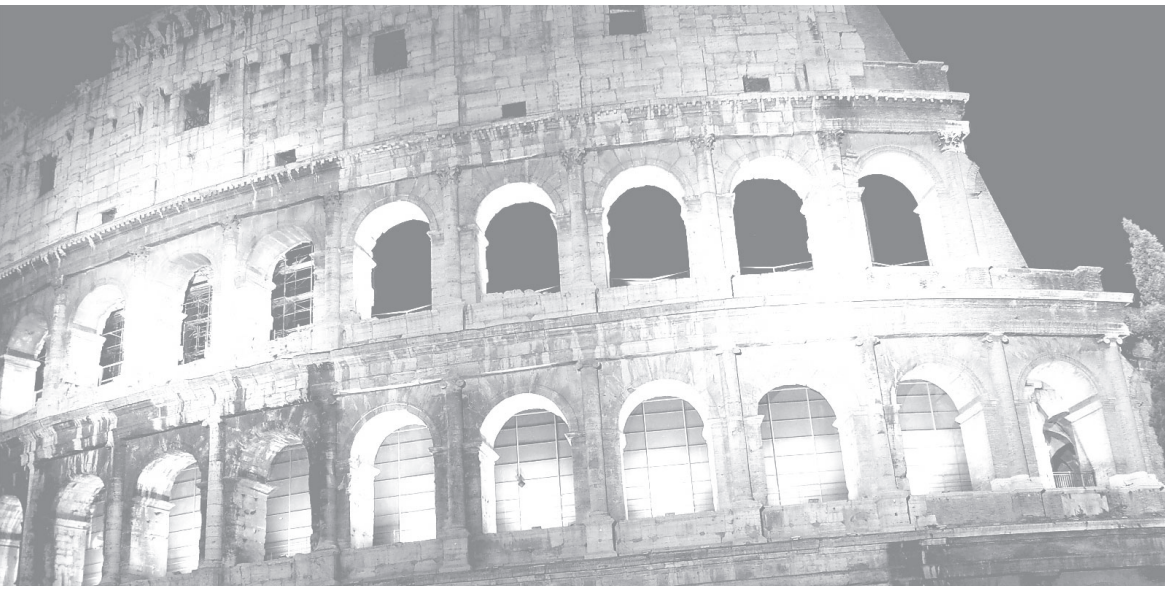
Carlos Valder do Nascimento

POR UMA TEORIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2ª Edição

Editora da UESC

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

2ª 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

EDITORA FILIADA À

Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

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 Rawals 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 PROPORCIONALIDADE 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 Santos[2] 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 Calmon[3]. A presente obra como vanguardista, porque traz ao debate teórico-abstrato a investigação da (possível) cientificidade 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 Bauman[4], 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 complexo[5], 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 direito[6].

---

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 degração 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 contemporalizar 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 conhecimento[9], 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.

PREFÁCIO

A questão fulcral da presente obra põe-se diante do dilema da mudança. Então, ao revelar a sua face de prejudicialidade à implementação do direito justo, o processo, na sua vertente conservadora detona mecanismos que exigem sua adequação ao primado da constitucionalidade. Nesse sentido, impõe-se uma discussão dialética, convergindo tendências multidisciplinares de conformação pluralista, na persecução do compromisso com a ciência. E isso implica a convivência com outros pensamentos, no plano do debate civilizado.

Daí afirmar-se, amparado por amplo arsenal teórico consubstanciado ao longo desse estudo, que a decisão injusta é sempre inconstitucional. Não resta dúvida, que o valor justiça é superior ao valor segurança, razão da sua importância no contexto da ordem jurídica. Nesse ponto, a resposta do juiz deve-se ater, no plano conflitual "entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique"[1]. Só desse modo, o "Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do direito positivo para ser garantidor dos princípios de justiça"[2].

A ideia-força da Coisa Julgada Material, jungida pelo sopro divino do absoluto, vem de longe e os seus mentores não fazem outra coisa senão repetir um refrão

---

[1] PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 128.

[2] *Ibidem*, p. 129.

muitas vezes proclamado. Ressuscitam a velha fórmula do dar a cada um o que é seu: ao pobre, a pobreza; ao miserável, a miséria; e ao perdedor, a decisão iníqua. Fundada no senso comum teórico, essa doutrina reflete a visão estereotipada do saber haurido nos cursos de Direito.

A linearidade interpretativa do processo não convence nem se presta ao conteúdo do justo que é o fim último perseguido pelo Direito. Não toca aos espíritos mais nobres, em face de sua dimensão apequenada, e, sobretudo à míngua de imaginação, tenta acomodar situações fraudulentas sob o manto silencioso da intangibilidade, como forma de escamotear o verdadeiro sentido de justiça que deve guiar qualquer procedimento que tenha o homem como eixo central de suas preocupações.

Mesmo diante do dilema de que a sentença não alcança uma verdade, como posto por certa doutrina, não se pode olvidar que essa deve constituir o objetivo de sua permanente preocupação. Quando se fala em verdade, vem à mente a ideia de um conceito relativo, daí, o seu caráter mutável, que lhe empresta consistência em sua conformação no plano judicial.

É nesse plano de *mutabilidade* que a sentença tem sua inserção, refletindo de modo direto na estrutura da Coisa Julgada dela decorrente. Não há inconstitucionalidade perpétua, sem prazo. Se assim fosse, o mesmo poderia se dizer das leis, sempre que alguém as julgasse inconstitucionais. Tal objeção revela apenas o inconformismo de uma corrente de pensamento conservador que tem no dogmatismo sua única fonte de inspiração.

A interpretação dialética parte da premissa de que o novo não afasta o velho de modo radical, mas preserva o que nele contém de melhor, "e não só o conserva, mas também o transforma e eleva a um novo grau mais

alto"[3]. É induvidoso que, no plano da realidade material, opera-se o atrofiamento do obsoleto, dando abertura ao novo, que determina o desenvolvimento e a superação do velho pelo novo que é traço característico da vinculação de ambos no processo de desenvolvimento.

A Democracia configura o exercício da cidadania, e a segurança jurídica não é outra coisa senão o asseguramento das garantias constitucionais do cidadão. Fora disso, democracia e segurança não passam de velhos clichês que buscam justificar o arbítrio da corporação governamental, em nome da autoridade do Estado. Antes de falar nesse fraseado bonito como panaceia para todos os males, torna-se imperativo combater a hipocrisia.

Se o produto do processo que culminou com a sentença revela incompatibilidade com o ordenamento superior, não há como não rejeitá-la. O Direito não se nutre do simulacro, do arremedo de decisões alinhavadas, onde a única coisa que se leva em conta é seu trânsito em julgado. Isso é importante, mas não basta aos que têm sede de justiça, como no versículo bíblico, porque serão consolados.

À Coisa Julgada não se pode debitar essa natureza onipotente de que não se reveste. Trata-se de uma opção de cunho político, visando a delimitar o limite do tempo reservado à interposição de recursos acaso cabíveis. Desse modo, exerce papel operacional, no sentido de resolver uma questão prática, ditada pelos atos judiciais que não podem ficar eternamente pendentes de solução em detrimento dos sujeitos de direito.

Mesmo assimilável à reação, que qualquer tentativa de mudança provoca, não se pode deixar de saudar tais iniciativas, porque configuram medidas saneadoras e de caráter

[3] AFANASSIEV, V. G. **Fundamentos da Filosofia**. Moscovo: Progresso, 1982. p. 111.

inovador. Como instrumento de efetivação do direito, o processo há de se ater ao primado da moralidade, sem o que não cumpre sua missão social e, assim, deve ser permeável ao aperfeiçoamento dos seus contornos, a fim de que a prestação jurisdicional possa traduzir expressão de justiça.

Esse esforço, se empreendido na persecução de revisitação do tema, com a abertura de novos caminhos, visa estabelecer uma base para se corrigir possíveis erros impregnados nos atos jurisdicionais. Não é outra coisa senão uma tentativa de introduzir novos mecanismos de controle, a fim de dar cobro ao sentimento que prefere prestigiar a forma em detrimento da essência.

Para Bachelard, *apud* Elyana Barbosa, "a verdade cristaliza o conhecimento, e o conhecimento científico é suscetível de retificações permanentes"[4]. A história da ciência é recorrente, e tal revela sua natureza de descontinuidade em razão de sua estreita ligação com a cultura científica. E essa cultura é chave para os elementos de compreensão dos múltiplos obstáculos que atravancam o progresso científico. É o que um dos seus seguidores, Althusser, com pertinência a essa descontinuidade, chamou de *corte epistemológico*[5].

O estudo que se desenvolve em torno da *relativização da coisa julgada* implica nova concepção do processo no seu perpassar histórico, permitindo o surgimento de um novo espírito científico. A teoria pura do Direito, como de resto as filosofias tradicionais, inclusive, o racionalismo, não basta para explicar o Direito. Na verdade, "a ciência reclama uma polifilosofia, uma filosofia que associe, de modo dialético, o realismo e o racionalismo"[6].

---

4 BARBOSA, Elyana. **Gaston Bachelard**: o arauto da Pós-modernidade. Salvador: Edufba, 1996. p. 113.

5 ALTHUSSER, L. **Pour Marx**. Paris: Maspero, 1975.

6 BARBOSA,1996, p. 120.

Este texto versando sobre a *Coisa Julgada Inconstitucional*, não busca absolutizar coisa nenhuma, muito menos de conceber teorias *sustentadoras de decisões corretas*, porquanto não é sob esse ângulo que a matéria está sendo estudada. O que está em jogo, isto sim, é a viabilidade, em havendo equívocos intoleráveis, pelos quais possam os processos teratológicos ser devidamente revistos.

O termo *justiça* pode ser tomado, na acepção de Aristóteles, como forma e prática efetiva da excelência moral perfeita[7]. O justo é o proporcional, por isso é que o juiz dirime as disputas e "ir ao juiz é ir à justiça", porque se quer que o juiz seja como se fosse à justiça viva; e as "pessoas procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa eqüidistante e elas obtêm o que é justo"[8].

Não é preciso ir além, tarefa das mais ingentes é definir o que é justo ou injusto e sobremodo o que é justiça. O que importa, como disse o filósofo, é que os intelectuais comprometidos com a justiça, com ela se identifiquem e lutem diuturnamente por ela. Essa deverá ser sempre a postura do jurista moderno atento às transformações qualitativas, que devem ser operadas no processo em favor da sociedade. Pouco interessa repisar procedimentos anacrônicos, burocratizantes reprodutores de fórmulas esotéricas que recheiam tratados de rica processualística, onde sobra erudição e falta criatividade.

Itabuna, Bahia, 2004.
Carlos Valder do Nascimento
carlosvalder@bol.com.br

---

7 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001.

8 *Ibidem*, p. 98.

INTRODUÇÃO

São escassos os trabalhos que versam sobre os atos jurisdicionais praticados em desconformidade com a Constituição Federal. Tema não suficientemente explorado, em face do caráter de intangibilidade dispensada à Coisa Julgada, evidenciada nos diversos estudos doutrinários levados a termo nesse sentido. Essa tese, ao atribuir o caráter de imutabilidade às decisões judiciais, evidencia a sua inadequação ao princípio da constitucionalidade.

Os que se opõem à marcha evolutiva das regras adjetivas são os mesmos que condenam o atraso da prestação judicial, sem, entretanto, envidar qualquer esforço no sentido de contribuir para a superação dos obstáculos que se antepõem ao direito vindicado. De nada adianta falar em reforma do Judiciário, quando vozes se levantam contra qualquer proposta de modificação pontual dirigida para a remoção dos entraves eternizadores de demandas, ao transformar o processo, não raras vezes, num instrumento de discussões bizantinas.

É objetivo de este estudo trazer uma contribuição ao debate acerca da Coisa Julgada Inconstitucional, na tentativa de oferecer subsídios para a formulação doutrinária mais consistente a respeito da matéria. Para tanto, recorre-se aos elementos já disponíveis, que se vinculam diretamente ao assunto, especialmente, como reforço ao ponto de vista a ser desenvolvido ao longo da explanação da tese, que propõe estabelecer seus fundamentos.

Apesar do pensamento contrário que viceja no círculo da teoria do processo, a ideia que gira ao derredor da questão revela a presença de uma nova concepção, que busca demonstrar a relatividade da coisa julgada

sem, contudo, desbordar para o campo da sua simples eliminação. Longe de preconizar uma ruptura abrupta da sistemática adotada, a contribuição é no sentido do aprimoramento do instituto, em razão de sua indiscutível relevância como elemento de estabilização social.

Esses aspectos novos, racionais e justos, justificam o renovado interesse da discussão que se trava no campo doutrinário na formulação do conceito, visando à reconstrução dogmática da *res judicata*. A consciência, que se esboça, à luz do pensamento crítico, converge para fixar o alicerce onde se edifica o marco de sustentação da tese que ora se tenta tracejar com a concepção teórica dentro de sua tessitura jurídico-processual.

Essa iniciativa, com o propósito de propiciar o debate e dele recolher sugestão apta a servir de subsídio para o equacionamento dessa problemática, somente pode render dividendos positivos, se, efetivamente, contar com o apoio e a crença de que a sua implementação constitui elemento de vanguarda na reformulação da prática processual que, via de regra, contribui para perenizar injustiças, com a insólita negação do direito material.

Dentro dessa perspectiva, impõe-se o exame da Coisa Julgada no âmbito normativo e com supedâneo na jurisprudência e na doutrina, sem de resto olvidar o caráter inconciliatório da sentença desconforme com a Constituição, que lhe acarreta o timbre da inconstitucionalidade. Nesse ponto, considera-se válido estabelecer o cotejo entre os valores *segurança* e *justiça* no campo da aplicação do Direito, a fim de aferir a importância de cada um para a efetividade do processo.

Daí o enfoque sob a perspectiva pós-moderna da legitimação normativa, em que se desenvolve este estudo, para fixação do valor justiça numa dimensão filosófica. Nessa linha, o controle dos atos do poder público mereceu igual apreciação, tendo como parâmetro o Estado-legislador, o Estado-executor e o Estado-juiz, a fim de determinar a responsabilidade de cada um no contexto da Federação.

Os pressupostos, constitucional e processual, da Coisa Julgada foram, também, objeto de exame, notadamente pelo aspecto da sua relativização. Não ficou sem resposta a indagação da doutrina preocupada com a quebra da segurança jurídica. Como contraponto a esse pensamento não alinhado com o movimento da vanguarda, fez-se incursão sobre o conhecimento, a verdade e a sentença, a fim de afastar a iniquidade como paradigma do processo que, em essência, caracteriza a doutrina da negação do Direito.

Outro aspecto diz respeito aos conceitos rígidos que vêm cedendo à principiologia, como solução dos conflitos em toda parte, ao serem equacionados no âmbito da "ponderação" entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Sobressaem, como aplicáveis à espécie, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De um lado, tentou-se estabelecer uma teoria da *Coisa Julgada Inconstitucional*, reunindo algumas ideias fundamentais dos que pensam nessa direção. Nela se contém a concepção formulada por Pontes de Miranda, Paulo Otero, Paulo Roberto de O. Lima, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado, Ivo Dantas e Araken de Assis, oferecendo uma contribuição para a consolidação dessa doutrina.

Por outro lado, foram examinados os fundamentos de validade da decisão judicial, tendo como pano de fundo o direito na sua acepção de fenômeno jurídico pleno. Nesse particular aspecto, percebe-se que o Direito somente se faz colocando-se a serviço do real, do cotidiano, do humano, a compartilhar da dinâmica social. E que apenas constitui uma partícula do todo que conforma os sistemas sociais, de onde deve brotar o processo decisório derivado das sentenças prolatadas pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, pugna, embora, não admitir o juiz neutro, pela decisão judicial justa, portanto, de acordo com os ditames constitucionais. Que reúna em seu conteúdo, além do conhecimento da Teoria Geral do Direito,

a capacidade de percepção da realidade, compatibilizando-o com os elementos constitutivos do caso concreto examinado.

A ideia gira em torno do factível, do aceitável, do razoável, na análise das situações postas sob o crivo do Judiciário. O estudo não se permite alinhar com a tese de que o imoral, o iníquo, o injusto, a fraude e a inconstitucionalidade tenham seu trânsito em julgado, para chancelar uma sentença constituída, em seu âmago, com qualquer desses elementos, a pretexto, de, dando fim à controvérsia, instaurar-se o regime de pacificação.

Exclui de logo o pensamento de que a sentença que incorpora o tecido da inconstitucionalidade seja inexistente, porque de inexistência não se trata, de fato, a sentença, que configura como ato material, existe no plano jurisdicional, mas não produz efeitos jurídicos. Trata-se, portanto, de nulidade, visto que o ato foi praticado em transgressão à regra constitucional, não permitindo sua materialização no plano objetivo revelando, assim, seu caráter de invalidade.

Conclui, no respeitante aos instrumentos de controle da decisão inconstitucional, sobre a adequação da *querela nulitatis* ao Direito Positivo, sem observância do lapso temporal. Com ações autônomas, admite seja lançada mão da declaratória de nulidade absoluta da sentença e dos embargos à execução. Esse arsenal permitirá o enfrentamento da Coisa Julgada Inconstitucional e o restabelecimento da segurança jurídica como elemento basilar do Estado Democrático de Direito.

O mito da intangibilidade da Coisa Julgada e a ausência de um instrumento para enfrentá-la, uma vez caracterizada a sua nulidade, decorrente de sentença inconstitucional, possibilitaram o desenvolvimento de alguns trabalhos, aventando a possibilidade de se recorrer a uma ação autônoma de impugnação da *res judicata* construída em desacordo com os comandos constitucionais. O propósito deste estudo é viabilizar essa assertiva jurídica.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

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

1 Coisa Julgada Inconstitucional

1.1 Noção

A fraude perpetrada por atos judiciais no curso do processo caracteriza inovação de cunho dissimulado, levada a cabo com o propósito deliberado de alterar a decisão final de uma demanda, dando margem a que uma das partes leve proveito com a inversão do seu resultado. Exsurge o entendimento de que ela constitui ato de manifesta má-fé, praticado com a firme intenção de causar lesividade, em razão do seu conteúdo fraudulento que encerra o falseamento da verdade.

A sentença dada de modo fraudulento carrega em seu bojo o sentido do equívoco impregnado de malícia. É potencialmente ilícita, portanto, lesiva ao direito justo que cabe ao Estado. Afigura-se "o engano oculto para furtar-se o fraudulento ao cumprimento do que é de sua obrigação ou para logro de terceiros"[1]. Nesse exemplo, a fraude sentencial constitui ato lesivo ao interesse coletivo, praticado com a intenção de furtar-se o beneficiário do dever a que estava sujeito.

O juízo de admissibilidade da sentença, no plano da sua inconstitucionalidade, não opera, tomando-se como parâmetro apenas o aspecto dogmático. Exige, antes de tudo, a compreensão do fenômeno jurídico e, a partir daí, a sua compatibilização com as situações que demarcam a concretude dos casos examinados. De modo que cada um deve ser objeto de análise, dentro do processo hermenêutico constitucional, levando em

[1] DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. **Vocabulário Jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 370.

conta a ponderação de valores instrumentalizada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Então, o que se pretende com a presente tese não é outra coisa a não ser prestigiar princípios fundamentais, verdadeiros pilares da ordem jurídica democrática, como a moralidade e a igualdade, que fazem valer a supremacia constitucional. Por essa razão, o Direito tem de prestigiar a dignidade humana, não podendo, assim, se resumir, exclusivamente, ao texto legislativo aprisionado no isolamento do seu conteúdo normativo.

Por conseguinte, a função instrumental do Direito deve ser direcionada, visando a uma ordem justa que tenha como meta, na correta observação de Jeannette Antonios Maman[2], o aperfeiçoamento da existência humana no mundo, quer no plano material quer no espiritual e, assim,

> [...] contribua para que a vida no mundo possa afirmar-se e tornar-se, como dever-ser, aquilo que é. O dever ser visa a restaurar ou manter os entes em seu ser. Falar em direito é falar em vida, que é liberdade, nunca opressão. A ordem está em tudo, é abrangente, inelutável. Mas é também a liberdade que nos possui, uma vez que só no projeto existencial social encontra-se a abertura para a liberdade do ser. Numa ordem que é natural-existencial são realizáveis os projetos individuais.

Nesse sentido é que podemos dizer que o Direito está mergulhado nas condições existenciais, na produção

[2] MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do Direito**. Crítica do pensamento jurídico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 77-78.

da vida material e espiritual, na situação em que o homem pode atuar sobre e com a natureza para subsistir. O Direito não é somente fenômeno normativo, isolado, abstrato, arrancado de vida, mas é ele mesmo, enquanto convivência humana, coexistência, compreensão compartida.

Comentando o procedimento de revisão dos precatórios, debaixo da legislação que disciplina, Cássio Scarpinella Bueno faz expressa menção à tese de Coisa Julgada Inconstitucional. Para ele, segundo sua definição,

> deve ser entendida a impossibilidade de determinadas decisões, porque fortemente ofensivas a princípios e valores do sistema constitucional brasileiro, tornarem-se, por uma ficção jurídica (a coisa julgada), imutáveis[3].

Mais adiante, ainda abordando sobre o mesmo tema, o referido autor oferece sua interpretação a respeito:

> A questão é interessantíssima e tem ensejado acesa polêmica. Principalmente porque os valores que a corrente defensora da 'coisa julgada inconstitucional' pretende proteger contrapõem-se a outros, igualmente prestigiados pelo sistema processual civil, como, por exemplo, o princípio da segurança pública (grifo do autor)[4].

