STF. Neste caso, defende o autor a aplicação da Súmula 343 do STF, já que permitir a ação rescisória em semelhante caso não significa apaziguar o conflito jurisprudencial-constitucional existente entre tribunais. Ainda mais tendo-se em vista o entendimento adotado pelo STF, ainda na vigência da Constituição anterior, quando além do papel de guardião da Constituição aquela Corte Suprema exercia também o controle de legalidade dos atos normativos federais, papel que hoje é atribuído ao STJ, no sentido de que só seria possível o recurso extraordinário pelos pressupostos da ação rescisória e não pelo entendimento adotado na decisão rescindenda. Isto significa que dificilmente a questão constitucional chegará até o STF. Assim, apenas se mudado tal entendimento jurisprudencial, que é medida que se impõe, é que poderá ser afastada a Súmula 343, uma vez que o acórdão proferido na ação rescisória estará sujeito ao controle pelo STF, mediante recurso extraordinário (*Idem*, 2001, p. 137-141).

Estuda ainda o autor a possibilidade de que a rescisória tenha sido proposta antes do julgamento da ação (declaratória direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade) no controle de concentrado de constitucionalidade. Neste caso, sendo concedida liminar, lembra o autor que na ADC ficam suspensos os julgamentos dos processos que envolvam a aplicação da lei objeto da ação por força da própria Lei 9.868/99 que sobre isto dispõe no art. 21. Quanto a liminar conferida no bojo de ADI, que tem efeito vinculante e *erga omnes*, o melhor seria também que os processos, inclusive os de ação rescisória, que envolvessem a aplicação da lei objeto da referida ação restassem suspensos, nos termos do que dispõe o art. 265, IV, a, do CPC até o seu desfecho (*Idem*, 2001, p. 141 e 142)

E por fim menciona a questão da interpretação, por determinada sentença, de preceito constitucional, não sujeitas a controle de constitucionalidade. O mesmo raciocínio se aplicaria aqui, sendo possível a impugnação da sentença caso houvesse ou decisão do STF sobre o assunto em controle concentrado ou precedente jurisprudencial no controle concreto. E observa o autor que as decisões proferidas em argüição de descumprimento de preceito fundamental produziram os mesmos efeitos para título de ação rescisória (ZAVASCKI, 2001, p. 142 a 145).

Também debruçaram-se sobre o assunto Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 39 e ss.). Ao que tudo indica, coerentemente com o que doutrinam a respeito da teoria das nulidades processuais, principalmente a primeira autora, parece que tratando-se de sentença que viola diretamente a Constituição Federal, consideram-na inexistente, já que por faltar possibilidade jurídica do pedido, teria havido mero direito de petição e não de ação. Depreende-se esta conclusão da seguinte passagem:

Pensamos também, conforme constou do item 2.1, que as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido (2003, p. 39)

Analisa também eles, os casos em que a sentença decide aplicando lei, considerando-a constitucional, sendo depois esta lei declarada inconstitucional, em controle concentrado ou sentença que afasta aplicação de lei depois declarada constitucional também em sede de controle concentrado.

Para eles, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal precedente proferida em ação declaratória de inconstitucionalidade e conforme a tradição de nosso direito geradora de efeitos *ex tunc*, a despeito do que dispõe o art. 27 da Lei 9.868/99¹⁴, embora fosse

¹⁴ Com relação aos efeitos da ADI ensinam: “Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*. Trata-se de postura mais afeita ao direito público e que proporciona, em nosso sentir, a mais adequada compreensão do tema.

Isto não impede, justamente, por causa da aparência de que a lei integrava o ordenamento jurídico positivo, que efeitos produzidos pela norma sejam “salvos”, em nome de outros princípios relevantes, tais como a segurança jurídica ou a boa-fé. E mais à frente:

A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente. É, pura e simplesmente, um *fato jurídico*, cujos efeitos às vezes devem ser mantidos em nome de

cabível a ação rescisória, ela não seria sequer necessária, uma vez que a sentença seria inexistente pois prolatada através de processo ensejado por ação a que faltaria uma das condições: a possibilidade jurídica do pedido. De fato, a sentença prolatada com base em lei depois julgada inconstitucional seria inexistente já que baseada em lei que não é lei. A rigor não seria necessário para expurgá-la do ordenamento jurídico o manejo da ação rescisória com limite temporal rígido previsto no art. 495 do CPC, mas seria possível mera ação declaratória de inexistência por ter sido proferida uma sentença diante de ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido e ter sido exercido, apenas, o direito de petição.

