

POR UMA TEORIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL





Universidade Estadual de Santa Cruz

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

RUI COSTA - GOVERNADOR

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO

WALTER PINHEIRO - SECRETÁRIO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ

ADÉLIA MARIA CARVALHO DE MELO PINHEIRO - REITORA

EVANDRO SENA FREIRE - VICE-REITOR

DIRETORA DA EDITUS

Rita Virginia Alves Santos Argollo

Conselho Editorial:

Rita Virginia Alves Santos Argollo – Presidente

André Luiz Rosa Ribeiro

Andrea de Azevedo Morégula

Adriana dos Santos Reis Lemos

Evandro Sena Freire

Francisco Mendes Costa

Guilhardes de Jesus Júnior

José Montival de Alencar Júnior

Lúcia Fernanda Pinheiro Barros

Lurdes Bertol Rocha

Ricardo Matos Santana

Rita Jaqueline Nogueira Chiapetti

Samuel Leandro Oliveira de Mattos

Sílvia Maria Santos Carvalho

Carlos Valder do Nascimento

POR UMA TEORIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL



2^a Edição

Ilhéus-BA


Editora da UESC

2017

Copyright ©2017 by CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Direitos desta edição reservados à
EDITUS - EDITORA DA UESC

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio,
seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional,
conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

PROJETO GRÁFICO E CAPA
Deise Francis Krause

IMAGEM DA CAPA
Freeimages.com/Francisco Gomez Flores

REVISÃO
Genebaldo Pinto Ribeiro
Maria Luiza Nora
Roberto Santos de Carvalho
Sylvia Maria Campos Teixeira
Gabriela Amorim de Santana

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244 Nascimento, Carlos Valder do,
Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional / Carlos Valder do Nascimento. – Ilhéus, BA: Editus, 2017.
267p.

Inclui referências.
ISBN 978-85-7455-432-7

1. Coisa julgada. 2. Direito constitucional – Brasil. 3. Controle da constitucionalidade. I. Título.

CDD 347.077

EDITUS - EDITORA DA UESC
Universidade Estadual de Santa Cruz
Rodovia Jorge Amado, km 16 - 45662-900 - Ilhéus, Bahia, Brasil
Tel.: (73) 3680-5028
www.uesc.br/editora
editus@uesc.br

EDITORIA FILIADA À



Dedicatória

A Dinalva Melo e Carla Melo
(In Memoriam), pelo que são e pelo que
representam em minha vida.

Agradecimentos

A Djalma Eutímio, Guto Tanajura e Roberto Freire, pelo incentivo e constante troca de ideias. Ao Prof. Ruy do Carmo Póvoas, pela disponibilidade e colaboração de sempre.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 15

PREFÁCIO 21

INTRODUÇÃO 27

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

1 Coisa Julgada Inconstitucional.....	32
1.1 Noção.....	32
1.2 Sentenças Incompatíveis com a Constituição: Exemplos.....	35
2 Insubstancialidade da Coisa Julgada.....	37
3 Relativização da Coisa Julgada.....	41
3.1 Pressupostos Revisionais da Coisa Julgada	41
3.2 Combinação de Elementos supre o Princípio da Legalidade	42
3.3 Objeção à Revisão da Coisa Julgada	46
4 Natureza Jurídica da Revisão da Coisa Julgada.....	48

CAPÍTULO II – PANORAMA PÓS-MODERNO DA LEGITIMAÇÃO NORMATIVA: VALOR, JUSTIÇA E CONTROLE DOS ATOS PÚBLICOS

1 Visão Pós-Moderna da Legitimação Normativa sob o Ângulo Filosófico	54
1.1 A Lei como Referencial do Direito e o Papel Crítico da Ciência	55
1.2 Escola Clássica do Positivismo Jurídico.....	61
1.3 Crise da Teoria Constitucional e a Contribuição de John Rawls e Jürgen Habermas	64
1.4 O Direito na Ótica do Pós-Positivismo.....	68
2 Valor Justiça de Natureza Absoluta	72
3 Controle e Hierarquia dos Atos do Poder Público.	75

CAPÍTULO III – PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DA COISA JULGADA

1 Coisa Julgada: Noção e Enquadramento Normativo	80
1.1 Noção de Coisa	80
1.2 Delimitação da Coisa Julgada	83
1.3 Enquadramento Normativo	87
2 Intangibilidade da Coisa Julgada	89

CAPÍTULO IV – A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS PÚBLICOS

1 A Função Jurisdicional na Constituição.....	96
2 Inconstitucionalidade dos Atos Jurídico-Públicos	100
2.1 Desvalor do Ato Inconstitucional	100
2.2 Noção de Inconstitucionalidade	101
2.3 Inconstitucionalidade da Decisão Injusta	104

CAPÍTULO V – A DECISÃO JUDICIAL E SEUS FUNDAMENTOS NO PLANO DA VALIDADE

1 Fundamentos de Validade da Decisão Judicial	110
2 Decisão Judicial: Nulidade e Inexistência	114
2.1 Decisão Judicial.....	114
2.2 Nulidade e Inexistência.....	116