---

[3] BUENO, Cássio Scarpinelli. **O Poder Público em juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a, p. 258.

[4] *Ibidem,* p. 258-259.

1.2 Sentenças Incompatíveis com a Constituição: Exemplos

A Constituição Federal abre um leque de situações que, descritas em seu texto, podem ser tomadas para explicar, com exemplos a elas vinculados, as sentenças insuscetíveis de ganhar foro de definitividade. Todos eles, porque impossibilitados de transitar em julgado, em razão do vício da inconstitucionalidade, acolhem iniciativas visando a sua desconstituição sem observância de prazo. Pode ser assim arrolada no plano de ofensa aos preceitos constitucionais, especialmente, aos princípios da isonomia e da moralidade a decisão judicial que:

- negue agasalho ao princípio da garantia judicial efetivo, assentado no art. 5º, XXV, do texto constitucional;
- atente contra a dignidade humana, um dos princípios de maior densidade inscrito em regra de Direito Público constitucional (art. 1º, III, da Constituição Federal);
- admita o trabalho escravo ou que permita a degradação do homem como objeto de tortura, situações que a ordem jurídica não pode tolerar, sob qualquer pretexto;
- desrespeite o voto universal e secreto como instrumento do processo eleitoral, destinado ao preenchimento de cargos eletivos nos níveis municipal, estadual ou federal;
- reconheça como legítimo qualquer projeto de lei tendente a abolir o sistema federativo ou o regime republicano de governo;
- permita o casamento de pessoas do mesmo sexo;
- homologue a realização de trabalho sem a contrapartida remuneratória, caracterizado de gratuidade de que fala a Constituição;

- admita que o empréstimo compulsório possa ser instituído por Medida Provisória;
- transfira à União a competência para instituir e cobrar o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana;
- conceda aumento salarial aos servidores públicos;
- determine o preenchimento de cargos públicos efetivos sem a realização de concursos públicos;
- tenha como correto lançar-se mão de lei ordinária para disciplinar matéria relativa às limitações constitucionais ao poder de tributar;
- conclua pela procedência de Emenda Constitucional, visando abolir os direitos e garantias individuais;
- prive a liberdade do cidadão ou de seus bens, sem a observância do devido processo legal;
- impeça o Presidente da República de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
- permita ao município instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas;
- permita aos entes autônomos da Federação a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei, que os instituiu ou aumentou;
- não reconheça aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Como se viu, são férteis os elementos fornecidos pelo ordenamento jurídico-constitucional, que se presta a compor o universo de conformação das denominadas sentenças injustas. À evidência, as hipóteses aqui enumeradas não esgotam as situações passíveis de se enquadrar no contexto demarcado pelo presente estudo. Podem, no exercício da prática diária judicialista, surgir outras a exigir solução mais consentânea com o direito emancipatório por parte dos juízes comprometidos com a justiça social.

2 Insubstancialidade da Coisa Julgada

Não há de se perquirir, na Coisa Julgada, um conteúdo de caráter substancial, porquanto, nela não se contém elemento de fundo, como a sentença que põe, no seu bojo, elementos substantivos e adjetivos, visando à persecução da ordem jurídica. Patente, seu conteúdo operacional que tem como meta pôr em evidência uma situação jurídica no plano Judiciário, a fim de que esse entregue a prestação jurisdicional perseguida pelas partes no processo. Revela, por esse ângulo, uma intenção de convencer sobre se é certo ou não o direito vindicado, consoante Willis Santiago Guerra Filho. Há até quem negue, como Giuseppe Chiovenda, a importância do referido instituto.

Nesse sentido, tem-se a posição de Willis Santiago Guerra Filho:

> A coisa julgada, portanto, não possui um conteúdo substancial, ao contrário da sentença, resultado do ato de prestação da tutela jurisdicional, enquanto decisão que põe fim ao processo, acatando ou rejeitando o pedido. A sentença representa não só o ato em que direito material e processual se fundem em uma unidade, para alcançar o objetivo de todo o ordenamento, mas, também, por isso mesmo, é expressão do momento

> em que se opera a passagem do direito de um plano valorativo e potencial, o do *Sollen*, para aquele dos fatos, o *Sein*, a fim de resolver os problemas jurídicos tal como eles se dão na realidade, distinto de como são prefigurados ideal e abstratamente nas normas jurídicas. Nesse contexto, a coisa julgada aparece como artifício ou mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica, exercendo assim um papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção, pois evita o confronto dos indivíduos entre si e com o próprio ordenamento, ao tornar incontrovertido, em princípio, o resultado da função cognitiva do processo, que leva à atuação do direito em um caso concreto. Trata-se, portanto, de um conceito operativo, indissociável daquele outro a que se reporta, o de sentença[5].

Assim, constitui grave erro de percepção dizer que a Coisa Julgada configura "uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica", "na jurisdição de conhecimento", "bem como a tutela jurisdicional efetiva"[6], visto que isso já é assegurado pelo ato jurisdicional

---

[5] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**: aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

[6] GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em relação à Coisa Julgada Anterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.) **Problemas de processo judicial tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, v. 5, p. 193-207.

que consubstancia comando normativo, e assim fluir a vontade estatal. De resto, como a publicação da sentença e o trânsito em julgado, são providências que apenas realçam a existência do decisório, para estabelecer os limites de realidade, que caracterizam procedimentos estritamente formais.

O direito emancipatório não pode nem deve se cingir às fórmulas aprisionadas no campo inatingível do formalismo burocratizante, ditado pelas teorias positivistas. A dignidade, a liberdade e, sobretudo, a vida do homem está acima desses propósitos que, mesmo sem observância da equidade, põe a todos na vala comum da indiscutibilidade da sentença, sob a hipocrisia da badalada segurança jurídica, inalcançável por simples mortais, a despeito de que contribui para a participação social.

As contradições que povoam o mundo moderno, especialmente os países em desenvolvimento, tendo a fome como elemento determinante e a exclusão social como fato consumado, não permitem a estabilização social. Decorrente disso, não é, positivamente, a Coisa Julgada que vai permitir seja a segurança jurídica uma panaceia para todos os males que afligem a sociedade. Essa abordagem pretende impor uma ideologia que não consegue dar resposta à questão da sentença inconstitucional.

Bem realça esse ponto de vista a lúcida observação do eminente processualista Alexandre Freitas Câmara:

> O direito processual moderno é um sistema orientado à construção de resultados justos. A ideologia do processualista contemporâneo, conhecida como *processo civil de resultados*, leva à necessária revisão de diversos conceitos que pareciam firmemente estabelecidos no panteão dos dogmas jurídicos. Isto se dá porque não é aceitável que, em um momento histórico como o atual,

> em que tanto se luta por justiça, possamos abrir mão dela em nome de uma segurança que não dá paz de espírito ao julgador nem tranqüilidade à sociedade. É preciso, pois, relativizar a coisa julgada material, como forma de se manifestar crença na possibilidade de se criar um mundo mais justo[7].

Não resta dúvida estar-se diante de uma solução paliativa que se apoia de modo confortável em referencial normativista, como solução ideal para quem limita o raciocínio sem qualquer preocupação científica, consoante assevera Cristiane Szynwelski:

> [...] ou seja, a mediocridade é útil à manutenção de um certo nível de estabilidade social. Porém, não é isso que é esperado de um jurista, ainda que, ou melhor, principalmente se orientado à prática jurídica. É justamente desse que se espera coragem e gênio criativo, pois é ali que se opera a justiça[8].

---

[7] CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Coisa Julgada inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: ago. 2004.

[8] SZYNWELSKI, Cristiane. Teoria Geral do Direito e o fato jurídico processual: uma proposta preliminar: artigo científico. **Jus Navigandi**, [s.l.], 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: ago. 2004.

3 Relativização da Coisa Julgada

3.1 Pressupostos Revisionais da Coisa Julgada

Acolhendo a tese da relativização[9] da *res judicata*, Jorge Miranda, *apud* Rui Medeiros, assevera que, como qualquer outro princípio constitucional, a intangibilidade da Coisa Julgada não configura um princípio absoluto, devendo assim:

> [...] ser conjugado com outros e podendo sofrer restrições. Ele tem de ser apercebido no contexto global da Constituição. É por isso, aliás, que, para assegurar soluções flexíveis, não é preciso contestar a existência de um princípio constitucional de intangibilidade dos casos julgados ou recusar estendê-lo aos casos julgados favoráveis ao estado, bastando tão somente reconhecer a sua relatividade[10].

---

9 MEDEIROS, Rui. **A decisão da inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999a, p. 610-611.

10 Em coerência com a relatividade do princípio constitucional implícito pelo respeito aos casos julgados em geral, deve recusar-se caráter absoluto à proteção específica dos casos julgados, em face da declaração da inconstitucionalidade consagrada na primeira parte do n.º 3, do art. 282, da Constituição (portuguesa). Não teria sentido que o princípio relativo da intangibilidade dos casos julgados se transfigurasse e se absolutizasse, quando confrontado com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma erradamente aplicada por sentença firme. O reconhecimento do caráter relativo da ressalva dos casos julgados enunciados na primeira parte do n.º 3, do art. 282, da Constituição, é também coerente com o princípio da subordinação dos actos dos tribunais à Constituição (art. 30 da Constituição) e com a verificação de que, num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta também o não são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a ideia de um Direito Justo (MEDEIROS, 1999a, p. 611-612).

O manejo da rescisória, com vistas ao enfrentamento da Coisa Julgada Inconstitucional, não transparece ser a melhor solução para o caso. Uma, porque seu alcance não permite colher o efeito desejado, diante das hipóteses possíveis de sua utilização. Duas, porque encontraria obstáculo intransponível no plano do direito material, pelo fenômeno da preclusão ou, como na terminologia do processo, da decadência.

Ultrapassa a possibilidade de se recorrer à rescisória ou a determinadas situações, tem-se por exequível lançar-se mão do ajuizamento de uma ação autônoma, tendo como causa de pedir a desconstituição da Coisa Julgada Inconstitucional. Razoável supor que a postulação devesse ser instruída, tendo como parâmetro princípios aplicáveis à espécie, como, por exemplo, o da razoabilidade e da proporcionalidade.

Redunda como factível pensar-se que a decisão, baseada no estrito ponto de vista legal, não se afigura sempre como a solução mais adequada ao desate da controvérsia judicial. Decorrente disso, grande destaque vem sendo dado aos princípios, com o objetivo de se estabelecer o necessário equilíbrio entre segurança e justiça.

3.2 Combinação de Elementos supre o Princípio da Legalidade

Por esse prisma, fica, como salientado por Teresa Arruda Alvim Wambier e Jorge Miguel Garcia Medina[11], superada a noção de legalidade, como indicativa de que o magistrado deve se ater exclusivamente ao texto

[11] WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, Jorge Miguel Garcia. **O dogma da Coisa Julgada**: hipótese de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174-175.

de lei. Nesse caso, toma como base a solução normativa, para a consecução do processo decisório, estribado na lei, jurisprudência, doutrina e princípios. Com a combinação desses elementos, tem-se atendido ao princípio da legalidade e, assim, propiciado a justeza das decisões.

A Constituição vai buscar para a sua salvaguarda uma situação objeto do processo decisório, afastando, destarte, do alcance do legislador, que poderia desfigurar seu conteúdo concretizado no plano jurisdicional, pelo seu trânsito em julgado. Isso, todavia, como ressaltam os autores antes referidos, não configura

> proteção ao instituto da coisa julgada (em tese), de molde a torná-la inatingível, mas de resguardo de situação em que se operou a coisa julgada, da aplicabilidade de lei superveniente[12].

É indiscutível que a Coisa Julgada guarda relação de pertinência do princípio da irretroatividade da lei, constituindo, por assim dizer, um de seus elementos. De modo que a Constituição procura colocar a Coisa Julgada fora do alcance de nova regra jurídica, com o objetivo de preservar a integridade do que fora decidido e tenha sido transitado em julgado. Essa é a percepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima, consoante observam Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao sintetizarem o raciocínio daquele:

> Fala-se em proteção constitucional da coisa julgada. Mas é importante observar-se que a Constituição Federal protege da incidência da nova lei sobre a decisão que se tenha baseado em lei anterior e que, sob a

[12] WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 170-171.

> égide desta, tenha transitado em julgado. Por isso é que se pode dizer que a proteção à coisa julgada é uma das facetas do princípio da irretroatividade da lei.
>
> Essa proteção não significa que a lei ordinária não possa alterar o regime da coisa julgada, como na ação popular, e mesmo estabelecer que, em determinadas hipóteses como na ação de alimentos ou num processo cautelar, a coisa julgada não ocorre[13].

É razoável supor que a decisão judicial não deve causar prejuízo a outrem, assim sua revisão se impõe sempre que possa concorrer para a consumação de uma injustiça. É intolerável que a manifestação dos entes estatais, de carga lesiva, não possa ser revertida, mesmo em situação excepcional, sob a desculpa do seu caráter de absolutividade. A esse respeito, oportuna é a advertência de João Aveiro Pereira:

> Em relação à actividade jurisdicional do Estado, tratando-se precisamente de uma função regida por normas de ordem pública e exercida em nome do povo, por profissionais com formação adequada, é particularmente sensível o seu caráter interventor no reconhecimento de direitos e na imposição de deveres, assim como na resolução de conflitos intersubjetivos. Deste modo, não faz sentido, nem é tolerável, que os actos de manifestação desse poder regulador e pacificador criem injustiças lesivas do patrimônio material ou moral das pessoas[14].

---

13 *Ibidem*, p. 171.

14 PEREIRA, João Aveiro. **A responsabilidade civil por actos jurisdicionais**. Lisboa: Coimbra, 2001, p. 109-110.

Para Gérman J. Bidart Campos, a ação de revisão da Coisa Julgada subsiste mesmo não existindo regulamentação adjetiva que autorize ou ordene o seu procedimento. Defende que a sentença deve ser ontologicamente verdadeira, deve chegar à verdade, como exige a Constituição. Ao analisar a raiz da ação de nulidade da *res judicata* nula ou írrita assevera que:

> *Seria ritualismo fatuo, exceso procesal manifiesto, vicio instrumental y negatorio del derecho fondal sobre todo constitucional apegarse y aferrarse a la formalidad vacía de la autoridad de la cosa juzgada viciada de nulidade*[15].

E acrescenta em tom desafiador:

> *Destronar a la cosa juzgada nula o írrita, es una delas batallas constitucionales y procesales más elocuentes y necesarias para dar prioridad a la verdad objetiva y, con ella a la justicia cuyo afianzamiento ordena imperativamente el Preámbulo.*
>
> *Si la sentencia con apariencia de cosa juzgada ha estado viciada de nulidad, la duda se debe dispar, tumbando la cosa juzgada. Será el rescate de la justicia*[16].

Sintetizando a ideia de Gérman Bidart, Juan Carlos Hitters[17] aduz que o referido jurista tolera a ação autônoma de impugnação da Coisa Julgada, mesmo que

---

15 BIDART CAMPOS, Germán J. ¿**Hey in orden Jeráquico en los Derechos**? Buenos Aires: Derecho, [20--?], t. 16, p. 801.

16 BIDART CAMPOS, [20--?], p. 801.

17 HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. 2. ed. La Plata: Libreria Editora Platense, 2001, p. 285.

não haja texto que a autorize e as providências deixem de ser mutáveis: a) quando estão afetadas por nulidades absolutas; b) em casos de fraudes; e c) quando afetam direitos de terceiros. Conquanto não decline sobre as nulidades propriamente ditas, acredita-se que o autor se refere a certos vícios formais que devem ser enfrentados por incidente ou por recurso de nulidade.

No mesmo sentido, Rodolfo Rivas Errasu escreve:

> *En algunas hipótesis de extrema gravedad la cosa juzgada es impugnable, ya que en nuestro ordenamiento institucional una norma evidentemente superior a la que aplica la ley al caso concreto, a sea a la sentencia, es precisamente la norma constitucional que establece la garantía del debido proceso como lo exigen las gatoria la existencia del debido proceso legal*[18].

3.3 Objeção à Revisão da Coisa Julgada

Essa objeção ao reestudo da Coisa Julgada decorre de manifesto equívoco dos que pensam privilegiar a *segurança jurídica injusta* como forma de encontrar, na análise do caso concreto, qualquer que seja a solução para pôr fim à demanda. Sucede que, assim agindo em detrimento da Justiça, tal comportamento pode levar à construção artificiosa desse instituto, a ponto de elevá-lo ao patamar da imutabilidade, mesmo que advindo de sentença inconstitucional.

O que importa na conformação do processo é a segurança jurídica justa, que coloca na decisão judicial

[18] ERRASU, Rodolfo Rivas. Reflexiones sobre la impugnabilidad de la cosa juzgada. **Revista de Estudios Procesales**, Rosario, n. 24, jun.1975, p. 25.

uma forte pitada de legitimidade, porquanto o Direito faz-se para a justiça, conforme afiança Carmem Lúcia Antunes Rocha:

> o processo é apenas um instrumento democrático para que o Direito justo se concretize e ofereça ao homem uma razão de conviver com dignidade e segurança[19].

> Somente a principiologia democrática faz realizável a segurança jurídica, que é o princípio mantenedor do próprio Estado, sendo o da Justiça o princípio maior, justificador da própria existência do Estado. Por isso mesmo, somente o processo democrático pode estabelecer uma relação jurídica equilibrada de respeito aos direitos e ao homem como seu titular. A segurança jurídica pode ser considerada como a certeza do indivíduo na correta aplicação dos valores e princípios de justiça absorvidos pelo sistema de direito adotado em determinada sociedade[20].

Trilhando, nesse aspecto, a mesma linha do pensamento doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça vem tomando decisões firmes com vistas a garantir que o processo atenda aos fins sociais a que se propõe. Decisão relatada nesse sentido confirma isso:

---

[19] ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul.-set. 1997, p. 221.

[20] ROCHA, 1997, p. 191.

> 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[21].

O que interessa, portanto, em qualquer circunstância, é que o processo faça Justiça.

4 Natureza Jurídica da Revisão da Coisa Julgada

Sem necessidade de aprofundar a discussão ao derredor da natureza da revisão da Coisa Julgada, impõe dizer, à vista da sentença inconstitucional, sujeita à declaração de nulidade, que ela encerra relação jurídica de Direito Público. Essa declaração de inconstitucionalidade buscada no Judiciário tem, como consequência jurídica, uma decisão constitutiva negativa. Por essa perspectiva, o direito de revisão ou de impugnação tem por escopo garantir o restabelecimento da conformação dos atos jurisdicionais aos comandos constitucionais. É por esse motivo que Juan Hitters assevera, apoiado na posição de Hugo Rocco, que:

> *El denominado derecho a impugnar ell fallo, no es ostra cosa que la facultad comprendida en el derecho de acción x contradicción – de lograr ante un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior (y caos excepcionales ante el mismo juzgador que ha emitido la primera sentencia) un nuevo examen de una controversia que ha sido objeto de una litis precedente*[22].

[21] ROCHA, 1997, p. 191.

[22] HITTERS, ob. cit., p. 12.

A ideia que norteia o exame da natureza jurídica de revisão da Coisa Julgada restringe-se, exclusivamente, ao âmbito da sentença inconstitucional, perpassando também por esse crivo, as fraudulentas e manifestamente injustas. O objetivo é restabelecer o primado da Justiça, removendo-se os obstáculos que se antepõem à possibilidade efetiva de sua realização. Assim, devem ser corrigidos os vícios que a contaminam, utilizando-se dos meios processuais adequados à sua impugnação.

Nesse contexto, como se observa, surge impugnação como pressuposto basilar para o enfrentamento das sentenças impregnadas de vícios substanciais. Configura, portanto, tal instituto,

> como uno medias de garantizar la regularidad de la producción normativa con respecto justamente a uno de los preceptos individuales creados por los órganos jurisdiccionales[23].

A relação jurídica decorrente da ação autônoma de impugnação (declaratória) tem sua extinção decretada, com a entrega da prestação jurisdicional. No caso vertente, não cuida de instância recursal, não podendo se lhe aplicar os mesmos efeitos dos recursos, conforme leciona Pontes de Miranda[24]. De sorte que, nesse campo, a rediscussão não envolve pretensão de direito material, mas a essência da sentença que redundou na prestação satisfeita no plano jurisdicional.

---

[23] HITTERS, ob. cit., p. 12.

[24] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997., t. V, p. 539.

O objetivo primordial da sentença é desconstituir ou desfazer a sentença inquinada como inconstitucional, possibilitando seu corte pela raiz, mediante declaração de nulidade. O efeito do desfazimento da Coisa Julgada "é dar de novo, isto é entregar, com outro conteúdo, no sentido próprio [...] a prometida prestação jurisdicional"[25]. Temos, assim, que a força sentencial é constitutiva negativa: "desfez o que era"[26].

A pretensão à desconstituição da Coisa Julgada Inconstitucional guarda estreita correlação com a ação de impugnação (declaratória de nulidade absoluta de sentença). Inexiste prazo preclusivo pela inobservância dos institutos da prescrição e da decadência. A causa de desfazimento da *res judicata* é a sentença incompatível com os valores e os princípios constitucionais, portanto, a que não produz efeitos em face de sua nulidade.