Admitem também a possibilidade de rescisória, afastada a aplicação da Súmula 343 quando houver reiteradas manifestações *incidenter tantum* do STF a respeito da inconstitucionalidade de determinada norma, ou quando fosse dada interpretação constitucionalizante de determinada norma, passando a ser correta pelo STF determinada interpretação, com exclusão de qualquer outra (WAMBIER;MEDINA, 2003, p. 55). Isto porque, consideram os autores que os juízes encontram-se adstritos não apenas a letra da lei, mas na atualidade encontram-se também vinculados à interpretação dada pelos tribunais.

Também é possível para os autores o manejo da ação rescisória no caso em que a sentença é proferida afastando lei considerada pelo julgador como inconstitucional e depois declarada no controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, constitucional. Argumentam os autores que a negativa de vigência à lei federal é mais do que mera contrariedade à lei: é a forma mais violenta de se a violar (*Idem*, 2003, p. 54).

Salientam também os autores que se tem entendido ser possível a aplicação da Súmula 343 apenas a respeito de lei federal, e não quando a controvérsia gerada for em torno de constitucionalidade de lei.

Humberto Theodoro Júnior (Revista de Processo 79/159), por seu turno, defende uma interessante tese, citando caso que envolvia matéria tributária em que diante de declaração considerando constitucional determinada lei em controle concentrado e desta forma, possível a cobrança de determinado tributo, a Fazenda Pública Federal ajuizara

outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27 da Lei 9.868/99” (2003, p. 46 e 47).

inúmeras ações rescisórias exigindo a desconstituição de sentenças em que restara vencida pela prevalência da tese da inconstitucionalidade da lei.

Considera o notável jurista que nos casos em que houvesse decisão em que fosse considerada inconstitucional uma lei, deixando de aplicá-la e posteriormente, decisão do STF considerando constitucional esta lei, não haveria que se falar em ofensa à Constituição. Sendo a divergência jurisprudencial a respeito de interpretação de lei (e não da Constituição) haveria incidência da Súmula 343. Haveria, apenas, ofensa a lei ordinária, mas não à Constituição. Só seria possível o afastamento da Súmula 343 para propositura da ação rescisória, se o pronunciamento do STF fosse posteriormente de inconstitucionalidade de lei, admitida como constitucional pela sentença rescindenda. E só seria razoável o afastamento da referida súmula em tal caso quando houvesse decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não em mero precedente proferido em controle difuso (Revista de Processo, 79/169-171).

Outra possibilidade de impugnação da coisa julgada inconstitucional, que está prevista expressamente em lei é a dos embargos à execução, conforme dispõe o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, dispositivo acrescido ao estatuto processual pela Medida Provisória n.º 2.180-35, editada antes a Emenda Constitucional n.º 32. O dispositivo constou pela primeira vez na 36.ª edição da medida provisória n.º 1997, cuja exposição de motivos ficou a cargo do hoje Min. Gilmar Ferreira Mendes, então Advogado Geral da União, vazada nos seguintes termos:

A medida visa evitar iniquidades em processos de execução fundados em obrigações que venham a ser afetadas por decisões de mérito em controle de constitucionalidade, representando instrumento adicional para a concretização das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O próprio STF tem demonstrado a necessidade de criação e afirmação de instrumentos para atribuir maior eficácia a suas decisões. Como evidência dessa constatação, pode-se citar a decisão do Plenário do STF que, ao deferir o pedido de medida cautelar na ADC n.º 4, expressamente atribuiu, à sua decisão, eficácia vinculante e subordinante, com todas as conseqüências jurídicas daí decorrentes. Uma dessas conseqüências é, justamente, a possibilidade de se reverter, mediante os meios processuais disponíveis, as decisões judiciais fundadas na lei inconstitucional ou fundadas em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional. A decorrência natural dessa faculdade é impedir a realização de seus efeitos, para que não se concretize lesão à Constituição, em claro desrespeito a uma decisão do STF. Ocorre que não existe hoje instrumento processual explícito nesse sentido.

(..)