CAPÍTULO VI – CONTRIBUIÇÕES AO ESTUDO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: ESTUDOS DOUTRINÁRIOS

1 A Concepção de Paulo Otero	123
2 A Concepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima .	125
3 A Concepção de Cândido Rangel Dinamarco....	127
4 A Concepção de Humberto Theodoro Júnior	129
5 A Concepção de José Augusto Delgado.....	131
6 A Concepção de Ivo Dantas	133
7 A Concepção de Araken de Assis	135

CAPÍTULO VII – DOGMATISMO DA NÃO RELATIVIZAÇÃO E DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: UM CONTRAPONTO

1 A Iniquidade como Paradigma do Processo: Doutrina da Negação do Direito	138
2 O Conhecimento, a Verdade e a Sentença.....	142
3 O Trânsito em Julgado da Decisão Injusta.....	145
4 A Desconsideração, a Desconstituição e o Paradoxo	148
5 Ineficácia da Coisa Julgada Inconstitucional	151
6 Fórmula, Senso Comum e Justiça.....	156

CAPÍTULO VIII – SEGURANÇA JURÍDICA, JUSTIÇA DA SENTENÇA E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

1 O Princípio da Segurança Jurídica	168
1.1 Valor não absoluto da Coisa Julgada	168
1.2 Inadequação da Sentença Fraudulenta, Injusta e Inconstitucional ao Regime da Segurança Jurídica....	171
2 Noção de Segurança Jurídica.....	175
3 Segurança como Ponto de Apoio à Insegurança Jurídica.....	179
3.1 Garantia da Segurança Jurídica.....	179
3.2 Negação da Segurança Jurídica	183
4 Elementos de Caracterização	184
5 Indenização em face da Decisão Ilícita.....	185

CAPÍTULO IX – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: PONDERAÇÃO DE INTERESSES, OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORTACIONALIDADE E O FENÔMENO JURÍDICO

1 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	192
1.1 Hermenêutica Constitucional e Ponderação de Interesses	192
1.2 Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade.....	204
2 Compreensão do Fenômeno Jurídico Pleno	209
2.1 Transformações Históricas do Direito	209
2.2 O Direito, o Tempo e o Espaço	212
2.3 O Fenômeno Jurídico não se resume ao mero aspecto formal	215

CAPÍTULO X – INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA DECISÃO INCONSTITUCIONAL

1 Instrumentos Processuais de Controle	220
2 Querela Nulitatis: sua Adequação ao Direito Positivo	221
3 Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença e Embargos à Execução	227
3.1 Considerações Gerais.....	227
3.2 Os Instrumentos Processuais e sua adequação às Hipóteses de Relativização	228
4 A Medida Provisória nº 2180-35/2001	233
5 Exceção de Pré-Executividade.....	238

CONCLUSÕES 243

REFERÊNCIAS 251

APRESENTAÇÃO

No tempo atônito em que se fala de crise generalizada, ou transições, mais precisamente o que nos interessa nesta obra, em *crise de paradigma*¹, Boaventura de Souza Santos² aborda ensinamento bastante elucidativo, que, pela sensibilidade comum dos cientistas sociais e profundidade dos intelectuais, pedimos licença para transcrever:

Quando, ao procurarmos analisar a situação presente das ciências no seu conjunto, olhamos para o passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser. Quando, ao procurarmos analisar a situação presente das ciências no seu conjunto, olhamos para o passado, a primeira imagem é talvez a de que os progressos científicos dos últimos trinta anos são de tal ordem dramáticos que os séculos que nos precederam – desde o século XVI, onde todos nós, cientistas modernos, nascemos, até ao próprio século XIX – não são mais que uma pré-história longínqua. Mas *se fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificamos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em*

¹ CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação.** 21. ed. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 28.

² SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências.** 11. ed. Lisboa: Edições Afrontamentos, 1997, p. 5, grifos nossos.

que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, [...] E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar.

Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional é obra de vanguarda, não porque contesta fundamento dos primados da dogmática processual muito bem elaborada por grandes juristas dos meados do século XIX aos idos do século XX, como foram Windscheid, Muther, Köhler, Wach, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e tantos outros, no dizer de Calmon³. A presente obra como vanguardista, porque traz ao debate teórico-abstrato a investigação da (possível) científicidade na absolutização da coisa julgada, se consideramo-la como resultado de uma verdade, questionada, inclusive, pelo autor como intangível à própria ciência. Muito, aliás, na linha de Bauman⁴, o

³ PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2.