Resulta claro que a sentença nula não transita em julgado, pois, segundo Pontes de Miranda, ela "também não produz efeitos, porque o nulo não tem eficácia"[27]. E aduz que, mesmo a propósito do trânsito em julgado, "a nulidade persiste, e pode ser desconstituído o processo, ou parte dele, em que estela a sentença, ou só a própria sentença"[28]. Também, como se viu, não surtindo efeitos, a sentença nula, não há como possam esses ser destruídos, na visão, ainda, do festejado autor:

> a decisão sobre efeitos da sentença nula é que é declarativa, e isso leva os juristas, por vezes, a graves confusões:

[25] *Ibidem*, 1997, p. 540.

[26] *Ibidem*, p. 540.

[27] *Ibidem*, p. 610.

[28] *Ibidem*, p. 452.

como os efeitos não são, concluem que a sentença nula não é. Ora, a sentença é, mas é nula e, por ser nula, dela não se irradiam efeitos[29].

[29] *Ibidem*, p. 451.

CAPÍTULO II

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

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

1 Visão Pós-Moderna da Legitimação Normativa sob o Ângulo Filosófico

Se faz sentido, na perspectiva da epistemologia jurídica, centrar o Direito na seara das Ciências Sociais, sua inserção impõe-se de maneira imperativa no quadro da pós-modernidade, como superação inevitável da dogmática reducionista. É o que a ciência jurídica, na advertência de Roberto Wagner Lima Nogueira, quer sobrepor ao

> redescobrir o mundo filosófico, ético, sociológico entre outros, em busca de uma complexidade e uma prudência aristotélica perdida pela modernidade[1].

A expressão pós-moderno corresponde ao estágio da cultura pertinente ao fazer científico filosófico e artístico, cujos critérios foram afetados pelas transformações operadas no seio da sociedade no século passado. No período da modernidade, ganhou consistência o traço distintivo entre os domínios da cultura no plano da ciência, arte e filosofia. Essa delimitação do campo do pensamento implicou em dissociação da fé da verdade científica delimitada pelo projeto do Iluminismo que estabeleceu uma concepção filosófica da ciência, como valor em si mesma. Desde então:

> [...] a ciência é pensada e validada pela epistemologia, ou filosofia das ciências, que consiste no estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados, e visa a determinar os fundamentos lógicos, o

[1] NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Premissas para o Direito Tributário Atual**. 2003. Disponível em: <http://artigos-checkpoint.thomsonreuters.com.br/a/2d92/premissas-para-o-estudo-do-direito-tributario-atual-roberto-wagner-lima-nogueira>. Acesso em: 29 maio 2004.

> valor e o alcance objetivo do saber científico. A epistemologia estabelece, portanto, os critérios de verdade, também chamados critérios de pertinência, para um domínio do conhecimento diferente dela mesma, ou seja, para as ciências[2].

No campo da ciência pós-moderna, os enunciados flexíveis romperam as bitolas da ciência clássica para oporse ao determinismo e à rigidez dos conceitos tradicionais,

> representando o paradigma da certeza, da simplicidade. Esse modelo desenvolveu-se no âmbito das ciências naturais com base em regras metodológicas e princípios epistemológicos e perfeitamente definidos[3].

Isso possibilitou a relativização do discurso jurídico tradicional, abrindo caminho para o questionamento dos dogmas e das verdades absolutas na seara da Coisa Julgada.

1.1 A Lei como Referencial do Direito e o Papel Crítico da Ciência

Sendo certo admitir que o Direito tivesse a norma como referencial, seja no plano prático, seja no plano teórico, não menos verdade é o papel secundário que a mesma vem assumindo na contemporaneidade. Tanto mais porque a processualidade legitimante das decisões, consoante Rosemiro Pereira Leal,

---

[2] ENCICLOPÉDIA DE FILOSOFIA. Disponível em: <http://geocities.yahoo.com.br/m-crost07/pos-moderno.htm>. Acesso em: 30 maio 2004.

[3] SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. Ciência Pós-moderna. **A Razão**, [s.l.], p. 1, 24 abr.2004. Disponível em: <http://www.angelfire.com/sk//holgonsi>. Acesso em: 30 maio 2004.

> é, no direito democrático, provimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos[4].

Essa é a perspectiva para a qual Jürgen Habermas procura chamar a atenção dos pensadores pós-modernos, argumentando sobre a ausência do papel crítico da ciência, por seu exclusivo caráter de racionalidade instrumental. De sorte que "a compreensão técnica da ciência era positivista e, portanto, em última análise, ideológica"[5]. E, se assim se posicionavam os seus mentores, no plano dessa visão normativista, tornava evidente que ela negava o componente hermenêutico na ciência, conforme praticada.

Como consequência dessa percepção, conforme John Lechte, Habermas via a ciência e a nacionalidade, na era capitalista, sendo voltadas contra os seres humanos – empobrecendo suas vidas culturais e exacerbando formas patológicas em vez de ser utilizada para eles. A teoria crítica era necessária para combater essa forma negativa de ciência positivista e transformá-la em uma atividade emancipatória preocupada com a reforma política e social[6]. A ciência tem de estar a serviço do homem, sem o que não teria razão de existir.

---

4 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Judicial**. São Paulo: Landy, 2002, p. 101-102.

5 HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 209.

6 LECHTE, John. **Cinqüenta pensadores contemporâneos essenciais**: do estruturalismo à pós-modernidade. Rio de Janeiro: Ditel, 2002, p. 209-210.

Para Paulo Armínio Tavares Buechele, a Teoria Crítica desconsiderava a lei como fonte primeira do Direito, admitindo, por isso mesmo a decisão judicial contra *legem*. Tal admissibilidade poderia ocorrer "nos casos em que a norma jurídica mostrar-se notoriamente injusta, já que ao juiz cabe fundamentalmente fazer justiça no caso concreto"[7].

Para Luiz Fernando Coelho, *apud* Paulo Armínio Tavares Buechele, a Teoria Crítica volta-se para uma perspectiva humanista:

> A maior preocupação da teoria crítica é, pois com a educação jurídica, objetivando preencher uma lacuna, na medida em que almeja tornar o jurista apto a desempenhar com êxito seu papel de agente da transformação social, com a vantagem de que a assimilação teórica dos valores intersubjetivos que a nova ciência do direito propõe, tornará o jurista responsável, perante a humanidade e sua própria consciência, pela efetiva realização desses valores integrados numa ótica humanista[8].

Sem se afastar, também, dessa percepção que busca repensar o positivismo, adequando-o ao direito emancipatório, Luis Roberto Barroso estabelece, conceitualmente, o traço característico da teoria crítica, assentando que ela reúne

[7] BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 62-63.

[8] BUECHELE, 1999, p. 63-64.

> um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude[9].

E acrescenta o consagrado constitucionalista, ainda, sobre a Teoria Crítica:

> Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordene independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como conseqüência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos[10].

Eis o ponto de vista de Antônio Carlos Wolkmer:

> Por conseguinte, a intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de 'sujeito histórico'. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não--repressora e com o processo histórico por ele moldado. A Teoria Crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais,

---

9 BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13-14.

10 BARROSO, 2003, p. 13-14.

> mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. A Teoria Crítica provoca a autoconsciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas. Neste sentido, ideologicamente, a Teoria Crítica tem uma formalização positiva, na medida em que se torna processo adequado ao esclarecimento e à emancipação, indo ao encontro dos anseios, interesses e necessidades dos realmente oprimidos[11].

Para o positivista[12],

[11] WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 40, grifo do autor.

[12] O extremismo fetichista da aplicação da lei "a qualquer custo", no entanto, é o desaparecimento dos sujeitos humanos criadores do Direito que passam a ser somente "partes"; os interesses econômicos transformados em categorias jurídicas abstratas (GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a Lei. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de Alternativo II**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 21).

Na verdade, o próprio sistema tem aberturas explícitas para amparar os julgamentos contra lei no caso concreto, seja pelo chamamento dos princípios, seja pela simples recusa que prescinde até de fundamentação discursiva, como no caso do *apartheid* (GENRO, 1992, p. 22).

A experiência jurídica dos povos demonstra que, quanto mais apegado ao normativismo mecanicista e ao legalismo "puro", mais servil é o jurista ou o Juiz perante os poderosos e mais sobranceiro e enérgico ele é perante os pobres e socialmente fraco (GENRO, 1992, p. 27, grifo nosso).

> as decisões serão produzidas por um senso de justiça que lhes é comum pelo resultado de manter a ordem e a segurança jurídica, social, moral ou ética, sem se perguntarem sobre as origens teóricas processuais da ordem jurídica, social, moral ou ética que estão a preservar. [A Hermenêutica] tem como fundamentos de sua compreensão a teoria jurídica do processo em suas fases de construção, atuação e aplicação do direito, não podendo se perder de vista os elementos marcantes da complexa engrenagem social[13].

Ao estabelecer traço distintivo entre moralidade e legalidade, o Direito Contemporâneo exige para as normas uma justificação de ordem prática, conforme ponto de vista de Jürgen Habermas. Entretanto, ao fixar a vinculação entre ação e normas, "o Direito moderno remete por sua vez, à necessidade de uma moralidade fundada em princípios"[14]. Ainda, segundo o mesmo autor, somente quando

---

A ideologia do positivismo jurídico que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista torna-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada. Esse formalismo esconde as origens sociais e econômicas da estrutura de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando através das regras de controle o *status quo* dominante (WOLKMER, 1992., p. 29-30).

Parece claro, por conseguinte, que a estrutura normativista do moderno Direito positivo estatal é ineficaz e não atende mais ao universo complexo e dinâmico das atuais sociedades de massas que passam por novas formas de produção do capital, por profundas contradições sociais e por instabilidades continuadas que refletem crises de legitimidade e crises na produção e aplicação da justiça (WOLKMER, 1992, p. 31).

13 LEAL,R. P., ob. cit., p. 107-108, 122.

14 MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 39.

o direito emerge da vontade do povo é que pode ser considerado legítimo; como em suas palavras:

> a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação[15].

1.2 Escola Clássica do Positivismo Jurídico

Como Max Weber, Habermas acredita no Direito Positivo como o fio condutor da sociedade contemporânea, em face de sua eficiência e, sobretudo de sua previsibilidade, como adverte Patrícia Castro Mattos[16]. Não obstante, ela tece crítica à visão positivista de Weber que afasta o aspecto vinculado à fundamentação do Direito, em razão do seu entendimento que sua legitimidade é haurida da legalidade. Assim é

> porque Weber percebe unicamente a problemática da institucionalização dos aspectos racional-instrumentais, deixando de contemplar a institucionalização do momento prático-moral[17].

Para Max Weber, o ordenamento jurídico pode ter sua autonomia em xeque, em face da possibilidade de incorporar valores materiais à sua estrutura formal. Nessa perspectiva, sua legitimidade brota da legalidade do tipo

---

15 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 310.

16 MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 118.

17 MATTOS, 2002, p. 118.

racional moderno de dominação[18]. Portanto, uma lei é legítima, se estiver de acordo com os procedimentos preestabelecidos pelo ordenamento legal[19]. Sugere a trama desse raciocínio desenvolvido no estudo, do prestigiado autor alemão, que houve desprezo pelo elemento moral que constitui o fio condutor do direito em sua manifestação normativa.

Patrícia Castro Mattos assevera que, contrapondo-se a Weber e Habermas,

> Entende que a legalidade só é capaz de produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica institucionaliza procedimentos abertos a um discurso moral [...] Portanto, o direito constitui a forma de institucionalização da moralidade pós-tradicional alicerçada nas práticas democráticas [...] O direito, nessa acepção, retira sua legitimidade do fato de ser a forma institucionalizada de uma moral procedimental e autônoma, a qual não se restringe aos aspectos instrumentais do universo sistêmico[20].

O formalismo é que tem dado o tom na interpretação constitucional, esta haurida do juspositivismo, que preconiza a prevalência das formas,

> com prejuízo da finalidade perseguida pela norma, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir[21].

---

18 MATTOS, 2002, p. 119.

19 MATTOS, 2002, p. 119.

20 *Ibidem*, p. 119-120.

21 KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial**

Sua significação se reduz ao conteúdo veiculado no texto proveniente do Poder Legislativo, cujo modelo dominante vincula-se estritamente ao aspecto formal, relegando os princípios em segundo plano. Evidentemente, o moderno Estado Social requer sejam satisfeitas

> as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico[22].

Verifica-se, em razão disso, que o Direito não é produto exclusivo da lei, mesmo porque esta por si só não é capaz de dar respostas satisfatórias a inúmeras situações vivenciadas pela prática judiciária. Sendo assim, a lei sobressai-se, na advertência de Roberto Lyra Filho, como mero acidente no processo jurídico:

> A identificação entre Direito e lei pertence, aliás, ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis[23].

A análise do Direito, empreendida por Jürgen Habermas tem lastro na Teoria da Comunicação, mediante uso da

---

no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 71-72.

22 LYRA FILHO, Roberto. Direito e Lei. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993, p. 32.

23 Ibidem.

linguagem vivenciada no plano fático, que consubstancia a doutrina, nesse sentido, desenvolvida por ele. Base da justificação do procedimento normativo, sua inserção no contexto do agir comunicativo permeia sua consequente validade. Assim, é legitimada por esse processo de "formação da opinião e vontade, em que os membros de uma determinada sociedade gozem de igual participação"[24].

1.3 Crise da Teoria Constitucional e a Contribuição de John Rawals e Jürgen Habermas

Sem perder a perspectiva do universo burguês, a formulação teórica engendrada no estudo de Habermas, leva em conta o mundo da vida, com os seus desdobramentos econômicos e culturais. Nessa linha, para a superação da crise da teoria constitucional, a contribuição de John Rawls[25], tanto quanto a de Habermas, foi

[24] BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

[25] A Teoria da Justiça de John Rawls foi, certamente, o esforço mais significativo da teoria política contemporânea para superar as inconstâncias do direito natural, com suas cargas valorativas de difícil justificação numa sociedade pluralista e democrática, sem, no entanto, abrir mão da necessidade de estabelecer princípios de justiça que informem a organização e cooperação dos indivíduos em sociedade. Afasta-se, assim, tanto dos jusnaturalistas modernos, que desenvolvem suas teorias a partir de valores preconcebidos, como dos relativistas, que negam a possibilidade do estabelecimento de preceitos morais dotados de validade, assumindo uma postura puramente decisionista. Os adversários primordiais de Rawls são utilitaristas, que veem justificativas para decisões morais apenas no princípio da maximização da felicidade para o maior número. Essa alternativa é descartada por Rawls, para quem "cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, que nem mesmo o bem-estar da sociedade pode sobrepujar" (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 204).

determinante na persecução de novos paradigmas para a ética ou a moral, cuja dinâmica social vincula-se à relação integrativa das normas jurídicas.

Essa correlação entre validade e facticidade configura o fundamento teórico da doutrina habermasiana. Essa junção, no dizer de Ricardo Lobo Torres, é que possibilita

> aos atores sociais a escolha entre o caminho objetivo, socialmente delimitado, ou performativo, com as conseqüências da norma estabelecida processualmente[26].

Caminha-se para o redimensionamento dos fundamentos do paradigma da pós-modernidade, como acentua Margarida Maria Lacombe Camargo:

> Daí falarmos hoje em pós-modernidade e pós-positivismo, ao buscarmos a base de um novo paradigma. 'Pós', no sentido de que ambos se concentram, antes no reconhecimento das insuficiências do paradigma da modernidade, do que na sua completa imprestabilidade. Não se trata de um resgate puro e simples do paradigma da modernidade, nem tampouco da sua mera substituição. A idéia antes é aproveitar o que tal referência conquistou de positivo e redimensionar seus fundamentos (grifo do autor)[27].

---

[26] TORRES, Ricardo Lobo. O espaço público e os intérpretes da Constituição. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 92-110, 1997, p. 94.

[27] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica plural**: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 92.

Desse modo, o olhar para a Constituição, conformada dentro dos parâmetros da segurança jurídica e da justiça, procura restabelecer a legitimidade das decisões judiciais em sua estrutura comunicativa, salientada por Aulis Aarnio[28], ao dispensar maior vigor ao inter-relacionamento entre sistema jurídico e mundo da vida. Com essa iniciativa, afastaria a realização plena do direito, expurgando o arbítrio contido na lei reprodutora de uma vontade geral de duvidosa legitimidade.

Como se observa, a teoria alemã, formulada por Jürgen Habermas, consistente no agir comunicativo, ingressou no universo jurídico, reforçada por outros filósofos, cujo pensamento influenciou sobremodo seus estudos no âmbito da Teoria Constitucional. No bojo dessa contribuição, pairou forte a ideia de revigorar a teoria da justiça, com a possibilidade de novas discussões no plano da hermenêutica constitucional, apontando outros caminhos no campo das relações entre linguagem, discurso e direito. Ana Paula Costa Barbosa diz sobre isso:

> [...] as normas se justificam por meio do discurso ou do agir comunicativo claro e preciso que incide sobre o mundo da vida e sobre os indivíduos e que, por isso mesmo obtém validade [...] Só as leis jurídicas, que são capazes de encontrar, nesse procedimento discursivo, fundamentos para as suas normas, podem pretender validade[29].

---

[28] AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Contitucionales, 1991, p. 98.

[29] BARBOSA, A. P., ob. cit., p. 92-93.

Por esse ângulo, veja-se a ponderação de Juliana Neuenschwander Magalhães:

> O direito é, na verdade, ele mesmo um contexto comunicativo: o contexto em que, na sociedade, produz-se a diferença entre direito e não-direito. É claro que, na medida em que se apresenta na forma de textos, o direito adquire novas possibilidades evolutivas [...] Os textos cumprem a importante função de possibilitar um entrelaçamento entre a validade jurídica e os argumentos trazidos para as decisões jurídicas[30].

Sintetizando o pensamento de Habermas, na construção de sua teoria, em face do significado da Constituição, a referida autora aduz:

> O direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo, e este último é transformado em poder administrativo ou político por meio do direito legitimamente normatizado: a Constituição. E é claro que, seguindo o pensamento habermasiano, essa comunicação política entre os cidadãos também desemboca nas decisões dos poderes Legislativo e Judiciário[31].

Habermas, opondo-se aos exageros do tecnicismo centrado na razão prática, propõe a sua substituição por

---

[30] MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o Direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 139.

[31] Ibidem, p. 107.

uma razão comunicativa capaz de, através de procedimentos discursivos, fundamentar a ação humana resultante do convívio plural e dinâmico na sociedade. Quando se trata de estabelecer as premissas basilares do Direito, a proposta de Habermas adequa-se à sua busca de legitimidade, em detrimento da normatização, sendo assim possível a efetivação da justiça resultante da vontade discursiva emancipatória dos cidadãos livres e iguais.

As ideias de Habermas tornam-se de difícil implementação no sistema processual brasileiro, devido não somente ao excessivo comportamento burocrático que o fundamenta, mas, sobretudo, à visão estritamente legalista-normativista de parcela considerável de empedernidos processualistas pátrios. Ademais, ainda não se concebe nessa quadra o exercício da cidadania em toda sua plenitude, agravando-se, por outra banda, com a ausência de criticidade desse processo que prima pela superação do homem por mera parte, renegando-lhe a condição de sujeito de direito.

1.4 O Direito na Ótica do Pós-Positivismo

O pós-positivismo ao fomentar a ideologia axiológica no plano da normatividade, tenta implementar, por sua vez, o enlace ético-jurídico, trazendo ao mundo do debate a questão pertinente ao ideário de justiça, que vai possibilitar a concretização dos princípios, "assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar"[32].

[32] PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO. [S.l., [2004?]]. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/dicursos>. Acesso em: 29 maio 2004.

Os princípios sobressaem-se pelo caráter de abrangência que encerram no campo da eficácia: "Além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo"[33]. Daí, ter o pós-positivismo indicado a principiologia como norte do processo hermenêutico constitucional, proporcionando ao Poder Judiciário, alternativas, na tomada de decisões sem se ater exclusivamente ao enunciado das leis.

De maior destaque no campo doutrinário é a discussão da eficácia dos princípios e, sobretudo, de sua legitimidade em sede da Teoria Geral do Direito Constitucional. A teoria principiológica propiciou, sem dúvida, a ascensão do pós-positivismo como modelo conformador do sistema jurídico. Daí sua função nitidamente corretiva, que afasta, no processo hermenêutico, a incidência da lei injusta, em face do papel de relevância que desempenha na formulação de um direito justo que compete ao ato jurisdicional viabilizar.

Inescondível a importância dos princípios, a partir das expressivas contribuições de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Esser, Paulo Bonavides, Willis Santiago Guerra Filho e outros, para a construção de uma teoria principalista, a ponto de adentrar o campo da mortatividade, como ponto de vista sustentado no estudo sobre o tema:

> Na fase pós-positivista, fruto da superação dialética dos modelos jurídicos tradicionais, os princípios são proclamados normas jurídicas, podendo, assim como as regras, impor obrigação legal. Na atual sociedade de massas, complexa, fundada no pluralismo, o Direito reflete os antagonismos e contradições, sendo impossível organizá-la exclusivamente com base

[33] *Ibidem*.

> em normas fechadas. Dessa sociedade já denominada pós-moderna resulta a necessidade do reconhecimento do caráter normativo, vigente e eficaz dos princípios jurídicos, que contém uma pauta axiológica, agasalhando os valores da sociedade[34].