Outro ponto sobre a questão que deve ser destacado é que o dispositivo que se propõe terá aplicação imediata, configurando-se como uma pronta solução à grave questão da petrificação de situações inconstitucionais protegidas por decisões judiciais, à revelia da competência atribuída pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal (Exposição de Motivos n.º 05, de 11 de abril de 2000, publicada no *Diário do Congresso Nacional* no dia 18/05/2000)

Sem embargo da amplitude que pareceu ter querido dar ao referido instrumento processual a referida exposição de motivos, não parece ser esta a interpretação que vem sendo dada pela doutrina ao dispositivo.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 73), por exemplo, dão ao dispositivo interpretação bem mais restrita, por exemplo, que a esposada por eles próprios com relação ao cabimento de rescisória, afastada a Súmula 343 e com fundamento no art. 485, V, para desconstituir sentença que tenha aplicado lei ou afastado aplicação de lei por inconstitucionalidade, ao depois respectivamente declaradas inconstitucional e constitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Defendem que não se trata de atribuir função rescindente aos embargos à execução, já que rigorosamente nada haverá a se desconstituir: a sentença seria de fato inexistente porque baseada em lei que não é lei e desta forma não teria sequer transitado em julgado. E concluem: “Claro é que se a sentença é inexistente, à execução faltarão, *ipso facto*, o título executivo” (2003, p. 73).

Seguindo sua exposição, afirmam que só caberia a aplicação do dispositivo em comento quando a decisão proferida no bojo da ação declaratória de inconstitucionalidade tivesse efeitos *ex tunc*, não se enquadrando em uma das situações art. 27 e nem quando a sentença (título judicial) tenha afastado aplicação de norma por considerá-la inconstitucional, sendo esta norma depois declarada constitucional pelo STF. Neste último caso, estar-se-ia diante de caso de rescindibilidade de sentença, nos termos do que dispõe o art. 458 c/c o art. 485, V, ambos do CPC (2003, p. 74).

Outrossim, no entender dos autores são cabíveis também os embargos à execução quando a sentença tenha se baseado em certo texto legal interpretado ou aplicado de um modo tal a respeito do qual o STF já se tenha manifestado, considerando como sendo inconstitucional. Isto aconteceria quando em sede de controle abstrato a decisão do STF considerasse como sendo incompatível com a Constituição uma das interpretações dada a certo dispositivo de lei (fenômeno ligado à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto) ou quando eleja apenas uma das interpretações como conforme à Constituição.

Frise-se que a interpretação sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo que enseja os embargos à execução é sempre do STF, não podendo fundar-se em interpretação de qualquer Tribunal.

Por fim, não admitem os autores os referidos embargos quando haja pura e simplesmente reiterada jurisprudência do STF em determinado sentido, em casos concretos, de determinado texto legal, tendo em vista que a retirada da lei do ordenamento jurídico neste caso, depende de manifestação do Senado Federal, nos termos do que dispõe o art. 52, X da Constituição Federal.

O dispositivo daria ensejo a que o juiz também considerasse não exigível determinado título judicial, por incompatível com regras e princípios constitucionais, por ser a expressão “aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição” da lei excessivamente ampla. E nisto pecou a lei pois deveria ter vinculado a decisão do juiz pelo menos à existência de súmula ou jurisprudência de Tribunal Superior (2003, p. 76, 77 e 78).

A posição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro é bem mais permissiva no que se refere ao fundamento dos referidos embargos à execução. Afirmam que o dispositivo comporta

duas situações legitimadoras do reconhecimento da inconstitucionalidade, na espécie: a) sentença fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; ou b) sentença que tenha aplicado ou interpretado lei ou ato normativo, de forma incompatível com a Constituição Federal (In: NASCIMENTO, 2004, p. 112).

Portanto, com declaração do STF, no controle difuso ou concentrado, ou sem esta declaração ou com base em qualquer precedente, poderia o juiz da causa reconhecer a nulidade da sentença e acolher os embargos para declarar o título inexigível. A situação é aplaudida pelos autores. O dispositivo, com a interpretação dada por eles, viria socorrer casos, por exemplo, em que o STF deixa de analisar a questão da constitucionalidade de determinada lei pelo fato de a mesma ter sido revogada, restando sem solução os casos concretos. Os embargos à execução com base no parágrafo único do art. 741 seriam oponíveis mesmo depois de transitada em julgado a decisão, que servira de título judicial (THEODORO JÚNIOR; CORDEIRO in NASCIMENTO, 2004, p. 112 e 113).