⁴ ZYGMUNT BAUMAN, em **O mal-estar da pós-modernidade**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998, p. 143, desmistifica a ideia de verdade científica aduzindo: “A noção de verdade pertence à retórica do poder. Ela não tem sentido a não ser no contexto da oposição – adquire personalidade própria somente na situação de desacordo, quando diferentes pessoas se apegam a diferentes opiniões, e quando se torna objeto da disputa de quem está certo e quem está errado – e quando, por determinadas razões, é importante para alguns ou todos os adversários demonstrar ou insinuar que é o outro lado que está errado. Sempre que a veracidade de uma crença é asseverada é porque a aceitação dessa crença é contestada, ou se prevê contestável. A disputa acerca da veracidade ou falsidade de determinadas crenças é sempre simultaneamente o debate acerca do direito de falar com a autoridade que alguns outros deveriam obedecer; a disputa é acerca do estabelecimento ou reafirmação das relações de superioridade e inferioridade, de dominação

que leva o jurista a concluir com Pontes de Miranda, que a imutabilidade da coisa julgada material tem fundamento político-judiciário, nem ôntico nem mesmo ontológico, como querem alguns arautos do processo.

Procurando, de outra via, contextualizar o fenômeno processual da coisa julgada, com a exigência de um saber transdisciplinar, porquanto o conhecimento é complexo⁵, a obra propõe grandes reflexões ao contrapor a coisa julgada material, na concepção da *era vitoriana*, à realidade concreta das barbáries jurídicas e judiciárias, que ganha tom e transparência nos dias atuais, mas que dantes já constatadas por juristas e profissionais do direito⁶.

e submissão, entre os detentores de crenças". Portanto, o conteúdo de verdade é de natureza ideológica e se encerra na correlação de forças ante um dado padrão cultural-histórico. Completa Bauman (1998, p. 143), magistralmente, ao esclarecer como se dá no plano do conhecimento estruturado esse conteúdo ideológico de verdade: "A teoria da verdade, segundo essa avaliação, trata de estabelecer superioridade sistemática e, portanto, constante e segura de determinadas espécies de crenças, sob o pretexto de que a elas se chegou graças a um determinado procedimento confiável, ou que é assegurado pela espécie de pessoas em que se pode confiar que o sigam" (grifos do autor).

⁵ "[...] a ciência é intrínseca, histórica, sociológica e eticamente *complexa*. É essa complexidade específica que é preciso reconhecer. A ciência tem necessidade não apenas de um conhecimento apto a considerar a complexidade do real, mas desse mesmo pensamento para considerar sua própria complexidade das questões que ela levanta para humanidade" (MORIN, Edgar, **Ciência com consciência**, 3. ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1999, p. 9, 173 e 193, grifo nosso).

⁶ Calmon de Passos colaciona casos emblemáticos como no anexo de sua pequena grande obra **Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, de sorte que o que hoje ganha destaque nas telas de TV correspondem à banalização e à função judiciária levada às últimas consequências da degradação institucional.

Em um sistema contemporâneo de *controle de constitucionalidade*⁷, e em tempos de refletir a *nova hermenêutica*⁸, mas também precipuamente, da necessidade de problematizar a experiência empírica das desconformidades axiológicas e até mesmo das fraudes, simulações e toda sorte de arbítrios *contra legem* consolidadas em manto de justiça pela intangibilidade da coisa julgada material, e numa estrutura institucional do Judiciário marcado pela ausência de um sistema de responsabilização, a obra do professor avança no tempo, perfazendo caminhos no mínimo inquietantes na consciência do dever-ser do direito e até na sensibilidade ético-subjetiva dos operadores do Direito, dos que efetivamente assim se compreendam.

A propósito, cumpre imperativamente afirmar que, muito além de “trabalho de cientistas”, como outrora sustentou no Prefácio à segunda edição da obra coletiva, deste mesmo tema, o desembargador e processualista mineiro Professor Ernane Fidélis dos Santos, este trabalho transcende o plano do saber científico, inclusive questionando-o como um atributo cultural, portanto inserido no tempo/espaço. Não obstante, pretende o autor contemporralizar o instituto da coisa julgada a partir da crítica político-filosófica, propondo, desse modo, o controle das decisões judiciais através da filtragem hermenêutica constitucional, como, aliás, estão susceptíveis, num regime democrático republicano, os atos do Executivo e do Legislativo.

⁷ BARROSO, Bergman, Sarmento e outros (*vide* obras).

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

O Professor Carlos Valder do Nascimento chega a um momento iluminado da sua carreira, após tantas obras consagradas, a enaltecer a cultura jurídica deste país, elevando uma reflexão para além da dogmática. Por conseguinte, ainda enseja, que numa crise do paradigma do conhecimento⁹, mas também da crise moral que obscurece os operadores do direito em especial; refletir sobre a *certeza, a verdade e a ética* das decisões judiciais é compreender que o fazer científico não pode prescindir hoje da exigência ética e, sobretudo, humanista.

Com efeito, a presente obra não configura apenas em trabalho de cientista, mas, inclusive, de epistemólogo, que desconstruindo discursos, às vezes anacrônico-ortodoxos, pretende colocar o homem, condição humana, em local prestigiado, numa sociedade que urge democracia social, que somente haverá, quando tivermos instituições que se pautem à funcionalidade e, às vezes, até ao nobre mister instituído, tendo inafastavelmente o nosso Pacto Político – como sua referência maior – a Constituição deste Estado, que se pretende Democrático de Direito.

Roberto José Caldas Freire Junior
Bacharelando em Direito

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à ciência pós-moderna**. 5. reimp. Rio de Janeiro: Graal, 2010.