Diante desse panorama, impõe-se a presença marcante nas discussões epistemológicas da questão relativa à superação do positivismo com realce para a figura proveniente do Estado Social. Essa é a razão fundamental das ideias difundidas em torno da expressão pós-positivismo difundidas no Brasil, por Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, que têm no estudo dos princípios sua maior preocupação.

Leia-se a definição proposta, a respeito do tema, por Luís Roberto Barroso:

> O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética[35].

---

34 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. [Teresina, 2004?] Disponível em: <http://www.trt22.gov.br>. Acesso em: 25 maio 2004.

35 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 336.

O pós-positivismo afasta a visão estreita daquele que somente enxerga na lei a solução adequada das situações, que devam ser tuteladas pelo Judiciário. Esse demasiado apego ao formalismo processual tem causado danos ao cidadão, em face da conversão de atos lesivos em bons pelo critério da imutabilidade do julgado. Na verdade, a doutrina por ele representada tem sua inserção no contexto da teoria da constitucionalidade e, como tal, objetiva o "resgate das potencialidades do direito"[36].

Nesse campo, Fábio Corrêa Souza de Oliveira escreve, com muita propriedade, assinalando a importância das teses desenvolvidas no campo das teorias críticas, como propostas jurídicas indispensáveis à superação da crise instalada. Por sua vez, enaltece que os progressos técnicos do Direito têm alcançado avanços consideráveis no plano do constitucionalismo.

Não podendo se afastar dos princípios fundantes do Direito Constitucional, formulados a partir de valores irradiados do sistema normativo, a atividade jurisdicional ganha especial relevo, na medida em que passa a construir o Direito na ótica do pós-positivismo. Dele emerge, cristalino, em favor dessa posição um processo de teorização do dogmatismo positivista.

Parece razoável admitir que a hermenêutica de princípios, assentada no Direito Constitucional, surge como uma alternativa plausível que se antepõe ao juspositivismo. Há nisso uma tomada de posição consciente que coloca na mão do juiz a faculdade discricionária de decidir diante de fatos levados ao seu conhecimento.

---

[36] OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.

Por esse ângulo, "a silogística jurídica é a social, eminentemente valorativa, algo incerta em consonância com a capacidade humana"[37].

2 Valor Justiça de Natureza Absoluta

Não há como estabelecer uma conformação de um valor de justiça de natureza absoluta, porquanto sua formulação se insere num contexto histórico, onde deve ser encontradiço "coexistindo, mas em contradições intrínsecas às relações sociais de uma determinada época histórica"[38]. O tempo sempre determina a marca do direito que rege os costumes de um povo no seu processo de evolução constante.

O Direito não pode ser entendido apenas como uma construção jurídica-estatal, isto é, pelo ângulo da lei. A adoção dessa forma impede a percepção do fenômeno jurídico em sua plenitude, pois, como anota Rosana Bisol, por essa faceta:

> "[...] oculta-se o papel que um determinado tipo de organização social exige do direito para a manutenção de uma forma específica de poder".

E acrescenta:

> Assim, o Estado contemporâneo configura no direito positivo uma forma da organização que lhe empresta aparência de neutralidade, permitindo-lhe ocultar as verdadeiras relações de poder

[37] *Ibidem*, p. 153.

[38] BISOL, Rosana. Dialética social do Direito In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: UnB, 1993, p. 36.

> e dominação. Este artifício possibilitou à burguesia cooptar valores revolucionários como os de igualdade e liberdade através de uma forma aparente, para um tipo de organização social em que os homens não são efetivamente livres nem materialmente iguais, salvo na pura forma da lei. O verdadeiro fundamento dessa concepção é o da dominação pela força, onde o direito e o Estado constituem-se em instrumentos para a manutenção e reprodução desse tipo de denominação[39].

De sorte que os pacotes legislativos, processados nos escaninhos do Executivo, com a expedição de normativos dos mais variados matizes, inclusive as medidas provisórias, e no Legislativo, hoje, produtor de leis em demasia, evidenciam que elas não consultam os interesses da sociedade, mas senão do poder estabelecido. Assim, o Estado, na sua situação privilegiada, como assevera Roberto Lyra Filho[40], insiste no convencimento de que o governo induz que o poder atende a todos, mediante um procedimento legal imune de contradição. Não basta recorrer tão somente aos códigos defasados e ao exacerbado cientificismo das normas processuais, cujo esoterismo lógico-formal tem inviabilizado, não poucas vezes, a materialização do Direito.

Ademais, a teoria redutora do Direito ao ordenamento estatal, proposta por Hans Kelsen, de maneira burocrática e subserviente, não é capaz de se moldar ao figurino das mudanças ditadas pelos novos tempos. Deveras, a visão estreita do positivista leva a um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas[41]. Isto porque

---

39 *Ibidem*, p. 35.

40 LYRA FILHO, ob. cit., p. 32.

41 Só a visão do processo, distorcida pela euforia da fase em que se

o processo de criação do direito não se restringe apenas à atividade legislativa[42] e, como tal, ao positivismo legalista, como ressalta Alejandro Nieto:

> *El positivismo legalista convirtió necesariamente la interpretación en el objeto central del conocimiento jurídico, puesto que la primera tarea del jurista había de ser la de conocer y entender correctamente los textos positivos, aclarando sus puntos oscuros y eliminando sus lagunas. Con el tiempo, sin embargo, la interpretación está dejando cada vez más de ser una reconstitución de la voluntad (mens) de la ley, e incluso del legislador, para orientarse hacia la creación de un instrumento capaz, por un lado, de afrontar cuestiones sociales no previstas en el texto y, por otro, de resolver los conflictos individuales*[43].

---

descobriu que o processo, em sua complexidade, exigida pela sociedade moderna, podia constituir no objeto de uma ciência autônoma, é que pode dar origem a esta supervalorização dos fenômenos processuais em si mesmos e serve à sociedade. Esta a principal dimensão do princípio da instrumentalidade das formas. Este princípio é tratado sempre, ora como pano de fundo, ora como objeto principal de suas considerações, por Cândido Dinamarco (WAMBIER, ob. cit., p. 172).

42 *Por su parte, Hermann Kantorowicz, combatiendo al positivismo que identificaba al derecho con la actividad legislativa del Estado, nos habla de un derecho libre, sugerido en forma espontánea al ir desplegándose en su dimensión temporal la vida de los distintos grupos sociales. Este derecho libre se origina y evoluciona con independencia del estatal. La sociedad es esencialmente mutable y, debido a ello, convicciones jurídicas varían. Kantorowicz, en bella metáfora, nos dice que el derecho libre es tan perecedero, mutable y frágil como las estrellas. En cuanto al derecho estatal, se trata de algo derivado: tiene su fuente en el derecho libre. Los preceptos legislativos han existido previamente como convicciones jurídicas compartidas por los integrantes de la sociedad, quienes viven espontáneamente conforme a lo que su juicio individual o su círculo les presentan como justo* (LACLAU, Martín. **Conducta norma y valor**; ideas para una nueva comprensión del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 35).

43 NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 30-31.

A Teoria do Direito dogmático, estático e puro tem sua inserção apenas numa sociedade estável. Inaplicável, portanto, numa sociedade em constante mutação, exigidora de uma compreensão do seu dinamismo e complexidade, tendo presentes os valores conflitantes encontradiços em seu seio, que emprestam maior relevo à vida do direito nos planos interno e externo.

Por conseguinte, está embutido nas premissas básicas acima aventadas, o ponto condutor que consubstancia a trama fulcral de tese engendrada na ótica processualística. Por esse ângulo, seu fundamento teórico emerge de uma visão pós-moderna de legitimação dos atos jurídico-públicos. Essa percepção transparece essencial, para expurgar o aspecto em que funda o pensamento normativista que vê o Direito apenas como mera lei, em detrimento do devido processo constitucional democrático.

3 Controle e Hierarquia dos Atos do Poder Público

O sistema jurídico positivo fornece os elementos essenciais à compreensão do exame do controle das atividades que envolvem o exercício das funções típicas do Estado: administrativa, legislativa e jurisdicional, cujos atos dele emanados devem guardar absoluta fidelidade ao Texto Magno, sob pena de invalidade. Essa submissão ao princípio da constitucionalidade é o traço revelador do Estado de Direito, formado por um plexo de poderes limitados e controlados pela própria ordem constitucional.

Nesse diapasão, a Constituição da República, disciplinadora da estrutura política do Estado, contempla valores fundamentais que permeiam a convivência social, como adverte Jorge Miranda:

> [...] na Constituição se plasma um determinado sistema de valores da vida

> pública dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos vêm-na (*sic*) justificar e vêm-na criar (*sic*)[44].

Tais valores e princípios balizam e orientam a sociedade e a atuação do Estado como instrumento de satisfação das necessidades públicas.

Decerto, o Poder Judiciário há de se moldar ao figurino do Estado de Direito, de sorte que

> esse regime só pode ser a admissibilidade de controle das referidas decisões com fundamento em inconstitucionalidade e a sua inerente modificabilidade [...][45].

Não há tratamento diferenciado, pois o poder jurídico se nivela aos outros que compõem a Federação, como adverte Paulo Manuel Cunha da Costa Otero:

> [...] por outro lado, o poder judicial, repita-se uma vez mais, não é um poder constituinte paralelo ao poder originário de feitura da Constituição, antes se apresenta como poder constituído tal como o poder legislativo ou o administrativo. Em conseqüência, à rejeição destes dois últimos poderes ao controle da conformidade jurídica dos seus *actos* com o princípio da constitucionalidade não pode ser acompanhado de um estatuto diferenciado para as decisões judiciais violadoras da Constituição, em

---

44 MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 30.

45 OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 123.

> especial se estas são proferidas por tribunais sujeitos a uma ordem jurisdicional de recurso das respectivas decisões[46].

O Poder Judiciário não detém a soberania e, como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal. Isso porque ela é uma decorrência do poder político que, na percepção de Clèmerson Merlin Clève[47], é indivisível, tendo o povo na sua titularidade, que não se divide senão em face do Poder Constituinte que torna efetiva a distribuição de diferentes funções a se compor na estrutura que dá corpo à organização político-administrativa do Estado.

Daí irretocável a colocação de Augusto do Amaral Dergint, em torno do princípio da unidade do poder estatal, quando aduz:

> [...] a soberania é um atributo da pessoa jurídica do Estado, de forma una, indivisível e inalienável. Soberano é o Estado como um todo, e não o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário (independente ou conjuntamente). Estes, aliás, são mais propriamente funções e não poderes do Estado. A cada qual compete unicamente o exercício da soberania estatal, dentro dos limites constitucionalmente traçados[48].

---

46 *Ibidem*, p. 123.

47 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27.

48 DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 131.

Pensar que a sentença, coberta pelo manto da irreversibilidade, faz-se ato jurisdicional intocável é relegar a regra geral, segundo a qual todos os atos estatais são passíveis de desconstituição. Não há hierarquia entre os atos emanados dos Poderes da República, uma vez que todos eles são decorrentes do exercício das funções desenvolvidas pelos agentes políticos como manifestação da vontade do Estado, que é o único titular do poder haurido da soberania popular.

Tanto os atos jurisdicionais quanto os legislativos e administrativos têm o mesmo peso, em face do princípio constitucional de que os Poderes da República (Judiciário, Legislativo e Executivo) são "independentes e harmônicos entre si". De sorte que a submissão dos atos praticados pelo Legislativo e Executivo, ao crivo da Constituição, não afasta o exame daqueles de responsabilidade do Judiciário, que atentem contra as normas dela emanadas.

A Coisa Julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças.

CAPÍTULO III

PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DA COISA JULGADA

Sumário: 1 Coisa Julgada: Noção e Enquadramento Normativo. 1.1 Noção de Coisa. 1.2 Delimitação da Coisa Julgada. 1.3 Enquadramento Normativo. 2 Intangibilidade da Coisa Julgada.

1 Coisa Julgada: Noção e Enquadramento Normativo

1.1 Noção de Coisa

A expressão *coisa*, no plano do Direito Privado, é empregada como sinônimo de *bem*, nos artigos 43 a 69, do Código Civil de 1916, idêntica correlação se verifica no âmbito do Código de Processo Civil. Nesse particular aspecto, conquanto haja predominância do vocábulo *bens*, significativa é a manifestação processual acerca do vocábulo sob a referência, como se vê, em "Da Execução para a Entrega de Coisa (arts. 621, 631); Das Coisas Vagas (arts. 1.170 a 1.176) e Coisas (art. 76).

A matéria está regulada, hoje, pelo Novo Código Civil, no Livro II – Dos Bens; Título Único – Das Diferentes Classes de Bens; Capítulo I – Dos Bens Considerados em si Mesmos; Seção I – Bens Imóveis (arts. 79 a 103) Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. No presente caso, interessa tomar o termo *bens* em seu sentido estrito que, segundo J. M. de Carvalho Santos, "significa apenas as coisas que são objeto dos direitos, que formam o nosso patrimônio, ou a nossa riqueza"[1].

Daí, a estrita correlação entre o denominado bem da vida com o caso ou coisa julgada demandada em sede jurisdicional. Matéria, aliás, tratada por Giuseppe Chiovenda:

> O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in indicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade concreta de

[1] SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. II, p. 8.

> lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*)[2].

Trata-se de bem de natureza corpórea ou incorpórea, sobressaindo, no plano jurídico-processual, como uma realidade ou fato concreto que se vincula ao interesse de uma das partes na demanda judicial. Nesse sentido, bem suscetível de apropriação sobre o qual se disputa em sede jurisdicional, isto é, aquela que se constitui objeto de demanda. Expressa termo equivalente a *caso*, empregado no sentido jurídico como demanda, feito, ação, e revela a "particularidade que acompanha um fato, circunstância, condição"[3], na percepção léxica, conforme elucidativa observação de Plácido e Silva, esclarecendo que caso julgado:

> Tem o mesmo sentido de coisa julgada. É a *res judicata* caso julgado, pois se entende o caso já decidido, já solucionado por sentença e que, em conseqüência, não pode ser mais trazido à discussão ou à nova pendência. A controvérsia que motivou a sentença, que o julgou e que o resolveu em definitivo, é caso julgado, precisamente porque dela não podem mais recorrer os interessados. Está decidido de modo irretratável[4].

---

2 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Book Seller, 2002, v. 1, p. 446.

3 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 644.

4 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., p. 159.

Julgado, diz-se da matéria que, submetida ao crivo do Judiciário, alcançou solução terminativa. Foi, assim, sentenciado, com foro de definitividade revelando sua face de irrecovibilidade, seja pelo fato de já não comportar sobre a sentença quaisquer manifestações recursais, seja por já terem exaurido os prazos para sua interposição.

É necessário dizer algo acerca do significado do termo coisa no plano jurídico, especialmente, processual. Nessa perspectiva, os romanos recorriam às expressões *quae tangi possuat* e *quae tangi non possuat* para fixar, respectivamente, as coisas corpóreas e incorpóreas, de sorte que, com exceção da pessoa, tudo que leva proveito ao homem, denomina-se coisa, como explicitado, inclusive na codificação civil austríaca (art. 285).

Para o atual Código Civil Italiano: "são bens as coisas que podem formar objeto de direitos" (art. 810). Coviello, *apud* Vicente Ráo[5], ensina: "chama-se objeto dos direitos o que cai sob o poder do homem, conteúdo dos direitos aquilo que, em virtude do direito, podemos obter". De novo afirmamos que os bens suscetíveis de ser objeto dos direitos podem ser materiais e imateriais, aproximando-se do sentido romano de *res*, e, portanto, indica os objetos do mundo exterior, capazes de gerar direitos.

De modo que *coisa*, segundo de Plácido e Silva, designa tudo que possa servir de utilidade ao homem, daí seu emprego como sinônimo de bens, podendo variar de sentido, às vezes mais amplo do que bens, ou mais estreito, conforme o momento do seu emprego. Daí, a conclusão de que a Coisa Julgada é constituída por bem material ou corpóreo, já que esta pode ser objeto de direitos.

---

[5] RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207.

1.2 Delimitação da Coisa Julgada

A expressão Coisa Julgada[6] pode ser tomada na acepção de sentença contra a qual foram esgotados todos os recursos processuais passíveis de sua desconstituição. Diz-se do caso em que a prestação jurisdicional foi satisfeita, e que, dando solução ao litígio, estabeleceu de modo definitivo o direito perseguido por um dos demandantes. Com isso, ganhou foro de imodificabilidade, não podendo ser alterada no seu conteúdo, sob qualquer pretexto, mesmo considerado justo, ressalvados os casos de permissibilidade admitidos pela norma civil codificada.

Emana de texto constitucional a gênese do referido instituto, que assim dispõe: "a lei não prejudicará o direito

[6] Distinguem os doutrinadores a coisa julgada material da coisa julgada formal. Esta é consequência do não aproveitamento dos prazos para interposição do recurso, ou porque todos os permitidos foram interpostos; aquela, impedindo questionar, noutro processo, o que já foi anteriormente decidido.

Assim, a Coisa Julgada formal só vale para os litigantes – autor e réu – enquanto, no material, seus efeitos se projetam além do processo, fora do processo.

Em síntese: a coisa julgada é formal, quando não há possibilidade de se questionar, na demanda, o que foi sentenciado, enquanto a coisa julgada material é a que interdita contender-se em outra *actio* o que se solucionou. Assim sendo, consideramos coisa julgada a decisão que não é mais suscetível de recurso algum, seja ordinário, seja extraordinário. Por conseguinte, a sentença que põe termo à demanda e ao juízo, transmuda-se em *res iudicata* e, portanto, torna-se irrevocável, desde o instante em que os contendores concordam com ela, seja de maneira expressa ao praticarem qualquer ato pelo qual a aprovem, seja tacitamente, como quando se abstêm de recorrer dela no prazo previsto (ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Da Sentença e da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"[7]. De igual sorte, a matéria insere-se no contexto do Código de Processo Civil, como se vê: "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário"[8]. Outrossim, opera a sentença nessas condições – imutabilidade e indiscutibilidade – com força de lei "nos limites da lide e das questões decididas"[9].

Pela legislação, o que atribui a condição de Coisa Julgada é a regra emanada da lei processual que a torna imodificável, como adverte Moniz Aragão: "a imutabilidade do julgamento, pois é que consubstancia a coisa julgada"[10]. No mesmo sentido, Pontes de Miranda afirma: "a irrecorribilidade pela natureza especial da sentença, ou pela preclusão, é que faz julgada a res judicata"[11].

Entretanto a Lei de Introdução ao Código Civil[12] também disciplina a matéria nestes termos: chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. No tocante a essa regra, que incorre em erro terminológico, tendo presente que somente a sentença de mérito faz Coisa Julgada, foi revista pelo

---

7 **Constituição Federal**, art. 5º, XXXVI.

8 **Código de Processo Civil**, art. 467.

9 *Ibidem*, art. 468.

10 ARAGÃO, Moniz. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 192.

11 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 231.

12 **Lei de Introdução do Código Civil**, art. 6º, § 3º.

Código de Processo Civil[13], ao distinguir os aspectos formal e material a ela inerentes; o primeiro vinculado à sentença, e o segundo, à matéria.

Nesse sentido, há o entendimento esposado por de Plácido e Silva:

> [...] a coisa julgada pressupõe o julgamento irretratável de uma relação jurídica anteriormente controvertida. Nesta razão, a autoridade *res judicata* não admite, desde que já foram reconhecidas a verdade, a justiça e a certeza a respeito da controvérsia, em virtude da sentença dada. Que venha a mesma questão a ser ventilada, tentando destruir a soberania da sentença, proferida anteriormente, e considerada irretratável, por ter passado em julgado[14].

Por outro lado, conforme Pontes de Miranda, a sentença:

> é a prestação estatal, com que o juiz solve a obrigação do Estado de decidir a questão quanto à aplicação do direito, ainda que não controvertido, – declarando, constituindo, condenando, emitindo mandamento, ou executando[15].

Esclarecedora também é a formulação conceitual, proposta por Eduardo Espínola:

> [...] a compreensão generalizada, na doutrina pátria, é que se considera caso

---

13 **Código de Processo Civil**, art. 467.

14 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit, p. 178.

15 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 111. t. v.

> julgado a *sententia judicis*, de que não caiba recurso algum. Daí a distinção entre *sentença passada em julgado* e *coisa julgada*, ou *caso julgado*; a sentença se diz que passou em julgado, quando pode ser executada, embora seja ainda suscetível de reforma, por virtude de algum recurso; a *coisa julgada*, ou o caso julgado, só se tem, quando nenhum recurso, absolutamente nenhum, pode haver, que eventualmente leve a modificá-la; seja embora recurso extraordinário, ou ação rescisória[16].

A Coisa Julgada, na sua essência, não emerge do Direito Constitucional, embora esse preserve sua integridade a fim de evitar que a lei superveniente modifique o seu conteúdo. Com efeito, prevalece entre a doutrina majoritária a tese da sua natureza processual[17], porque envolve diretamente o direito de ação nos mais variados aspectos em que deve ser conformado. Tanto que, no plano do processo, a decisão exige observância de requisitos indispensáveis à construção da coisa julgada. Dentre eles, cumpre destacar a competência jurisdicional, fundamentada na conformidade com os elementos táticos e jurídicos, tendo como parâmetro o devido processo democrático, cercado da ampla defesa e da instrução contraditória, princípios assegurados pela prática constitucional.

---

16 ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2· ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 182.