Mas ultrapassado o prazo da ação rescisória e não sendo o caso de utilização do remédio processual previsto no parágrafo único do art. 741 do CPC, teria a parte que se

contentar com a decisão inconstitucional acobertada pela imutabilidade e indiscutibilidade próprias da coisa julgada? A doutrina tem, apontado como meio de impugnação nestes casos a *querela nullitatis insanabilis*, como remédio voltado para a impugnação de erros graves cometidos no âmbito da jurisdição. Em geral é manejada quando ocorre inexistência ou nulidade de citação, acompanhadas do efeito da revelia. E o fundamento é o de que a coisa julgada não pode assim se constituir, não tendo que ser observado o lapso temporal da rescisória para expurgá-la do ordenamento jurídico. Não há como convalidar sentença eivada de tal nulidade.

Assim se manifesta Carlos Valder do Nascimento:

São, por conseguinte, passíveis de serem desconstituídas as sentenças que põem termo ao processo, por ter decidido o mérito da demanda, enquadrando-se, também, na hipótese, os acórdãos dos tribunais. Isso se persegue mediante ação autônoma que engendra uma prestação jurisdicional resolutória da sentença hostilizada, cujos efeitos objetiva desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação da sentença de mérito que fez *coisa julgada inconstitucional* (In: NASCIMENTO, 2004, p. 26).

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro (In: NASCIMENTO, 2004, p. 77 a 136), esposam a tese do cabimento da *querela nullitatis* no caso em estudo. De fato, tais autores, discordando daqueles que consideram a coisa julgada inconstitucional como inexistente (entendida coisa julgada inconstitucional tanto a que viola diretamente a Constituição Federal, quanto aquela que aplica lei considerada inconstitucional tanto em sede de controle difuso, quanto concentrado, já que consideram que a sentença que deixa de aplicar lei por considerá-la inconstitucional pode padecer, no máximo de inconstitucionalidade reflexa, não sendo o caso de questão constitucional), atribuem a ela o vício de nulidade, estando sujeita à rescisória.

Mas a admissibilidade da ação rescisória, alertam os mencionados juristas, não significa que ultrapassado o prazo da respectiva propositura irá a coisa julgada maculada pelo vício de inconstitucionalidade permanecer em nosso ordenamento jurídico. Diante da impossibilidade da subsistência da coisa julgada maculada por tal vício, deve ela se submeter exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos para os quais não há prazo. A coisa julgada inconstitucional é nula, não se sujeitando a prazos prescricionais ou decadenciais, podendo ser intentada a rescisória até mesmo quando ultrapassado o prazo decadencial de dois anos (THEODORO JÚNIOR; CORDEIRO in NASCIMENTO, p. 108 e 109). E mesmo diante de tal via devem os tribunais reconhecer o vício:

Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode ser dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução (In: NASCIMENTO, 2004, p. 109).

Além da rescisória, mesmo ultrapassado o prazo para sua propositura, diante da necessidade de que os juízes se manifestem de ofício sobre o vício de inconstitucionalidade que macula a decisão, admitem também os autores a *querela nullitatis*. Assim se manifestam expressamente em outra passagem:

É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade *res judicata*, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, a antiga querela nullitatis, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil (In: NASCIMENTO, 2004, p. 123).

Portanto, são admitidos além da própria rescisória (fora do prazo previsto no art. 495 do Código de Processo Civil, já que as nulidades *ipso jure* devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para este fim e até mesmo de ofício), também a ação declaratória do vício de nulidade (THEODORO JÚNIOR; CORDEIRO in NASCIMENTO, 2004, p. 122-125).

Embora ao contrário de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro considerem Teresa Wambier e José Miguel Garcia Medina a sentença proferida com base em lei, depois declarada inconstitucional no controle concentrado como ato inexistente no plano jurídico como já se explanou no bojo deste trabalho, sugerem também ser possível mera ação declaratória de inexistência, sem necessidade de submissão ao art. 495 do CPC. Reconhecendo a inexistência da sentença nessa situação, dispensam a propositura da ação rescisória, mas alertam que isto pode ser reconhecido inclusive em seu bojo. São suas estas palavras:

Portanto, segundo o que nos parece, seria até desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em “lei” que não é lei (“lei” inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da *necessidade*, mas da *utilidade* da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto.

O fundamento para a *ação declaratória de inexistência* seria a *ausência* de uma das *condições da ação*: a *possibilidade jurídica do pedido*. Como se verá item 3.1.4, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação *não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC*.

Todavia, para aqueles que não admitem tal categoria, pode-se pensar em rescindibilidade por falta de fundamento, já que nos sistemas jurídicos de raiz romano-germânica as decisões devem necessariamente fundamentar-se em *lei*. Neste caso, *a lei*, expurgada do sistema jurídico *não existe*. A rescindibilidade se daria com fulcro nos arts. 485, V e 458, combinados (Wambier; MEDINA, 1997, p. 43).

Sendo assim, expostos os meios processuais aventados principalmente pela doutrina para expurgar a “coisa julgada inconstitucional” de nosso ordenamento jurídico, caminhemos agora para nossas conclusões.

CONCLUSÃO

Ao cabo do estudo empreendido, tentaremos sintetizar algumas das idéias aqui apresentadas.

a) A coisa julgada tem um fundamento político e um fundamento jurídico. Quanto ao fundamento jurídico, é bom dizer que encontrou a coisa julgada diversas “teorias” que a explicassem no decorrer da história: presunção de verdade, ficção de verdade, vontade do Estado e na voz atribuída aos alemães, a imutabilidade e indiscutibilidade do efeito declaratório da sentença, após o trânsito em julgado. Finalmente com Liebman, forte opositor das teorias alemãs, a coisa julgada ganha cunho de qualidade da sentença.

b) A influência deste último pensador é notável entre nossos juristas, e dela não escapou ileso Alfredo Buzaid, elaborador do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973. Mas ao fim e ao cabo, a definição de coisa julgada adotada no artigo 467 do Código de Processo Civil aproxima-se mais da concepção de Chiovenda e é mais consentânea à nossa construção teórica se dirigida à coisa julgada formal.

c) Preferimos conceituar coisa julgada como o faz Gilberto Porto como a opção jurídico-filosófica de a partir de determinado momento tornar imutável e indiscutível a decisão jurisdicional.

d) As conseqüências da diferenciação entre coisa julgada formal e coisa julgada material são acatadas pela maioria de nossos doutrinadores. A coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual, nascendo como decorrência da impossibilidade de interposição de recursos, pelo fato de ter escoado o prazo ou pelo fato de já terem sido manejados todos os possíveis. Nas sentenças que põem fim ao processo sem definir-lhe o mérito só ocorre a coisa julgada formal. A coisa julgada formal é um antecedente lógico da coisa julgada material, que por sua vez é um fenômeno que se espalha para fora do processo (pan-processual).

e) A coisa julgada, segundo grande parte da doutrina tem aceito hoje, tem dois efeitos: um negativo, que consiste no impedimento de que outros juízes decidam sobre a mesma demanda já decidida e um positivo, que por sua vez, consiste em que, em futuras demandas, respeitem os juízes o que já fora anteriormente decidido, utilizando-se inclusive

como fundamento da nova sentença. Este último efeito não se confunde com os limites objetivos da coisa julgada.

f) Regra geral, a coisa julgada alcança as partes entre as quais a sentença é proferida. Isto não quer dizer que os efeitos da sentença, como ato autoritativo não possam alcançar terceiros. Para Ovídio Baptista, os efeitos da sentença podem ser diretos (que alcançam inexoravelmente as partes e terceiros), reflexos (que alcançam terceiros, pela entremistura de relações, mas podem ser impugnados por quem tenha legítimo interesse) e anexos (aqueles decorrentes da lei). Problema que gera inquietação em nossa doutrina é quanto ao litisconsórcio não necessário unitário.

g) Pela constatação de que o Código de Processo Civil de 1973 não contemplava adequadamente os limites subjetivos da coisa julgada, surgiu a necessidade de que o assunto fosse normatizado por leis próprias. Pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor trouxe como grande inovação a modificação dos limites subjetivos da coisa julgada, que para alguns adequa-se aos interesses envolvidos em litígio. Defende-se também que a grande inovação do mencionado estatuto normativo foi quanto ao próprio conceito de parte. É interessante notar as diferenças de comportamento da coisa julgada em relação às tutelas individuais e coletivas, uma vez que a grande maioria dos problemas envolvendo o princípio segurança jurídica, do qual o instituto é corolário e outros, tais como isonomia e legalidade, também de estatura constitucional, dá-se no campo dos direitos multitudinários.