17 MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1954, v. 5, p. 46.

Nessa linha, José Frederico Marques aduz que a coisa julgada é dotada de caráter processual tendo presente que é colhida no processo, e somente por intermédio dele, ainda porque:

> [...] a norma legal proibitiva sobre a coisa julgada se destina ao juiz e só a ele; porque em um de seus aspectos – o formal – coisa julgada é produto do sistema de recursos e de sua disciplina positiva; porque, entre nós, o legislador deu à coisa julgada o lugar do efeito da sentença; porque ela atinge e exclui o direito de ação; porque tanto se pode construir a execução de coisa julgada como exceção em sentido processual, como pode entender-se como pressuposto negativo de ação, de qualquer modo, como matéria processual[18].

1.3 Enquadramento Normativo

Como se denota, a relação jurídica material não guarda qualquer pertinência com a Constituição, posto ser assunto ali não versado. De fato, as regras inerentes a *res judicata s*ão regras no plano da lei ordinária que, por determinação de comando superior, não podem contrariar o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, cuja sentença enfrentou o mérito, assim passando em julgado.

Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no

[18] MARQUES, 1954, p. 46.

sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto.

Sem reparos, portanto, a posição de Anselmo Gonçalves da Silva, em tom esclarecedor:

> o texto constitucional encerra um comando dirigido ao legislador ordinário, que não poderá editar normas que retroajam para prejudicar direitos ou para modificar os efeitos de sentenças transitadas em julgado[19].

Nesse plano, a Coisa Julgada está a salvo do alcance da lei que, em sua essência, não pode conter mecanismo que vá de encontro à mesma, consoante advertência de Eduardo Espínola:

> [...] é princípio universalmente reconhecido que as relações jurídicas resolvidas por sentença, que transitou em julgado, ou por transação, não atingidas por qualquer lei posterior, ainda que se declare interpretativa. A regra se aplica também às leis arbitrariamente retroativas, muito embora se apontem algumas destas que foram ao ponto de não respeitar a coisa julgada[20].

Perfilhando esse entendimento, veja-se a posição de Maria Helena Diniz:

---

19 SILVA, Anselmo Gonçalves da. **Sentença prolatada no processo nº 2001.31.00.000580-4**, Macapá/AP, 9 de julho de 2001.

20 ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, ob. cit., p. 282.

> [...] a lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão judicante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, a fim de que se resguarde a segurança das relações jurídicas. A *auctoritas rei judicatae* justifica-se no atendimento do interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis[21].

2 Intangibilidade da Coisa Julgada

A Coisa Julgada encontra amparo tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional. Neste, na linha do Direito Processual, que põe a lide fora do alcance de novo processo decisório e naquele, porque não permite a retroatividade da lei, para atacar a sentença que passou em julgado. A matéria ganha, assim, o manto da imutabilidade assegurada pelo Código de Processo Civil[22] e pela Constituição da República[23].

Diz-se que a *res judicata* tem foro de imutabilidade, reveste a condição de imutável, o que impede qualquer iniciativa objetivando sua modificação. A ideia arraigada é no sentido de preservação de estabilidade, de uma situação consolidada, qualidade essa que não pode ser

---

21 DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 187.

22 **Código de Processo Civil**, art. 471.

23 **Constituição Federal**, art. 5, XXXVI.

removida, segundo a crença de alguns teóricos que pensam no processo como medida de todo o Direito.

Esse procedimento,

> exprime o conjunto de atos, que deve ser executado, na ordem pré-estabelecida, para que se investigue e se solucione a pretensão submetida à tutela jurídica, a fim de que seja satisfeita, se procedente; ou não, se injusta ou improcedente[24].

Circunscreve-se, portanto, ao âmbito da matéria decidida, tendo presente que similitude entre a sentença e a lei decorre de prescrição normativa. De maneira que a questão se resolve no campo da eficácia, que faz a sentença ter esse caráter de imperatividade, como assinala Humberto Theodoro Júnior: "fácil é, pois, notar que ao conceito de coisa julgada se encontra umbilicalmente ligada a idéia de imutabilidade"[25].

Sendo a Coisa Julgada de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada em algumas situações excepcionais. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata.*

Essa fórmula tenta rever situação jurídica constituída com foros de definitividade, cuja sistemática adotada tente inibir iniciativa tendente a desmistificá-la. Isto

---

24 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., p. 452.

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 137.

porque as relações resolvidas por sentença transitada em julgado, segundo pensamento universalmente acatado, mesmo fazendo do preto branco, não poderiam mais ser questionadas, mesmo que veiculasse conteúdo negando o direito material induvidoso, em homenagem ao formalismo improdutivo.

Com efeito, a Coisa Julgada reflete os efeitos do ato de julgar, revelando, assim, fenômeno processual vinculado ao aspecto da indiscutibilidade da decisão sentencial. Revestida de força normativa, encontra resistência de rescindibilidade, nos termos da legislação adjetiva. Essa proposta, segundo se diz, objetiva resguardar o princípio da segurança jurídica, a fim de evitar "a anarquia, a lesão de direito e o descrédito da justiça"[26].

Por esse motivo, nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica. Impõe-se, desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição no mundo dos fatos e das ideias, deve ser decretada sua irremediável nulidade.

Os mecanismos de manuseio da revisão criminal e da rescisória, operando em perfeita harmonia com a processualística vigente, demonstram de modo insofismável o acerto do ponto de vista aqui expendido. De fato, não se conhece qualquer restrição à sistemática adotada, tanto que se trata de matéria pacífica, perfeitamente assimilada pela doutrina e jurisprudência, com supedâneo na legislação vigente de ambos os institutos. Ressalte-se, ademais, que, contra essa prática, nenhuma voz se levantou até o momento.

---

[26] DINIZ, ob. cit., p. 187.

Também a jurisprudência caminha nesse sentido, ao reconhecer o caráter não absoluto da coisa julgada que, segundo Fernando da Costa Tourinho Neto[27], "existe para a segurança de todos, para que haja a estabilidade dos direitos" e acrescenta, em sua razão de decidir: "Todavia esse princípio não pode ser absoluto, cede quando ocorre erro material de decisão, quando ocorre um absurdo". Conclui, estribado em Albert Einstein, que nem na matemática prevalece o absoluto e pela incorreção do aforismo latino *res judicata facit de albo nigrum* (a coisa julgada faz do preto branco).

Cândido Rangel Dinamarco, em trabalho sobre o tema, ensina:

> É inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional[28].

---

27 TRF-1ª Região. Ag. 2001.01.00.003239-9-DF, Rel. Juiz Eustáquio da Silveira. Dec. Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, em 29-01-2001.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 2, n. 7, p. 1, fev. 2001. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104463>. Acesso em:out. 2004.

Cumpre ressaltar, finalmente, que Carmem Lúcia Antunes Rocha comunga do mesmo pensamento, no tocante à imutabilidade da Coisa Julgada, como se vê:

> Nem se diga que a Constituição é garantia de imutabilidade absoluta da coisa julgada, o que se reafirma mesmo na legislação infraconstitucional. Ora, a Constituição não considera nem a si mesma absolutamente imutável, tanto que permite a reforma de seu sistema, apenas estabelecendo limites de conteúdo e a forma de sua ocorrência, para impedir que a insegurança jurídica tome lugar. O conteúdo do direito à coisa julgada, de resto, não é expressão definida constitucionalmente[29].

[29] ROCHA, ob. cit., p. 184.

CAPÍTULO IV

A FUNÇÃO JURISDICIONAL, E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS PÚBLICOS

Sumário: 1 A Função Jurisdicional na Constituição. 2 Inconstitucionalidade dos Atos Jurídicos Públicos. 2.1 Desvalor do Ato Inconstitucional. 2.2 Noção de Inconstitucionalidade 2.3 Inconstitucionalidade da Decisão Injusta.

1 A Função Jurisdicional na Constituição

Escrevendo sobre a função jurisdicional, Roberto Rosas assinala que o seu exercício "pressupõe o conflito". É função que decorre da soberania do Estado e como tal é preservada na própria Constituição, quando distribui o seu exercício entre os órgãos (tribunais e juízes). O Estado aciona a jurisdição tendo como suporte o sistema judiciário pelo mesmo estruturado, a fim de que o lesado possa levar sua pretensão de crivo do Poder Judiciário. Pouco importa que seja vencido, aduz o citado autor, pois "o princípio da sucumbência é conseqüente à punição daquele que perde. O Estado põe à disposição dos indivíduos seu sistema judiciário"[1]. No plano jurisdicional, se a sentença não se harmoniza com o texto constitucional, revela seu caráter inconciliatório, por contrariar os preceitos fundamentais dele irradiados. De sorte que essa incompatibilidade de adequação aos ditames do ordenamento maior a leva irremediavelmente ao patamar da inconstitucionalidade que, como esclarece De Plácido e Silva, na terminologia jurídica, "serve para exprimir a qualidade do que é inconstitucional ou contravém a preceito, regra ou princípio instituído na Constituição"[2]. Com efeito, assevera ainda que:

> a inconstitucionalidade, pois, é revelada por disposição de norma ou por ato emanado de autoridade jurídica, que se mostram contrários ou infringentes de regra fundamental da Constituição[3].

---

1 ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

2 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit. p. 449.

3 *Ibidem*, p. 423.

Pressuposto basilar do Estado de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição[4], posto que esteja ligada à vontade estatal estruturada na sua concepção orgânica e assentada em valores sociais, econômicos, jurídicos e culturais que lhe dão conformidade. Desse modo, o princípio determinante da ação do Estado, na visão de Rui Medeiros, "é uma conseqüência direta de força normativa emanada da Constituição, enquanto mandamento fundamental da ordem jurídica"[5].

Segundo Paulo Manuel Cunha da Costa Otero:

> [...] os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais[6].

---

4 *En realidad, el constitucionalismo procede de las mismas ideas fuerza que impulsaron la necesidad de la codificación en materia civil y penal, puesto que una constitución no es más que una especie de ley ordenada – un código o, mejor, un supracódigo – por más que su función sea regular el poder político. Tales ideas fuerza pueden reducirse básicamente a tres: en primer lugar, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; en segundo lugar, la exigencia liberal de someter a límites preestablecidos al poder político, garantizando, al mismo ciertas libertades individuales, mediante la clara y segura atribución de los derechos y deberes correspondientes; y, en fin, la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito, simple y claro* (RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Uma filosofia del derecho em modelos históricos** – de la antigüedad a los inícios del constitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 275-276).

5 MEDEIROS, 1999a, p. 168.

6 OTERO, ob. cit., p. 64.

Essa hipótese é igualmente levantada por J. J. Gomes Canotilho que, segundo lembra uma vez concretizada, pode ser objeto de recursos:

> [...] a verdade, porém, é que podem configurar-se hipóteses em que uma decisão judicial ofende diretamente a Constituição, podendo entender-se não serem meios de defesa bastante os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa ainda admite recurso). É por isso que alguns ordenamentos constitucionais prevêem a possibilidade de recursos para o TC nessa hipótese, sobretudo quando se trata de casos respeitantes a direitos fundamentais (é o caso do Verfassung Sbescwerde alemão e do recurso de amparo mexicano e espanhol)[7].

Sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzirem a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com esses ditames. Por esse motivo, não se pode convalidar sua inconstitucionalidade, visto ser improvável abrir mão de mecanismos susceptíveis de permitir a efetivação de modificações imprescindíveis ao seu ajustamento aos cânones do direito e da equidade. O exercício da função jurisdicional tem amparo no "modelo constitucional do processo civil", instrumentalizado por normas e princípios que balizam seu procedimento formal, cujo paradigma central tem o magistrado como figura de relevo a dizer o direito. É objetivo primordial do processo viabilizar a tutela dos

[7] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 205.

interesses, a fim de fixar nos casos concretos, o direito aplicável. Di-lo José Alfredo de Oliveira Baracho:

> O direito à tutela jurisdicional assenta-se como princípio supremo de ordenamento constitucional, que assegura a todos a solução de controvérsias. A proteção jurisdicional de uma situação jurídica, para que seja plenamente efetiva, desdobra-se em decisão de mérito da própria demanda judicial[8].

Ricardo Haro tem a mesma compreensão a propósito da função judicante, ao afirmar:

> *En estos casos el ejercicio de la función jurisdiccional tiende precisamente a otorgar certeza al derecho frente a situaciones que requieren de este modo, precisamente, garantizar el valor de la seguridad jurídica tan trascendental en la legitimación de su eminente objetivo preambular de afianzar la justicia en las relaciones jurídicas que se producen en el seno de la sociedad*[9].

---

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo. O modelo constitucional. Natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na Constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 93-199, jan.-fev. 2001, p. 143.

9 HARO, Ricardo. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p. 20, 199.

2 Inconstitucionalidade dos Atos Jurídico--Públicos

2.1 Desvalor do Ato Inconstitucional

Quando a manifestação da vontade estatal, expressa mediante decisão jurisdicionalmente ato jurídico-público[10], ofende a ordem constitucional, este tipo de conduta merece reprovação, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade pelo próprio Judiciário em qualquer grau de jurisdição. Nesse caso, observa-se presente o conteúdo da inconstitucionalidade emanada da coisa julgada, conduta jurídico-pública que violou a Constituição.

Há então desconformidade do ato jurisdicional com o parâmetro a que se encontra vinculado em termos do devido processo constitucional. Trata-se, consoante Carlos Blanco de Morais, de uma condição de incompatibilidade que define

> como uma modalidade de relação de desvalor das condutas jurídico-públicas, dado que dela resulta, por regra, a depreciação jurídica do mesmo ato[11].

[10] Podemos definir como ato jurídico-público como toda a decisão imputada aos órgãos de um ente coletivo que, na prossecução dos fins dos fins públicos a que se encontra adstringida, se mostra apta à produção de conseqüências jurídicas (MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controle da constitucionalidade. Lisboa: Coimbra, 2002, p. 121).

[11] MORAIS,C. B., ob. cit., p. 131.

O desvalor do ato inconstitucional[12], na linha de Carlos Blanco de Morais, diz respeito à sua depreciação e, como tal, sujeito a obstar à produção dos efeitos jurídicos correspondentes[13]. Trata-se, portanto, de ato jurisdicional cuja declaração de inconstitucionalidade originária equivale, como pensam Gomes Canotilho e Vital Moreira, à sua declaração de nulidade. Por justo motivo, há consenso em favor da nulidade, "como sanção ou forma do desvalor da norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral"[14].

2.2 Noção de Inconstitucionalidade

No plano conceitual, a expressão inconstitucionalidade indica a vinculação, como ensina Jorge Miranda, entre a Constituição e um comportamento, "que

---

12 Particularmente estou convencido de que a tese da "coisa julgada inconstitucional" não guarda relação com a declaração, pura e simples, da inconstitucionalidade de dada lei, mesmo que pelo Supremo Tribunal Federal. O sistema jurídico e a segurança jurídica não podem ficar a mercê do julgamento de todos os milhares de ações diretas de inconstitucionalidades que, por si só, inviabilizam o funcionamento daquela Corte.

Para mim, há necessidades de se distinguir hipóteses. Uma situação é afastar da proteção da coisa julgada aquilo que nunca teve possibilidade de pertencer ao Direito, aquilo que é desta natureza das coisas fora do processo e do ambiente jurídico. O que, em suma, é extremamente arredio ao ponto de vista médio da comunidade jurídica. Não diferentemente, aquilo que por mera questão interpretativa pertenceu ao direito ou, como no caso de leis e atos normativos, presumiu-se conforme o direito até ulterior deliberação (BUENO, ob. cit., 2003a, p. 267-268).

13 BUENO, ob, cit., 2003a, p. 203.

14 BUENO, ob.cit., 2003a, p. 243.

lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido"[15]. Assim, por inconstitucionalidade, numa acepção mais precisa, "deve entender-se, pois, o não cumprimento da Constituição, por ação ou omissão, por parte dos órgãos do poder público"[16].

Partindo-se da premissa básica de que o juízo de valor é determinado na qualificação da inconstitucionalidade, deve-se pautar em elementos fundantes da ordem constitucional. Se é certo asseverar que, nessa linha, incorporam-se os critérios de justiça, moralidade, igualdade, ela há de ser compreendida tomando-se por referência esses valores no plano maior da dignidade da pessoa humana.

Ressalvando que essa situação envolve sempre um momento de conhecimento, Jorge Miranda assegura que essa relação não é de mero caráter lógico ou intelectivo, mas essencialmente normativo e valorativo, acrescentando:

> Estes conceitos só se tornam operacionais ligados à ação ou omissão de órgãos do poder – porquanto a Constituição tem-nos por destinatários primeiros, contém o seu estatuto e, quando Constituição normativa, visa submetê-los a estritos limites jurídicos[17].

Prima facie, o princípio da constitucionalidade é que conforma o Estado Democrático, determinante da

---

15 MIRANDA. Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1990, p. 274-275.

16 *Ibidem*, p. 274-275.

17 *Ibidem*, p. 274.

submissão dos atos do poder político ao Direito. Dessa realidade não pode fugir o ato jurisdicional que, por isso mesmo, não pode se contrapor aos valores jurídicos tutelados pela Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, em razão de sua incompatibilidade com o sistema normativo superior. Mesmo porque, consoante Jorge Miranda,

> A norma constitucional é o fundamento de validade de uma norma ou de um ato jurídico-público, por virtude de estar colocada no grau imediatamente superior da ordem jurídica e por virtude de, na sua previsão, recair a previsão da norma ou a descrição do ato[18].

A inconstitucionalidade não é matéria adstrita às lides processuais, cujo desate situa-se no plano da competência, o que exige ao intérprete atenção desdobrada ao texto da Constituição. Configura questão prejudicial que põe o juiz no campo do Direito Constitucional, fornecendo os elementos para dizer sobre a norma infringida.

Os arautos da segurança jurídica não podem opor obstáculo à admissibilidade da tese da relativização da coisa. Seria sacrificar o direito de modo injustificado, desprezando os valores em jogo, para valorizar tão somente o aspecto instrumental, como, aliás, vem se tornando, uma prática comum nos tribunais, por falta de leitura ao texto constitucional. Assim, dizer que a sentença inconstitucional transitada em julgado goza de eficácia é dizer que ela está fora de qualquer controle da sociedade.

[18] *Ibidem*, p. 242.

2.3 Inconstitucionalidade da Decisão Injusta

Cumpre estabelecer as hipóteses que, esvaziadas do sentimento de justiça da sentença transformada em coisa julgada, podem determinar sua relativização. Dentro desse espírito doutrinário, conjugado com as regras recentemente positivadas nesse sentido, vale dizer alguma coisa a respeito de cada uma, de acordo com a classificação dada, a saber:

- inexigibilidade do título executivo judicial:

a) fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

b) fundado em lei ou ato normativo mesmo que não tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;

c) aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal;

d) inconstitucionalidade da decisão injusta por vulneração ao princípio da moralidade.

A questão da inconstitucionalidade da decisão judicial injusta, após seu trânsito em julgado, é tema a desafiar a argúcia dos juristas comprometidos com a essência do ato jurisdicional. Isto porque a simples alegação, de que a Coisa Julgada objetiva tão somente a pacificação social, não satisfaz ao sentimento do justo que deve impregnar a prestação ofertada pelo Poder Judiciário como produto de sua atividade institucional, voltada para justa aplicação do Direito.

É preciso desmistificar essa ideia, assaz difundida, de que o processo é um fim em si mesmo, enquanto tomado como ponto central do processo decisório no plano judiciário. Levando, com isso, a um nível de importância acima do direito material, posto em segundo plano, em condição secundária, tendo presente a idolatria que se lhe empresta a literatura enaltecedora de teses sem maior consistência.

O restabelecimento dos cânones de justiça torna-se necessário, para que o Direito seja o apanágio iluminador da ação empreendida pelo Poder Judiciário. De nada adianta essa forma de fazer justiça que, para consolidar uma situação jurídica, dá como definitiva uma decisão injusta, adornando-lhe os contornos de definitividade. Não é desse modo que se constrói a estabilidade social, mas com demonstração inequívoca de que a sentença iníqua não pode prevalecer em detrimento da moralidade que deve presidir as atividades inerentes às funções constitucionais dos Poderes da República.

O mais sensato é demonstrar de modo cabal que é a Coisa Julgada – quando desprovida de qualquer resquício moral em nome do qual o direito deve ser rechaçado, porquanto não contribui de forma alguma para a segurança jurídica – muitas vezes invocada pelos processualistas conservadores, sob o pretexto de pôr fim, a qualquer preço, à demanda judicial sem se importar com o resultado a ser alcançado.

É inconcebível um Direito dissociado de realidade da vida, alheio dos valores que lhe dão conformação. Se o Direito, como adverte Severo Hryniewicz, apoiado em Rudolf Von Ihering, desconsiderasse os aspectos fáticos e axiológicos de uma sociedade, seria desenganadamente um fantasma de direito, "um conjunto de termos ocos que viveriam uma vida de mentira sem possibilidade efetiva de realização"[19].

Mesmo a relação jurídica, além do vínculo que ela permite seja estabelecida entre os sujeitos de direito, pressupõe a confiabilidade que deve interagir entre os

[19] HRYNIEWICZ, Severo. **Para filosofar**: introdução à História da Filosofia. 3. ed. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1998, p. 120.

mesmos. Assim, ao fixar a correlação entre Moral e Direito, Max Scheler, citado por Severo Hryniewicz, assegura que

> o mundo jurídico é permeado de uma confiabilidade entre os homens. Essa confiabilidade é de ordem moral e o direito existe exatamente para vigiar, até certo ponto, os abusos contra ela[20].

Desencantado e advertindo sobre a superação da ilusão positivista, Juarez Freitas, ao dissertar sobre a substancial inconstitucionalidade da lei injusta, põe em relevo que a luta contra a injustiça há de ser dialética, como se lê,

> De alguma forma, dado que a lógica do direito, é a dialética, a decisão que aplica a lei injusta até porque inviabiliza a vida de convívio, o diálogo no mais largo sentido é ilógica e irracional, por sufocar a razão emancipacionista e dialética, que entendemos deva ser a governante das decisões judiciais. A decisão injusta, além de ser irracional, contraria a própria consistência lógica do Direito que há de ser mesmo quando pretende conservar, emancipacionista, se se quiser eficaz e legítima[21].

Nenhuma sentença pode desrespeitar os padrões éticos, como, por exemplo, a que exige remuneração para ser proferida, como se fosse mera prestação de serviço. Verifica-se que a Constituição erigiu, como anota Marcelo Harger, a

---

20 *Ibidem,* p. 121.

21 FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 27.

> "moralidade como princípio autônomo e dotado de força para que se invalide não somente os atos ilegais, mas também aqueles contrários à moral"[22].

[22] HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137.

CAPÍTULO V

A DECISÃO JUDICIAL E SEUS FUNDAMENTOS NO PLANO DA VALIDADE

Sumário: 1 Fundamentos de Validade da Decisão Judicial. 2 Decisão Judicial: Nulidade e Inexistência. 2.1 Decisão Judicial. 2.2 Nulidade e Inexistência.

1 Fundamentos de Validade da Decisão Judicial

Hodiernamente, importa, para o estudo do processo, o exame da legitimidade emanada dos normativos que conformam o Direito como fenômeno jurídico pleno. Nesse plano, a decisão jurisdicional, à luz da Teoria Constitucional, há de ser constituída tendo como parâmetro o processo constitucionalizado. Sob esse ponto de vista de Direito Democrático, o processo, segundo Rosemiro Pereira Leal,

> [...] não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional[1].

O Direito somente faz sentido se posto a serviço do real, do cotidiano, do humano, a compartilhar da dinâmica social. Como se vê, a decisão jurídica não se caracteriza pela simplicidade do seu conteúdo ideológico, enquanto processo real de vida. Nela pode se perceber "a função de um conjunto de atos humanos, normas jurídicas – ou um entendimento do direito – valor, comunicação e materialidade"[2]. Como direito aplicado, portanto, manifestação do jurídico, configura a reunião dos

---

[1] LEAL, R. P., ob. cit., p. 69.

[2] BORGES, Wilson Hilário. **Decisão Social e Decisão Jurídica**: uma teoria crítica-historicista. São Paulo: Germinal, 2000, p. 326.

elementos absorvidos dialeticamente, responsáveis pela decisão no campo da juridicidade.

O procedimento, para Niklas Luhmann, consiste num sistema empírico de atos em que normas jurídicas têm como elemento basilar de sua ativação, comportamentos sociais dos seus atores (magistrados, advogados, partes, peritos, servidores) no plano judicial[3].

A jurisdição flui pela essência do devido processo constitucional. De maneira que o processo decisório, no âmbito judiciário, constitui apenas uma partícula do todo que conforma o sistema social, com suas implicações de ordem econômica, política, antropológica. Assim, no plano operacional, o Direito tem por escopo concorrer para realizar uma decisão que, imbuída pelo seu caráter de um fenômeno complexo, projeta centelhas a repercutir no universo social.

Como acentua Wilson Hilário Borges, a questão jurídica está permeada de vários fatores, os quais identificam como

> elementos institucionais, técnicos individuais, sociais e especificamente filosóficos. A decisão jurídica é o resultado de uma institucionalização do mundo social". [Esclarece ainda, que para o Direito,] o fenômeno da institucionalização tem dupla importância. É por via de uma ação institucional que o direito pode ser criado. Decisão social e decisão jurídica: uma teoria crítica-historicista[4].

[3] *Ibidem*, p. 86.

[4] *Ibidem,* p. 291-292.

Vale acrescentar, por outro lado, que vários elementos concorrem, de maneira substancial, para a construção jurídica, dentre eles cumpre assinalar aqueles formulados por Wilson Hilário Borges:

> todo o esforço; todas as elaborações teóricas, a elaboração das doutrinas e as ações institucionais cumprem, no desenvolvimento do processo jurídico, esse papel no jogo de ações e reações[5].

Também dessa análise emerge o pensamento de Plauto Faraco de Azevedo:

> A decisão de juiz encontra-se, em boa medida, condicionada pelos argumentos por ele enunciados, a propósito dos fatos que constituem o objeto do litígio e das normas que pretendem lhe devam ser aplicadas, sobre cujo sentido e abrangência ponderam, elaborando o discurso em cujo termo há de surgir a verdade processual. Toda a argumentação que desenvolvem acha-se, à sua vez, informada por determinada concepção do direito, que, embora raramente seja explícita, condiciona o modo por que se estrutura o raciocínio e se constrói o discurso. Nestas condições, se cabe ao juiz realizar a justiça ao decidir, pode-se afirmar que seu trabalho será singularmente facilitado ou complicado pela atuação dos advogados e do órgão do Ministério Público[6].

---

5 *Ibidem,* p. 323-324.

6 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

Pelo mesmo ângulo de compreensão, eis a posição de Wilson Engelmann:

> Estas decisões judiciais formuladas a partir de princípios podem ser catalogadas em dois sentidos: a) o tradicional: que permite renovar um critério ou um resultado da atividade interpretativa, tratando a questão de forma diversa da observada até o momento; b) sentido novo: que possibilita a elevação de um princípio ao patamar de um pensamento jurídico geral. Nos dois, casos fica evidente a formação judicial do direito, lastreada na prática e na doutrina, 'que pela publicação de sua substância diretiva nos comentários, coleções de casos e obras de consulta, vai destacando-se mais e mais frente ao fato somente casuístico e dado uma só vez'.
>
> Este aspecto é o responsável pelo incremento das decisões judiciais, preocupadas em valorar as peculiaridades características de cada situação. Isto vem ocorrendo inclusive no sistema jurídico continental, possibilitando uma nova liberdade aos juízes frente ao texto da lei, desenvolvendo um autêntico direito do caso, 'que delimita a substância normativa de um princípio'[7].

[7] ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico** – princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 121-123.

2 Decisão Judicial: Nulidade e Inexistência

2.1 Decisão Judicial

Não se procuram juízes, neutros, até porque eles não existem. O que se quer é a decisão judicial conforme o justo[8] e, assim, prolatada por magistrado que, a par do conhecimento da Teoria Geral do Direito, tenha "capacidade de perceber a realidade e contaminar-se, apenas, do sentimento de justiça"[9]. Cabe ao juiz, como assinala Inocêncio Martires Coelho, citado por Carlos Alberto Menezes Direito,

---

8 O homem livre nunca está próximo do tipo ideal, suas situações são variáveis e seu justo é também relativo e mutável. A lei deve consagrar o resultado da pesquisa, da investigação do justo, fruto da obra falível do homem livre, variável e contingente. Por isso, as regras escritas mostram-se insuficientes no plano dos fatos e sua constante mutabilidade (MAMAN, ob.cit., p. 95).

Conhecer o justo resulta de uma obra contínua em que não contam as instituições individuais; antes, é preciso que a experiência e o conhecimento sejam coletivos (por isso não há que falar em arbítrio do juiz). Nesta pesquisa contam a observação, a intuição, a dialética, a hermenêutica (MAMAN, ob. cit., p. 96).

O saber jurídico exige a arte da compreensão, como modo de ser, na procura da solução justa, quando se constitui ou se positiva a regra que já antes se nos revela na existência sócio-econômica; ou quando se decide no caso concreto. A aplicação de direito, na investigação do justo, é que dá unidade interna ao processo hermenêutico. Não pensamos o direito como normas "que brilham quando violadas" ou regras que mantêm expectativas que nunca serão cumpridas. Pensamos o direito que se faz fonte de vida e realização existencial do indivíduo e da sociedade (MAMAN, ob. cit., p. 108).

9 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 351., jul.-set. 2000, p. 25.

> criar a norma de decisão concreta ou a norma do caso, para realizar a justiça em sentido material, porque está decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento[10].

A sentença deve se ater a outros aspectos, além do mandamento legal, consoante ensina Carlos Alberto Menezes Direito, aduzindo que, ao seu prolator, conquanto deva ser preservada a integridade de sua independência, não se lhe reserva o direito de decidir agredindo a realidade, nem tampouco prevalecer do seu poder constitucional para prática de atos judiciais extremados. Robustecendo seu ponto de argumentação, em torno da adequação do julgado, ao critério da razoabilidade que deve presidir os atos judiciais, assenta com muita clareza:

> a força da decisão judicial é a sua compatibilidade com as condições concretas da sociedade, é a sua adequação ao critério do que é razoável, presente a lei, com o que o julgado e a sua conseqüência têm equilíbrio[11].

O que é, portanto, necessário é que o juiz transforme a prestação jurisdicional em ponto de referência da sociedade. Não quer isso dizer que serão eliminados os descontentes; quer dizer, isso sim, que a decisão coube no critério de justiça do tempo vivido, na compreensão do homem médio[12].

---

10 *Ibidem,* p. 26.

11 *Ibidem,* p. 29.

12 DIREITO, 2000, p. 29.

Decorrente disso, em nenhuma hipótese, será permitido que a decisão judicial ofendesse princípios constitucionais, perto não ser essa a vontade do Estado. Trata-se de ato jurisdicional nulo, desprovido de conteúdo material, por não reunir todos os elementos que lhe emprestem consistência e, especialmente, em face de não guardar compatibilidade entre seu texto e a Constituição.

Não se pode dizer, em razão disso, que tal ato se revista de mera aparência a habitar o mundo da não existência. A decisão judicial transita em julgado, imune ao procedimento recursal, mesmo inconstitucional, existe porque configura ato material. Na verdade, a inconstitucionalidade, no plano do processo, configura um liame de desconformidade que tem, como produto final, a invalidade. Invalidade essa que impede a produção dos efeitos desejados como traço característico dos atos estatais.

2.2 Nulidade e Inexistência

Derivado do latim *nullitas*, de *nullus*, nulidade é empregada, na terminologia jurídica, no sentido de nulo, nenhum. Assim se diz, conforme De Plácido e Silva, "da ineficácia de um ato jurídico em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que possa resultar a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de forma, indispensável à sua validade"[13].

Partindo-se da premissa básica de que todos os atos que não guardem pertinência com a Constituição são inválidos, pressupõe-se que as decisões judiciais, que se inserem no sistema de nulidades, em homenagem ao princípio geral que lhe empresta conformação, não

13 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., p. 561.

podem ser tidas como inexistentes. Com efeito, no plano da inconstitucionalidade, como adverte Paulo Otero[14], não subsiste ato de mera aparência, porque, neste caso, reúne condições mínimas de identificabilidade. Daí tratar-se de ato judicial nulo, como de resto ocorre com a lei inconstitucional.

Trata-se de nulidade absoluta que tem o condão de invalidar todo o processo, com reflexo na sentença que, em razão dela, torna-se susceptível de ser desconstituída por ação declaratória de nulidade absoluta da sentença ou ação declaratória de nulidade da Coisa Julgada Inconstitucional. Seu emprego busca enfrentar a situação inquinada de nulidade consubstanciada na sentença contrária à Constituição.

A Coisa Julgada pode ser considerada nula quando deixa, na sua composição essencial, de reunir os elementos imprescindíveis à sua conformação no mundo jurídico. Se transitada em julgado, em desconformidade com a Lei Maior, fica patente sua inconstitucionalidade, verificável quando: a) contrária às prescrições constitucionais; b) quando a sentença, pelo seu próprio conteúdo, levar à consagração de um absurdo; c) servir de veículo para a perpetuação de injustiças, em detrimento da dignidade humana e da cidadania.

Desse modo, tem-se que a sentença eivada de nulidade não permite sua materialização no plano objetivo, principalmente, pelo fato de não produzir efeitos válidos. Dir-se-ia que, em razão disso, a mesma não guarda compatibilidade e adequação aos ditames constitucionais, como assinala Merlin, citado por Martinho Garcez:

[14] OTERO, ob. cit., p. 85.

> *Ce mot (nullité) désigne à la fois l'état d'un acte qui est nul et comme non avenu, et le vice qui empèche cet acte de produire sont effet*[15].

Presume-se que, na espécie, não se trata de nulidade condicionada ao manejo de rescisão, porquanto o que se examina é a violação de preceitos constitucionais, assim matéria de pleno direito, razão por que não surte o efeito desejado. Para Martinho Garcez,

> as nulidades de pleno direito devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer dos atos ou dos seus efeitos e encontrá-los provados e que, por isso, elas não operam *ipso jure*[16].

Por outro lado, vale dizer, no tocante aos atos contrários à lei, a advertência feita por Martinho Garcez toca diretamente a matéria versada, realçando o ponto de vista aqui esposado, como abaixo:

> Sendo regra geral de direito que são válidos todos os atos praticados conforme as prescrições da lei, pode deduzir-se *prima facie* e a contrário *sensu*, que nulos são todos os atos contrários à lei, porque sendo ela base da ordem social, a sua autoridade desapareceria, se aos indivíduos fosse permitido expressamente desrespeitá-la[17].

---

15 GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos Atos Jurídicos**: de acordo com o Código Civil Brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48.

16 *Ibidem*, p. 48.

17 *Ibidem*, p. 96.

A nulidade de pleno direito equivale à prescrição dos atos, administrativos, legislativos ou jurisdicionais, praticados em desconformidade com os comandos constitucionais. E, em decorrência disso, os atos que são nulos não se subordinam ao procedimento rescisório, pela impossibilidade de aproveitamento, em razão do não reconhecimento de sua validade jurídica.

À toda evidência, no plano jurídico-processual, pode-se deparar com as sentenças inexistentes e as sentenças nulas. A Coisa Julgada Inconstitucional resolve-se no plano da validade, posto revestir a qualidade do que é nulo. Pontes de Miranda ajuda a entender a opção que se toma nesse sentido:

> se a sentença é inexistente, não é sentença: não cabe rescindir, seria cindir o nada. [Se a] sentença é nula, sentença existe, porém não vale de pleno direito[18].

Nessa linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[19], na perspectiva da doutrina alemã, assegura que a lei "é inconstitucional e, portanto, nula". Trata-se de uma situação – inconstitucionalidade – cuja consequência jurídica implica nulidade, caminha na mesma direção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No caso do ato jurisdicional desconforme à Constituição, este é destituído de aptidão para produzir efeitos

---

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 196.

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 37.

válidos, em face do vício que o contamina e, por isso, é nulo. A declaração de nulidade do ato judicial, mediante ação autônoma de impugnação, afasta situações constituídas sob seu império. Daí fica claro que nenhum direito pode ser agasalhado por sentença, que não se coaduna com os ditames informativos imprescindíveis ao seu conteúdo de validade.

Partindo-se da premissa básica de que todos os atos que não guardem pertinência com a Constituição são inválidos, pressupõe-se que as decisões judiciais se inserem no sistema de nulidades, em homenagem ao princípio geral que lhe empresta conformação, não podem ser tidas como inexistentes. Com efeito, no plano da inconstitucionalidade, como adverte Paulo Otero[20], não subsistem atos de mera aparência, porque, neste caso, reúnem condições mínimas de identificabilidade. Daí tratar-se de ato judicial nulo, como de resto ocorre com a lei inconstitucional.

Trata-se de nulidade absoluta que tem o condão de invalidar todo o processo, com reflexo na sentença que, em razão dela, torna-se susceptível de ser desconstituída por ação declaratória de nulidade absoluta da sentença ou ação declaratória de nulidade da Coisa Julgada Inconstitucional. Seu emprego busca enfrentar a situação inquinada de nulidade consubstanciada na sentença, contrária à Constituição.

[20] OTERO, ob. cit., p. 85.

CAPÍTULO VI

CONTRIBUIÇÕES AO ESTUDO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: ESTUDOS DOUTRINÁRIOS

Sumário: 1 A Concepção de Paulo Otero. 2 A Concepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima. 3 A Concepção de Cândido Rangel Dinamarco. 4 A Concepção de Humberto Theodoro Júnior. 5 A Concepção de José Augusto Delgado. 6 A Concepção de Ivo Dantas. 7 A Concepção de Araken de Assis.

Cumpre registrar que alguns estudos vêm sendo feitos na tentativa de demonstrar a admissibilidade de se recorrer a uma ação autônoma de impugnação contra a sentença nula, em face de sua inconstitucionalidade. Todos buscam consolidar o entendimento, segundo o qual não é absoluto o princípio da imutabilidade da *res judicata*. Ressalte-se, entretanto, que Araken de Assis sustenta a eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional.

Dentre os trabalhos escritos[1], ao derredor desse tema, cabe destacar, entre outros, o *Ensaio sobre o Caso*

[1] O tema Coisa Julgada Inconstitucional ganhou mais espaço na literatura jurídica, com a coletânea coordenada por Carlos Valder do Nascimento e oferecida ao público no ano de 2002. Ali, figuraram ensaios do próprio coordenador, de Humberto Theodoro Júnior, em cooperação com Juliana Cordeiro de Faria e de José Augusto Delgado, além de uma versão anterior deste meu estudo.

O primeiro deles tem como conclusão principal e mais aguda a de que "não existe nenhum choque entre o princípio da segurança jurídica e a aplicação dos outros que se lhe tenha impingir não resiste mais aos primados da moralidade e da legalidade".

Concluiu também, apoiado no parágrafo acrescido ao art. 741 do Código de Processo Civil, por uma Medida Provisória de duvidosa constitucionalidade, que "nas sentenças nulas, os vícios ao conteúdo de inconstitucionalidade por elas veiculado podem ser atacados, sem neces-sidade de observância de tempo ou de procedimento específico" etc. Essa conclusão parece ser o alvitre de uma absoluta vulnerabilidade da Coisa Julgada Inconstitucional, com a possibilidade de ser infringida sempre, independentemente da ocorrência de fraude ou grave injustiça e sem levar em conta uma comparação entre o valor *segurança* e o valor transgredido em cada caso concreto. Nessa visão puramente dogmática, que consiste em confrontar hierarquicamente as leis e as decisões com a Constituição Federal, aproxima-se do pensamento de Paulo Otero (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240-241).

Julgado Inconstitucional, de Paulo Otero, e *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, de Jorge Miranda. Vale salientar, igualmente, os trabalhos concebidos por Paulo Roberto de Oliveira Lima, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado, que são examinados, dentro desta seção.

1 A Concepção de Paulo Otero

Paulo Otero faz distinção entre inexistência e inconstitucionalidade das decisões judiciais, salientando que as meras aparências de *actos* judiciais não são reduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade, antes, afirmam-se como casos de inexistência jurídica. E arremata: "apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade"[2].

Centrado no ponto de vista de uma percepção mais ampla do princípio da constitucionalidade a toda a atividade do poder público, Paulo Manuel Cunha da Costa Otero, ao estabelecer a tipologia dos casos da espécie, dentre as situações elencadas, inventaria as formas usuais de inconstitucionalidade do caso julgado, dando destaque "a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional"[3].

Nada obstante pressupor que tais decisões inquinadas como inconstitucionais passam sempre pela aplicação de normas, o referido autor, na análise desenvolvida em seu ensaio sob apreciação, faz uma ressalva, admitindo:

---

2 OTERO, ob. cit., p. 64.

3 *Ibidem*, p. 65.

> no entanto, em paralelo a tais casos de decisões judiciais inconstitucionais, importa reconhecer que podem existir decisões judiciais cujo conteúdo ofenda directa e imediatamente a Constituição sem interposição de qualquer norma[4].

Com esse raciocínio, mesmo colocando em relevo a importância do princípio da segurança jurídica no plano do ordenamento jurídico-constitucional, Paulo Otero não descarta a possibilidade da impugnação do caso julgado. Eis a sua posição:

> A idéia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundamentadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autônomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição[5].

A concepção teórica, por ele desenvolvida, admite a plausibilidade do ataque frontal ao caso julgado desconforme à Constituição, de sorte a atingir os atos jurisdicionais que

> reúnam um mínimo identificabilidade das características de um acto judicial, isto é,

[4] *Ibidem*, p. 66.

[5] *Ibidem*, p. 93.

> que seja praticado por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos[6].

A regra é que o caráter relativo da Coisa Julgada, conquanto não se possa desfigurar a segurança e a certeza de ordem jurídica que encarna, permite sua destruição em ação autônoma intentada com esse objetivo.

Prepondera, em sua tese, a supremacia constitucional fundamentada nos princípios que balizam os exercícios das atividades estatais. É necessário, entretanto, que as decisões judiciais reúnam os elementos conformadores de sua estrutura material, cuja identificação seja capaz de delimitar o campo da inconstitucionalidade apontada. Na espécie, seu exame exige a caracterização dos fatos que violem a Constituição, afastando-se, de logo, os de mera aparência.

2 A Concepção de Paulo Roberto de Oliveira Lima

Paulo Roberto de Oliveira Lima desenvolve as mesmas ideias, ao tecer considerações acerca da revisão da coisa julgada, advertindo que "a imutabilidade que a caracteriza não é tão absoluta quanto se imagina"[7]. Com essa posição, alinha-se à doutrina que defende a quebra do rigor da coisa julgada no seu aspecto de intangibilidade, admitindo, em consequência, sua flexibilidade.