h) Quanto aos limites objetivos, tem-se que, embora estejam também estampados no Código de Processo Civil (notadamente nos artigos 468, 469, 470, 471 e 474), sendo que regra geral, coincidem com a parte dispositiva da decisão, novas teorias têm visto o fenômeno de forma que se tornam mais largos os referidos limites. Para a compreensão do assunto é interessante ter em mente o profícuo debate entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista. Para o primeiro, faria coisa julgada o conteúdo da sentença e não o conteúdo e seus efeitos como pretendeu Liebman. Para o segundo, embora seja a coisa julgada uma qualidade da sentença (e aí sua teoria se aproxima da de Liebman) ela apenas se adere à eficácia declaratória (as demais eficácias fazem parte da sentença, mas não ficam imutáveis).

i) Outra questão que anima a doutrina é quanto a eficácia preclusiva da sentença. A despeito de doutrinadores como Ovídio Baptista acreditarem que a coisa julgada cobre com o seu manto o pedido convenientemente interpretado e ter ficado o Código entre a

teoria da individualização e a da substanciação, prevalece para caracterizar a repetição de eventual demanda em curso a identificação dos três elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir. Esta parece ser a orientação da jurisprudência.

j) Em relação às lides coletivas pode se considerar que o transporte da coisa julgada *in utilibus* é ponto interessante a considerar, mas não é inovador, vez que já era admitido em relação às sentenças penais condenatórias que podem ser executadas no juízo cível.

k) Se outrora, em um processo de cunho notadamente legalista, a coisa julgada era instituto quase sacralizado entre nós, hoje surgem diversos doutrinadores que questionam tal valor atribuído ao instituto, que não raro a enfraquece diante de outros princípios que convivem no Estado Democrático de Direito. Também na jurisprudência verificam-se algumas brechas admitindo que a coisa julgada não é absoluta quando em confronto com certos princípios.

l) A tendência de relativização da coisa julgada verifica-se, grosso modo, quando ela é confrontada com outros princípios constitucionais como o da legalidade e da isonomia. Também verifica-se que o juiz não está adstrito às normas legais de cunho escrito, mas sua atuação rege-se também por princípios e isto não significa afronta ao princípio da legalidade.

m) Relativizar a coisa julgada inconstitucional é também um dos aspectos da tendência antes mencionada. A coisa julgada inconstitucional pode ser concebida como aquela baseada em lei que depois é considerada inconstitucional pelo STF ou aquela que afasta lei que depois é considerada constitucional pelo STF (nos dois casos, tanto em sede de controle difuso, como em sede de controle concentrado). Produz também coisa julgada inconstitucional a sentença que infringe diretamente dispositivos (aí considerados os princípios e as regras) da Constituição Federal ou aquela que afasta a aplicação da lei por considerá-la inconstitucional ou aplica lei considerada inconstitucional em entendimento contrário ao da jurisprudência, mesmo que não haja ainda pronunciamento do STF.

n) Apontam a doutrina como meio de impugnação da coisa julgada inconstitucional a ação rescisória com base no art. 485, V do CPC, afastada a aplicação da Súmula 343 (mas não em todos os casos e quanto a isto não há uniformidade entre os doutrinadores), os embargos à execução com base no parágrafo único do art. 741 do CPC e

ultrapassado o prazo decadencial para propositura da ação rescisória, a *querela nullitatis* ou qualquer outra ação no bojo da qual poderia ser desconsiderada a decisão proferida, tendo por base sua inconstitucionalidade.

Resumidos assim os pontos aqui abordados, nosso esboço de contribuição pessoal esquadrinha-se em aventar, embora para aprofundamento em posteriores trabalhos, a possibilidade de se impugnar a coisa julgada inconstitucional, mesmo após ultrapassado o prazo decadencial da ação rescisória, através da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Nota-se, como já tivemos oportunidade de ressaltar anteriormente, que a maioria dos problemas que incompatibilizam a permanência da coisa julgada inconstitucional em nosso ordenamento jurídico, referem-se a interesses multitudinários. Nada melhor, em nossa opinião que um instrumento processual de controle objetivo.