Sobre tal possibilidade, não agasalha qualquer dúvida, embora sustente que o instituto em questão não pode ser eliminado. Assim pensa, em homenagem ao

---

6 *Ibidem*, p. 79.

7 LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Teoria da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112.

bom funcionamento do processo, o que o leva a argumentar sobre o erro da sentença como motivo de sua revisão. Em síntese, eis o fio condutor de seu pensamento:

> [...] o princípio da legalidade não pode ser sacrificado em homenagem à coisa julgada, tampouco o princípio da isonomia. No choque entre uns e o outro, a imutabilidade tem de ceder passagem àqueles princípios basilares do constitucionalismo nacional[8].

Por outro lado, enfatizando que a lista de casos julgados é infindável, após elencar diversas hipóteses passíveis de revisão e lembrar de que

> sempre haverá inúmeros exemplos de divergências objetivas sobre o sentido de determinadas regras jurídicas[, aduz que cabe] ao sistema garantir a revisão desses julgados, instituindo remédio jurídico-processual próprio, sob pena de prevalecer a dualidade do Direito[9].

Seu entendimento passa, então, pela ideia, assaz difundida, de uma solução equitativa da Coisa Julgada no plano da ponderação de interesses. Prevalece, nessa linha, na aplicação do Direito, após o cotejo entre os princípios e, na hipótese, de haver choque entre eles, a escolha daqueles que conformam o arcabouço do ordenamento superior. Postula pela permanência do instituto da Coisa Julgada, mas ressalva a necessidade do seu aperfeiçoamento com vistas à sua adequação ao processo, em proveito de sua eficiência e racionalidade.

---

8 *Ibidem*, p. 114.

9 *Ibidem*, p. 117.

3 A Concepção de Cândido Rangel Dinamarco

A relativização da Coisa Julgada está também nas cogitações de Cândido Rangel Dinamarco que sobre o tema desenvolve sua visão sistemática, utilizando-se de critérios objetivos, ao apontar a prevalência de certos valores garantidos constitucionalmente "tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas"[10]. Justo, por isso, acatar "a idéia da coisa julgada inconstitucional"[11], que, embora assentado na Constituição, não pode ser tido como absoluto. De acordo com seu ponto de vista:

> [...] tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas, mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios[12].

A posição que defende tem por escopo afastar injustiças, embora, como assevera, não busca destruir a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir a proteção que lhe assegura a

---

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 2, n. 7, p. 1, fev. 2001. p. 1. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104463>. Acesso em:out. 2004.

11 *Ibidem*, p. 1.

12 *Ibidem*, p. 1.

lei e a Constituição, de sorte que sua proposição reveste-se de caráter extraordinário, como se vê do seu texto, *verbis*:

> Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição, com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral[13].

Finalmente, o referido autor assevera, estribado na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que a ação autônoma por este aventada é a mesma proposta por Piero Calamandrei em que o instrumento

> [...] adequado contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, far-se-á declarar o caráter negativo que o conteúdo da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção[14].

Admitindo possa ser a Coisa Julgada relativizada, Dinamarco não desborda das opiniões doutrinárias que já se pronunciaram sobre o tema. De qualquer modo, acolhe a tese de que a decisão injusta, fraudulenta e absurda, deve ser afastada, por não se compatibilizar com a letra e

13 *Ibidem*, p. 1.

14 *Ibidem*, p. 1.

o espírito da Constituição. Coloca sob banho-maria a tese da Coisa Julgada absoluta que, entretanto, somente deve ser questionada diante de situações extraordinárias.

4 A Concepção de Humberto Theodoro Júnior

Não importa qual seja o sistema de processo adotado, porque para Humberto Theodoro Júnior[15]:

> impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo se esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária.

De fato, como ainda engendra sua tese, o referido autor aduz: à parte prejudicada pela nulidade absoluta, *ipso iure*, não poderá a Justiça negar acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado.

Dentro do seu raciocínio desenvolvido, Humberto Theodoro Júnior entende ser viável se lançar mão da *querela nullitatis*, salientando:

> É diante dessa inevitável realidade da nulidade *ipso iure*, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da *res indicata*, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga *querela nullitatis*, fora e além das hipóteses

[15] THEDODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os instumento processuais para o seu controle. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 2, n. 9, p. 1 , abr. 2001, p. 1. Disponivel em:<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104461>. Acesso em: set. 2004.

> de rescisão expressamente contempladas pelo Código de Processo Civil[16].

Proclama a possibilidade de se recorrer aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para equacionar a problemática dos prazos prescricionais e decadenciais, esclarecendo, ademais, que "o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público: seja legislativo, executivo ou judiciário"[17]. E, em outra parte, afirma que a Coisa Julgada não pode ser invocada como "empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença dada em contrariedade à Constituição Federal"[18].

A tese bem fundamentada por Humberto Theodoro Junior é de total abertura para a revisão dos casos julgados, sem limite temporal, afastada qualquer arguição de natureza prescricional. Nesse plano, a sentença nula pode ser objeto de desconstituição a qualquer tempo, já que o vício que a contamina propicia a invalidade do seu conteúdo substancial. Para sanar esse problema invoca a principiologia constitucional, onde se pode encontrar a solução desejada na aplicação de cada caso.

Não obstante reconhecer que o dispositivo inserto, no Código de Processo Civil, que tem servido para fortalecer a tese por ele expendida, entende que o próprio sistema jurídico-processual detinha o instrumental para o enfrentamento dessa problemática. Trata-se de ponto de vista arejado e, sobretudo, de contribuição intelectual expressiva a um novo tempo do processo, nesse limiar

16 *Ibidem*, p. 1

17 *Ibidem*, p. 1.

18 *Ibidem*, p. 1.

do século XXI. Essa mudança de mentalidade contribui fortemente para que o procedimento não seja mais importante que o essencial.

Com essa tese, também comungada por José Augusto Delgado, alinha-se este estudo, porquanto configura o pensamento nele esposado. Com razão, esses dois brilhantes juristas, pela clareza, objetividade e honestidade intelectual com que expõem suas ideias, à consideração do mundo jurídico. Não é absoluta a Coisa Julgada e, como tal, pode ser atacada mediante remédio ofertado pelo próprio sistema jurídico, basta que se desenvolva a hermenêutica tão depreciada pelos que entendem o Direito, apenas, pela ótica estreita da lei.

5 A Concepção de José Augusto Delgado

Vale ressaltar, por oportuna, a posição de José Augusto Delgado que comunga com a tese da Coisa Julgada inconstitucional e sobre a qual tem desenvolvido estudos doutrinários e se manifesta em sede jurisdicional na qualidade de magistrado consciente do seu relevante papel social de fazer justiça, sem o engessamento de dogmas que impedem a aplicação equitativa do Direito.

Veja-se nesse sentido, o entendimento adotado pelo referido autor:

> A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.
>
> Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor de segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime

> democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual[19].

Mais adiante, assevera:

> cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadas da moralidade, de legalidade e dos princípios constitucionais[20].

Após enumerar diversas situações tidas como atentatórias à Constituição, assegura como muita propriedade que elas:

> Nunca terão força de coisa julgada e que poderão a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça[21].

E pondera a certa altura do seu raciocínio, em determinada passagem do seu ensaio, com uma indagação: ora, sendo o Judiciário um dos poderes do Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente, o de garantir a prática da justiça, como conceber

---

19 DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. **Revista Virtual do Centro de Estudos Victor Nunes Leal da AGU**, Brasília, DF, ano 1, n. 1, p. 1 jan.--mar. 2002. Disponível em: <http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/523/512 >. Acesso em: abr. 2003.

20 *Ibidem*, p.1.

21 *Ibidem*, p.1.

como manto sagrado, intocável, coisa julgada, que faz o contrário?[22]

6 A Concepção de Ivo Dantas

Preconizando que a Coisa Julgada Inconstitucional deve ser analisada sob a perspectiva de inexistência, Ivo Dantas aventa a necessidade de que seja a mesma impugnada, sem qualquer preocupação com o elemento tempo. Para o autor, é importante a preservação da efetividade constitucional, princípio que deve ter como destinatário maior a segurança jurídica, mesmo que o ato atacado desconforme a Constituição seja de natureza judicial.

Para o equacionamento da questão suscitada, aponta caminhos que devem ser trilhados, aludindo que os mesmos contam com o respaldo da ordem jurídico-positiva. Dentre os instrumentos sugeridos, destacam-se, entre outros: a Ação Rescisória, o Mandado de Segurança e a Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença. Com eles, o referido autor pensa poder enfrentar os casos sugeridos na prática judiciária, dentro da visão que coloca acerca da problemática.

Admitindo o manuseio da ação rescisória para fazer face às decisões inconstitucionais, pondera apenas no tocante à solução relativa ao prazo decadencial. Afetando o prazo fatal de dois anos para sua interposição, entende que, na espécie, possa mesmo ser invocado sem necessidade de previsão temporal, em qualquer instância ou Tribunal. Entretanto, não deixa de revelar seu pessimismo no tocante à posição conservadora do Judiciário, conforme adverte:

[22] *Ibidem*.

> [...] apesar de toda esta clareza em nível de Teoria Constitucional, o misoneísmo existente entre os integrantes do STF e parte da doutrina não nos permite visualizar uma mudança do entendimento predominante em curto espaço de tempo, razão pela qual teremos que buscar outros mecanismos processuais para tornar efetiva a Constituição frente à coisa julgada inconstitucional[23].

Outro mecanismo diz respeito ao Mandado de Segurança, que pode ser utilizado para enfrentar a coisa julgada inconstitucional.

Não há, segundo o referido autor, qualquer restrição ao seu uso na linha aqui adotada. Assim, se cogitar da espécie aventada, o prejudicado

> tem o direito líquido e certo de contra ela se insurgir (coisa julgada inconstitucional), exatamente pelo fato de que a inconstitucionalidade é a pior das ilegalidades e a existência desta é pressuposto para a impetração do remédio heróico[24].

Por fim, acena para Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, assegurando que: se, por qualquer motivo, a Ação Rescisória for apontada como ilegítima em razão do tempo, a saída seria o uso do Mandado de Segurança ou da Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, em razão da inconstitucionalidade na qual se encontra fundamentada.

---

23 DANTAS, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional**: declaração judicial de inexistência. [S.l.:s.n.], 2003. No prelo.

24 *Ibidem*.

7 A Concepção de Araken de Assis

Conquanto o estudo de Araken de Assis penetre na questão da eficácia da coisa julgada inconstitucional, sua abordagem circunscreve-se apenas ao âmbito de nova regra estatuída no Código de Processo Civil[25]. Então, suas observações gravitam ao derredor de temática pertinente aos Embargos de Execução que, aliás, domina em face de sua extensa obra acatada no mundo jurídico.

Revela, ao longo do seu arrazoado, preocupação no sentido de se perder o referencial da noção de segurança, pela possibilidade de renovação perene dos litígios. Daí, sugerir que sejam delimitadas as situações inoperáveis pela Coisa Julgada e o remédio para retratá-la, no plano legislativo. Isto, porque vislumbra, na solução adotada, o progressivo enfraquecimento da Coisa Julgada, ao sopesar as vantagens e desvantagens advindas do dispositivo sob comento.

No tocante ao deslinde dos Embargos, entende que sua procedência implica insubsistência da execução, como efeitos do seu julgamento. Adverte Araken de Assis que:

> [...] este provimento não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo extinto, porém nenhum proveito prático resultará da renovação da demanda, ante a eficácia *erga omnes* do juízo de inconstitucionalidade, que vincula os órgãos fracionários inferiores[26].

---

[25] **Código de Processo Civil**, art. 741.

[26] ASSIS. Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. No prelo.

Por outro lado, o referido autor aduz que, na hipótese aqui aventada, a procedência dos Embargos

> [...] pressupõe a motivação do título executivo, exclusivamente, no preceito inconstitucional. Se, ao invés, a condenação se ampara em múltiplos fundamentos, porque o vencedor alegou várias causas de pedir no processo que a originou, o título resistirá à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um dos seus fundamentos[27].

Reconhece, entretanto, que a matéria "se insere no panorama mais largo, que logo se ampliará a rincões inexplorados, a flexibilidade da coisa julgada"[28]. Constata, também, a existência de uma corrente, tendente a ignorar a intangibilidade dos provimentos judiciais o que suscita a possibilidade da abertura de uma reflexão permanente em torno da questão.

---

27 **Código de Processo Civil**, art. 741.

28 *Ibidem*.

CAPÍTULO VII

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

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

1 A Iniquidade como Paradigma do Processo: Doutrina da Negação do Direito

Quando se propõe repensar o sistema judicial, alguns doutrinadores tentam fazer transparecer que o que se busca é a imposição de determinada teoria, o que não condiz com a verdade. O que se quer é estabelecer uma discussão dialética, convergindo tendências multidisciplinares de conformação pluralista, na persecução do compromisso com a ciência, e isso implica na convivência com outros pensamentos, no plano do debate civilizado.

O normativismo, dissociado da filosofia moral, apenas contribui para encher tratados embolorados a serviço do enriquecimento da literatura processual, a partir da construção de fórmulas esotéricas que giram em torno de si mesmas, sem qualquer proveito para o cidadão, haja vista que *o justo* não se compraz com um procedimento imoral chancelado pela estrutura de poder estabelecido. De modo que a Coisa Julgada, como modelo hermético concebido por mentes engenhosas, não é perfeita, necessitando de remendos para contornar sua pretensa intangibilidade.

Não se há de tomar como paradigma a injustiça, pois, como assinala Plácido e Silva[1], ela

> se revela em toda a violação dos direitos de uma pessoa, não importando os meios que são usados. Tanto basta que se mostre ato praticado contra a lei ou contra o Direito, em ofensa ou violação a direito alheios. [E acrescenta ao seu raciocínio:] Mas, também se entende como tal toda aplicação errônea ou

[1] Silva, ob. cit., 1997.

> inadequada de lei ao caso em espécie, como a falta de aplicação justa da lei[2].

Nesse diapasão, colhe-se o entendimento, no plano jurisdicional, de que a sentença pode pecar por ação ou omissão. Neste caso, quando nega aplicação à lei, impossibilitando que cumpra seu desiderato e, naquele, quando aplica de maneira não equitativa a regra ao caso concreto. Assim, sacramenta a injustiça e a doutrina que fortalece essa tese, revela total desprezo pelo direito e falta de compromisso com a justiça; desserve ao invés de servir.

O objetivo da doutrina que cuida da sentença inconstitucional ou injusta não é, como supõem seus críticos, promover um ato de sabotagem, mas propiciar uma aplicação do Direito. Com efeito, se a meta é a justiça, o processo configura tão somente um instrumento de sua realização. Assim, a ideologia plasmadora dessa doutrina, em seu ideário, se inclina para a convalidação da imoralidade e da injustiça, absorvendo-as, tendo como pano de fundo a ilusão de que atende a paz social.

A Coisa Julgada, enquanto conceito absoluto, vem de longe e os seus seguidores não fazem outra coisa senão repetir um refrão muitas vezes proclamado. Ressuscitam a velha fórmula dar a cada um o que é seu: ao pobre, a pobreza; ao miserável, a miséria; e ao perdedor, a decisão iníqua. Fundada no senso comum teórico, essa doutrina reflete a visão estereotipada do saber haurido nos cursos de Direito, inclusive no nível de Pós-Graduação. Tanto que José Eduardo C. de Oliveira Faria denuncia a valorização, no plano da abordagem sistemática e lógico-dedutiva, do princípio da autoridade, aduzindo:

---

2 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., p. 120.

> A opinião dos'preclaros mestres' e 'insignes doutores', todos citados aos borbotões como pretexto para demonstração de uma erudição sem peso teórico, recheando, manuais e livros – além de servir para engrossar teses acadêmicas de professores sem inspiração, abrindo caminho para que o 'pedantismo da ligeireza' sirva de critério para o prevalecimento de um tipo modal de mestre acrítico e subserviente aos clichês predominantes entre os juristas de ofício[3].

Parafraseando Platão, que entendia que a verdadeira lei é somente a justa, e não a injusta, ainda que os ignorantes tenham esta última como lei, se poderia dizer que a sentença iníqua é repelida pelo jurista em sintonia com a realidade e pelo sistema jurídico universal.

A imposição de um modelo processual importado de países de cultura milenar, inadequado à realidade brasileira, além de revelar nenhuma sensibilidade às exigências do real e da vida, como entende Henri Page, incorre não em sabotagem, mas na consagração do absurdo. Esse discurso cumpre, entre outros, o papel de veicular a falsa crença na autoridade da coisa julgada inconstitucional, desencorajando, em consequência, qualquer iniciativa em contrário.

Apesar dessas ideias reproduzidas nos compêndios tradicionais que tentam "confundir o direito com aquilo que a pseudociência dogmática isola, para enfocar apenas

[3] FARIA, José Eduardo C. de Oliveira. Positivismo x jusnaturalismo: um falso dilema. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993, p. 21, grifos do autor.

um aspecto mutilado do direito, que urge recompor"[4], surge o pensamento sistemático da doutrina rebelde que procura construir o jurídico com aproximação entre o processo e a realidade social.

Essa interpretação linear do processo não convence nem se presta à materialização do justo, que é o fim último perseguido pelo Direito. Não toca aos espíritos mais nobres, em face de sua dimensão apequenada, e, sobretudo à míngua de imaginação, tenta acomodar situações fraudulentas sob o manto silencioso da intangibilidade, como forma de escamotear o verdadeiro sentido de justiça que deve guiar qualquer procedimento que tenha o homem como eixo central de suas preocupações.

Essa doutrina não se compatibiliza com a natureza humana, porque outra coisa não faz senão se alimentar de suas próprias contradições. Não serão os juristas comprometidos, com a moral e a ética, que irão embarcar nessa nau desgovernada, cujo único mérito, já se disse, é a simulação do problema sem se dar conta de que a solução dada foi justa ou injusta. Ao acolhê-la e cuidar da sua difusão, o jurista desatento, como diria Nelson Hungria, mostra seu distanciamento dos estudos pós-positivistas[5] não contempladores de teses bizarras que,

---

[4] FARIAS, Maria Eliane Menezes de. As ideologias e o direito; enfim, o que é o direito? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993, p. 15.

[5] A fase pós-positivista caracterizada pelo predomínio da jurisprudência de valoração e da reaproximação entre o Direito e a Ética (virada kantiana) fez-se repercutir, no Direito Tributário, pelo reconhecimento de valores a inspirar princípios da tributação constitucionalmente expressos ou implícitos, dentre eles:

a) do valor segurança jurídica, decorrem os princípios da legalidade, tipicidade (e proibição de analogia), irretroatividade e ante-

solapando o arcabouço da estrutura moral da sociedade, batem de frente com o Direito.

2 O Conhecimento, a Verdade e a Sentença

Mesmo abstraindo-se do fato de que a sentença não persegue uma verdade, como posto por certa doutrina, não se pode olvidar que essa deve constituir o objetivo de sua permanente preocupação. Quando se fala em verdade, vem à mente a ideia de um conceito relativo, daí o seu caráter mutável, que lhe empresta consistência em sua conformação no plano judicial.

É nesse contexto de *mutabilidade* que a sentença tem sua inserção, o que reflete de modo direto na estrutura da Coisa Julgada dela decorrente. Não há inconstitucionalidade perpétua, sem prazo, se assim fosse, o mesmo poderia se dizer das leis, sempre que alguém as julgasse inconstitucionais. Tal objeção dissonante revela apenas o inconformismo de uma corrente de pensamento conservador que tem no dogmatismo sua única fonte de inspiração.

---

rioridade, chamados por alguns, no seu conjunto, de princípios da não-surpresa do contribuinte;

b) dos valores igualdade e justiça advêm os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, cada qual, por sua vez, desdobrando-se em diversos sub-princípios (generalidade, universalidade, uniformidade e proibição de privilégios e discriminações odiosas; mínimo vital, não-confisco, personalização, proporcionalidade, progressividade e seletividade); e aos quais se acresce o princípio do custo/benefício;

c) dos valores propriedade e liberdade, procedem os princípios das imunidades fiscais, da proibição de limitações ao tráfego em razão da procedência ou destino, do não-confisco (também) etc. CRETTON, Ricardo Aziz. **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, e sua aplicação no Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 93-94.

O erro é próprio do homem e mesmo quando este busca a justiça como equidade, tema, aliás, desenvolvido por Jonh Rawls, e persevera à procura da verdade também pode cometê-lo. Isso porque

> o mundo que nos rodeia é rico e diverso, é eterno e infinito. Neste sentido, a nossa visão do mundo é limitada, relativa, em cada etapa do desenvolvimento histórico[6].

Se é certo que a verdade é relativa porque o conhecimento é parcial e, portanto, complementar da realidade, não menos correto é afirmar que a sentença padece da mesma limitação. Portanto,

> os conhecimentos que fazem parte da verdade relativa podem ser aprofundados, ponderados e precisados mais tarde. [Somente nessa acepção pode ser entendido o aforismo de que a] coisa julgada faz do quadrado redondo, pois, no quadrado está contido o redondo, que após o desgaste do tempo, aprimorado devidamente, transmuda-se em redondo[7].