Ora, o art. 1.º da Lei 9.882, que previu o instituto preceitua que ela pode ter por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público”. E os princípios da legalidade e da isonomia violados pela permanência da coisa julgada dita inconstitucional em nosso ordenamento jurídico são efetivamente preceitos fundamentais. O professor Gilmar Ferreira Mendes considera como objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental a contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial sem base legal (ou fundada em falsa base legal) (In: MEIRELLES, 2003, p. 435).

Se é possível o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental para atacar a coisa julgada fundada em falsa base legal, que pode ser inclusive uma interpretação objetivamente incorreta dela, outra coisa não se pode concluir que não seja o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental quando a sentença basear-se em lei depois declarada inconstitucional ou afastar aplicação de lei depois declarada constitucional em sede de controle difuso ou concentrado.

E não há que se dizer que não se aplica o remédio ante seu caráter de subsidiariedade e tendo em vista os meios apontados pela doutrina, já que, como assevera o professor Gilmar Mendes “a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento de preceito fundamental” (In MEIRELLES, 2003, p. 421).

Há que se dizer, ainda, que o instituto foi criado justamente para evitar as confusões jurisprudenciais, que geram perplexidade social e o descrédito do princípio segurança jurídica e do próprio Poder Judiciário enquanto instituição. Por assim dizer, para trazer ao conhecimento do STF questões que não eram conhecidas pelo Excelso Pretória ou por construção jurisprudencial ou pela própria vedação constitucional e que geravam intensa controvérsia entre tribunais.

Mas esperamos que este estudo seja apenas o início de uma série de novas abordagens sobre o tema a ser por nós empreendidas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: _____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995a, p. 93-131.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. In: _____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995b, p. 131-172.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Conteúdo da sentença e coisa julgada. In: _____. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995c, p. 199-222.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. *Código civil, código de processo civil e Constituição Federal*. Coordenadora Anne Joyce Angher. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. rev. e atual. segundo o CC/2002. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso de. A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC. *Jus navigandi*, n. 61. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>>. Acesso em: 08 de ago. 2003.
- CONRADO, Rommel Moreira. Coisa julgada inconstitucional. *Consulex*, Brasília, DF, ano VI, n. 141, p. 36-38, nov.2002.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 97, n. 358., nov.-dez., 2001.
- FISCHER, Otávio Campos. Coisa julgada em matéria constitucional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Problemas de processo judicial tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. A coisa julgada no código de defesa do consumidor e o conceito de parte. *Revista Forense*. São Paulo, n.331, p. 65-73, jul. – ago. – set. 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e autoridade da sentença*. BUZAID, Alfredo e BENVINDO, Aires (trad). GRINOVER, Ada Pellegrini (trad. dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*: 26. ed. rev. e atual. e complementada por WALD, Arnaldo e MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Reinaldo Lucas de; VITAGLIANO, José Arnaldo. Amplo acesso ao judiciário e coisa julgada. *Jus Navigandi*, n. 45. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=814>>. Acesso em: 08 de ago. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MESQUITA, Josá Ignácio Botelho de. A coisa julgada no código do consumidor. *Revista Forense*. São Paulo, ano 90, n.º 326, p. 79-84, abr.-mai.-jun. 1994.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença: eficácia e coisa julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsó Editor, 1971a.

_____. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 60, n.º 429, p. 21-27, jul. 1971b.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, ano X, n.º 28, p. 15-31, jul. 1983.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Ajuris*, Porto Alegre, ano XII, n.º 35, p. 204-212, nov. 1985.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. In: _____. (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

RIBEIRO, Milton Gomes Baptista Ribeiro. Da coisa julgada incompatível com a realidade social. *Jus Navigandi*, n. 61. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=3566>>. Acesso em: 08 de ago. 2003.

SANTOS, Osmane Antônio dos. Ação modificada da coisa julgada. *Consulex-Revista jurídica*, Brasília, DF, ano VI, n. 139, p. 32-33, out. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo: ano 20, n. 79, p. 158-171, jul.-set. 1995

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: _____ (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2003.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de Almeida; TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.