Essa incompreensão acerca da mutabilidade e da estabilidade social redunda na forma extremada do dogmatismo, que aborda a verdade de maneira unilateral, escudada em proposições imutáveis dissociadas da ciência e da prática. De maneira que "absolutizam a verdade, desprezando a sua

---

6 KORSHUNOVA. L.; KIRILENKO, G. **Que é a Filosofia**. Moscovo: Progresso, 1982. p. 191.

7 *Ibidem,* p. 191.

relatividade"[8]. Nessa perspectiva, tem-se que não há Coisa Julgada absoluta,

> dado que tudo é mutável, versátil, não pode haver verdades absolutas, constantes e, por conseguinte, o nosso conhecimento é sempre relativo, condicional[9].

O processo judicial está estruturado para buscar e estabelecer a verdade em relação ao resultado desejado, como assinala John Rawls, acrescentando: "a doutrina do processo examina quais procedimentos e critérios de provas"[10] mostram-se adequados à consecução desse fim, mesmo com a observância da lei, "e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se não chegar ao resultado esperado"[11].

No esboço de sua Teoria da Justiça, essa tem seu papel realçado por John Rawls, que a concebe como a:

> [...] primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira: da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizados que sejam, devem ser reformadas ou *abolidas se são injustas*[12].

---

8 *Ibidem,* p. 192.

9 *Ibidem,* p. 193.

10 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 91.

11 *Ibidem,* p. 92.

12 *Ibidem,* p. 3-4, grifos do autor.

A interpretação dialética parte da premissa que o novo não afasta o velho de modo radical, mas preserva o que nele se contém de melhor, "e não só o conserva, mas também o transforma e eleva a um novo grau mais alto"[13]. É induvidoso que, no plano da realidade material, opera-se o atrofiamento do obsoleto, dando abertura ao novo, que determina o desenvolvimento e a superação do velho pelo novo que é traço característico da vinculação de ambos no processo de desenvolvimento.

Se a constatação, no futuro, é a de que a sentença não se sustenta por razões de fundamental relevância que autorizam sua desconstituição, não há como negar essa possibilidade. A doutrina que acolhe o iníquo como solução definitiva da controvérsia, poderia muito bem habitar o mundo jurídico da teratologia. Não há outro meio de classificar essa insânia que traz o invólucro da aparência e, no seu bojo, um presente de grego sob o rótulo de uma decisão estável e duradoura.

3 O Trânsito em Julgado da Decisão Injusta

O Estado Democrático de Direito configura o exercício da cidadania em toda sua plenitude, e a decantada segurança jurídica não é outra coisa senão o asseguramento das garantias constitucionais do cidadão. Fora disso, democracia e segurança não passam de velhos clichês que buscam justificar o arbítrio da corporação governamental, em nome da autoridade do Estado. Antes de falar nesse fraseado bonito como panaceia para todos os males, torna-se imperativo combater a hipocrisia.

[13] AFANASSIEV,ob. cit., 1982, p. 111.

Não se pode negar que o Brasil tem uma literatura processual de primeiro mundo, como atestam os manuais que versam sobre essa temática. O interesse maior, como se vê, é travar-se a discussão em torno de questões estritamente vinculadas ao processo, sem qualquer preocupação com o direito do cidadão. Seus labirintos, filigranas, soluções estéreis e procedimentos inúteis, demorados, massacrantes, sem interesse prático, transformaram de há muito o Poder Judiciário numa gigantesca máquina burocrática.

Nenhum processualista comprometido com a causa comum do povo, com a justiça, com a efetividade do processo, pode compactuar com essa situação caótica. Se o processo serve apenas a si próprio, hermético, fechado em seu círculo, não convém à sociedade, porque nada tem a oferecer no plano da vida. Não é esse o objetivo, nem a finalidade, nem o que se propõe com a abertura de um processo. Sua meta, isto sim, é alcançar o resultado colimado, utilizando-se dos meios adequados.

Se o produto do processo que culminou com a sentença revela incompatibilidade com o ordenamento superior, não há como não rejeitá-lo. O Direito não se nutre do simulacro, do arremedo de decisões alinhavadas, onde a única coisa que se leva em conta é seu trânsito em julgado. Isso é importante, mas não basta aos que têm sede de justiça, como no versículo bíblico, porque serão consolados. E o seu consolo jamais poderá ser uma sentença fraudulenta passada em julgado.

Assim, como erro de cálculo ou aritmético, a imoralidade, o injusto, o inconstitucional são, no plano do processo, elementos que concorrem para a nulidade dos atos judiciais. Nessas condições, embora tendo seu trânsito em julgado, a sentença não pode subsistir, mesmo sob o argumento de que devem prevalecer outros interesses em detrimento da equidade. Desse modo, não há

porque a engrenagem do Judiciário seja acionada com o objetivo de chancelar a iniquidade.

A doutrina, por razões de consciência e de seriedade, não pode compactuar com uma tese dessa natureza, atentatória aos preceitos éticos que devem presidir a vida em comum. Na verdade, ao jurista de plantão pouco importa a justeza do processo decisório, visto que a ele somente basta que o mesmo tenha termo final, sem se preocupar com a essência, mas somente com a aparência.

Por oportuno, vale a pena trazer à colocação entendimento diverso adotado por uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, a propósito da Coisa Julgada, de cujo teor, expresso em Acórdão, se discorda, na forma das razões críticas que aqui serão tecidas a seu respeito. Eis o excerto do Voto de sua 3ª Turma, tendo como relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

> Assim, a existência de um exame pela DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada[14].

Sob a perspectiva aristotélica, esse raciocínio não se coaduna com a logicidade que deve presidir o fenômeno jurídico em sua teia de complexidade. Uma, porque nele enxerga-se nitidamente a *superação* da *verdade* pela *inverdade*; duas, porque o direito busca a realização do justo como fim último da ordem jurídica; e três, porque

[14] STJ, 3ª Turma, Resp nº 107.248/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07-05-1998, RSTJ 113/217.

a relação de incerteza não pode ser transformada, num passe de mágica, em certeza jurídica pela Coisa Julgada.

O que se extrai desse aresto é que a afirmação nele contida parte de uma premissa falsa – uma paternidade incerta e duvidosa – para concluir que ela é certa. Nesse caso, não há nenhuma certeza e muito menos segurança, mas apenas uma certificação formal, chancelada pela sentença, que o que era falso é verdadeiro. Ao contrário, nenhum ato estatal tem essa autoridade para dizer *que é o que não é.*

Está-se, sem a menor dúvida, diante de um sofisma engendrado pela situação em análise. Deveras, partindo-se do ponto de vista de uma afirmação falsa não se pode chegar a conclusões verdadeiras. Nesse contexto, a realidade é outra, o que demanda soluções mais criativas do juiz dentro de um panorama pós-positivista. Impõe, na espécie, a revisão do julgado para adequá-lo ao fato real, a fim de reparar o equívoco e, consequentemente, restabelecer a verdade, o tocante, a certeza da paternidade controvertida.

Não se pode deixar de assinalar que à Coisa Julgada não se pode debitar essa força extraordinária de que não se reveste. Trata-se de uma opção de caráter político, visando a delimitar o limite do tempo reservado à interposição de recursos acaso cabíveis. Assim, exerce papel de cunho operacional, no sentido de resolver uma questão prática, ditada pelos atos judiciais que não podem ficar eternamente pendentes de solução, em detrimento dos sujeitos de direito.

4 A Desconsideração, a Desconstituição e o Paradoxo

É necessário cautela diante de posicionamento de autor renomado que, em texto alentado inscrito em obra,

pelo mesmo comentado, diz, ao examinar a tese da Coisa Julgada Inconstitucional, que essa procura desconsiderar a eficácia da sentença. Trata-se de uma tentativa de desacreditar o esforço de mudança de procedimento, visando a superar velhas teses que não mais atendem às demandas atuais. Tenta, ainda, induzir que o estudo despreza a relação jurídico-processual, como se ela nunca tivesse existido.

Revela essa posição pouca familiaridade com a doutrina que vem sendo construída em favor de adequação do processo ao mundo real. Uma, porque o estudo circunscreve-se ao exame de desconstituição da relação processual o que, positivamente, não se confunde com desconsideração. Duas, porque não cuida de inexistência, mas de nulidade de sentença, o que encerra conceito distinto. Duas são as expressões-chave: *nulidade e desconstituição*.

Não pode escapar ao raciocínio aqui desenvolvido, no plano das relações sociais, a observação de Luiz Edson Fachin:

> [...] o Direito não é imune aos fatos e nem se basta em si mesmo. Se perder a condição de bem privilegiado para a proteção jurídica das relações sociais, abre-se para o tempo, o espaço e as circunstâncias. É científico sem deixar de ser essencialmente ideológico e é revelador de premissas políticas mesmo quando proclama sua imparcialidade[15].

É equivocada a leitura em torno da tese que, aqui, se sustenta, de que se apoia em posição estritamente de natureza dogmática. Ao contrário, repele-a pelo seu ca-

[15] FACHIN, Edson Luiz. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 255.

ráter redutor, incapaz de por si só compreender o Direito como fenômeno em sua manifestação plena. Se a opção caminha pelo campo da principiologia como pedra angular do sistema processual, os casos devem ser analisados, cada um dentro dessa ótica plural, levando-se em conta o seu aspecto material em confronto com a realidade.

De outro modo, dizer que se professa a teoria da desconsideração, é negar a evidência dos fatos diante da ausência de inspiração para oferecer uma solução, que se ajuste aos casos, que fogem ao comando da sistemática vigente. O procedimento, até então adotado, não se revela capaz de atender às situações extraordinárias, que exigem adequação própria, sem comprometimento moral, cuja inserção na vida torna-se imperativo de ordem pública.

A tese não se propõe à desconsideração da decisão judicial definitiva, visto que essa expressão traduz desrespeito, ultraje, desprezo. Não se articula no plano da perda da credibilidade, mas na necessidade de revisão de equívocos, inclusive, aqueles cometidos com má-fé, maculadores do processo, *verbi gratia*, as sentenças encontradiças nos negócios ilícitos.

Longe disso, a matéria, em torno da qual se gravita a questão, tem sua inserção no plano da relação jurídico-processual, por isso que o correto é afirmar que a discussão se agita no campo de sua desconstituição. O que se quer é eliminar, extinguir, desfazer decisões anômalas incompatíveis, por sua natureza, com a concepção natural do ordenamento legal. Para tanto, imprescindível se torna acolher a tese da relativização da Coisa Julgada.

Outra coisa não se persegue, senão demonstrar a caráter não absoluto da *res judicata*. Busca-se, isto sim, revitalizar e não desconsiderar a sentença, a partir da premissa básica de que é relativa, portanto, a autoridade da Coisa Julgada, configuradora da verdade sabida, tendo, em consequência, a expressão de validade entre as

partes, porquanto sua condição irretratável tez entre elas valer-se como direito.

O espírito configura, pois, essa ideia de relativizar que consiste, segundo Antônio Houaiss, em

> tratar ou descrever uma coisa negando-lhe o caráter absoluto ou independente, considerando-a, portanto, como de importância ou valor relativo[16].

Nessa perspectiva, conforme o referido dicionarista, "todas as idéias se relativizam, quando em contato direto com a natureza[17]".

Não é dado ao magistrado, aqui ou em qualquer parte do mundo, aproveitar-se da função judicante para ocultar, com decisões simuladas, interesses ilícitos. Seguramente, a doutrina que enxerga a plena normalidade das mesmas sem atentar para existência dessas situações escabrosas, afronta a consciência jurídica. Não é assim que se contribui para o avanço da ciência, com um passo na ideologia do retrocesso.

5 Ineficácia da Coisa Julgada Inconstitucional

A eficácia da Coisa Julgada material é matéria no plano do *decisum*, cuja discussão envolve a questão pertinente: a impossibilidade de se promover a rediscussão do que nele se contém. Desse modo, conforme admite Pontes de Miranda,

16 RELATIVIZAR. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2421.

17 *Ibidem*.

> nada tem com o que o comum chama obrigatoriedade da sentença: essa obrigatoriedade é de todos os atos estatais, com diferença apenas de sanção. [E acrescenta:] Essa autoridade da sentença é a do ato estatal, tanto que, antes de transitar formalmente em julgado, a sentença já a tem. O simples fato, por exemplo, de não poder o juiz retratar-se de algumas resoluções já lhe confere certa rigidez, dosando-lhe o prestígio desde que está sendo ditado na audiência, desde que acabou de ser proferida, desde que passou em julgado, desde que foi repelida a ação rescisória (a sentença foi atacada e nada sofreu) [18].

Por outro lado, conforme Pontes de Miranda, a autoridade da sentença nada tem a ver com seu trânsito em julgado, pois tal força decorre da sua condição de ato estatal e, assim, sua força é haurida da vontade do Estado. Desse modo, "esse problema da natureza da autoridade dos atos estatais, particularmente da sentença, nada tem com o problema da eficácia da sentença"[19]. Com efeito, observa-se que a eficácia da Coisa Julgada material diz respeito à impossibilidade de rediscussão da matéria decidida, isto é, da sua indiscutibilidade entre as partes.

Assinala-se, ademais, que não é o trânsito em julgado que torna a sentença eficaz. Por certo, a eficácia de sentença decorre do ato estatal que, veiculando a vontade do Estado, reproduz sua força coercitiva e obrigatória. A obrigatoriedade é da essência do Direito Constitucional que garante os atos públicos contra a irretroatividade. Por conseguinte, a

---

18 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 158,159.

19 *Idem,* p. 159.

eficácia busca legitimação no direito intertemporal, devidamente constitucionalizado dirigido ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à Coisa Julgada.

O recurso, por sua vez, nada diz sobre a eficácia sentencial, visto perseguir apenas a modificação do conteúdo decisório, revelando, assim, apenas uma irresignação da parte do processo. Cumpre atender ao direito de ampla defesa assegurado pela Constituição, a fim de fazer prevalecer a instrução contraditória. O prazo para que a sentença possa ser executada é uma questão meramente operacional, até porque tal poderia se dar, não fosse a burocracia a que se levou o processo na fase de conhecimento.

É equívoco, por conseguinte, falar-se em eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional[20], que é uma visão processualística que não se coaduna com a orientação inserta no Direito Constitucional. De outro tanto, a sentença por ela coberta é irremediavelmente nula, encontrando ressonância na teoria das nulidades.

A *res judicata*, como outros atos estatais, pode ser compreendida no plano existencial, que é o que determina o limite de temporalidade. Nessa perspectiva, tem lugar a questão da validade jurisdicional, pressuposto maior de sua eficácia, que evidencia sua conformação constitucional.

[20] "Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*) (**Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 522).

De fato, conforme anota Juan Francisco Linares, *apud* Juan Carlos Hitters, "*el problema de la cosa juzgada es en el fondo – ya lo expresamos – una cuestión de validez y vigencia de un precepto individual*"[21].

A eficácia da Coisa Julgada material não é da essência do Direito Constitucional como pretende Enrico Túlio Liebman, *apud* Pontes de Miranda[22], tendo em vista que ela encerra conteúdo estritamente de caráter processual. De maneira que o conceito de *res judicata*

> que aparece ou pode aparecer nas Constituições, foi tomado do direito processual. Apenas se lhe dá seguridade ou garantia constitucional, mediante a constitucionalização da regra de direito intertemporal[23].

A eficácia é inerente aos atos praticados pelo Poder Público, quer sejam administrativos, legais ou judiciais. Disso decorre que o ato jurisdicional é eficaz, se válido e, portanto, ditado conforme a Constituição. Por sua vez, a Coisa Julgada tem na segurança jurídica uma garantia de intangibilidade da sentença, matéria que refoge ao Direito Constitucional, visto tratar-se de manobra de ordem prática objetivando inibir as iniciativas de revisão dos julgados, a fim de dotá-los de definitividade, buscando colocar um ponto final na demanda judiciária.

Como se observa, a eficácia da Coisa Julgada é fruto da segurança jurídica, já que esta "*no exige solamente certeza de existencia y certeza de cognoscibilidad sino también que*

---

21 HITTERS, ob. cit., p. 63.

22 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 51.

23 *Ibidem*, p. 159-160.

el Derecho tenga eficácia"[24]. Assim, conforme Federico Arcos Ramírez[25], a eficácia é necessária para que exista confiança no Direito e, em consequência, o cumprimento das normas por seus destinatários.

Não é outro o pensamento de M. Corsale, que considera

> *a la eficácia del sistema juridico, no ya uma exigência central de la seguridad jurídica, sino el verdadero fundamento de la certeza y previsibilidad jurídicas*[26].

Então, são elementos importantes nessa configuração: previsibilidade do Direito e a certeza da relação jurídica instaurada a nível processual.

Regra inserta no Direito Positivo evidencia que a sentença nula não tem eficácia, razão pela qual povoa o mundo da Coisa Julgada Inconstitucional. Está contida em dispositivo do Código de Processo Civil[27], com redação dada por Medida Provisória[28]. Tal se consolida no momento em que a sentença, no tocante à sua estrutura jurídica, tenha sua inconstitucionalidade decretada pelo Supremo Tribunal Federal. Pouco importa esteja consumado seu trânsito em julgado ou que não se lhe aproveite o manejo da rescisória. Não há como se convalidar sentença nessa condição

---

24 ARCOS RAMÍREZ, Federico. **La Seguridada Jurídica**: una teoria formal. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2000, p. 44.

25 RAMÍREZ, 2000, p. 44.

26 CORSALE, M. **Certeza del Diritto e Crisi de Legittimita**. 2a. ed. Milan: Giuffré, 1979, p. 38.

27 **Código de Processo Civil**, art. 741.

28 Medida Provisória n. 2180-35, de agosto de 2001.

que sujeita a desconstituição a qualquer tempo, não produz o efeito desejado em face da nulidade substancial de que se acha contaminada, impedindo, assim, a formação da chamada Coisa Julgada material.

6 Fórmula, Senso Comum e Justiça

Uma das últimas análises críticas, revelando discordância quanto às proposições contidas nos estudos sobre a Coisa Julgada Inconstitucional, que vêm sendo apresentadas à comunidade acadêmica, centra suas considerações em alguns aspectos, os quais são objeto de apreciação, tomando-se por base os pontos principais que se voltam contra os estudos questionados.

Tais críticas, em primeiro plano, não aceitam a relativização da coisa julgada, tendo presente a ausência de uma fórmula racionalmente justificável, que propicie a prevalência, de determinada teoria da justiça, sem, contudo, explicar, o que entende por justiça. Dizem mais que, aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum. Aduzem, finalmente que o problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico.

Não obstante a reação que qualquer tentativa de mudança provoca, não se pode deixar de saudar iniciativas nesse sentido, porque configuram medidas saneadoras e de caráter inovador. Como instrumento de efetivação do Direito, o processo há de se ater ao primado da moralidade, sem o que não cumpre sua missão social e, assim, deve ser permeável ao aperfeiçoamento dos seus contornos, a fim de que a prestação jurisdicional possa traduzir expressão de justiça.

Esse esforço que se empreende na persecução da revisitação do tema, com a abertura de novos caminhos, visa a estabelecer uma base sólida para se corrigir possíveis erros impregnados nos atos jurisdicionais. Não é

outra coisa senão uma tentativa de introduzir novos mecanismos de controle, a fim de dar cobro ao sentimento que prefere prestigiar a forma em preterição da essência.

Fruto dessa teia imaginativa, tem sido determinante o pensamento centrado no reducionismo do plano do normativismo puro, o que, de certa forma, compromete a eficiência das decisões implementadas pelo Judiciário. Dissociados, no mais das vezes, do contexto histórico, preocupados tão-só com o elemento estritamente legal, os atos jurisdicionais perdem-se no entrechoque da burocracia, porque não enxergam além dos códigos estatizantes e da letra fria da lei[29].

Essa atitude reacionária não se move apenas pela perspectiva de subserviência que leva o conteúdo sentencial a reproduzir e a realçar a ideologia do sistema hegemônico instalado pelo poder instituído, mas, principalmente, pelo tom alinhavado do seu discurso jurídico. O desprezo da principiologia e o distanciamento dos cânones constitucionais não têm permitido uma justa aplicação do direito material, muitas vezes, superado por simples regras procedimentais.

[29] Cf. Rogério Gesta Leal: "O saber jurídico tradicional, encastelado em seus dogmas e institutos fossilizados pelo tempo e pela falta de dialeticidade/sintonia com a complexidade das relações intersubjetivas e institucionais, vem trazendo profundas dificuldades à operacionalização governamental da gestão estatal dos interesses sociais, eis que revela uma inegável falta de adequação dos mecanismos tradicionais de prestação de tutela jurisdicional oficial em face dos novos atores sociais e políticos que se embatem no cenário público de uma comunidade globalizada" (LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito**: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002, p. 77).

O dado ideológico tem significado especial na compreensão do processo hermenêutico desvendado na concepção doutrinária de Jürgen Habermas, diferentemente de Gadamer, que centra seu raciocínio na linguagem, portanto, numa preocupação terminológica. Na linha habermasiana, não se pode perder de vista o contexto político e social em que se dá a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Nesse diapasão, Habermas evidencia a importância fundamental da exegese como base para o deslinde do Direito. Nesse aspecto, mostra-a como um mecanismo de superação de preconceitos e concepções estabelecidas pelo poder instituído, para justificar a permanência de estruturas anacrônicas, com objetivo de perpetuação. Além disso, auxilia no entendimento do quadro histórico em que o conhecimento jurídico é produzido, resultante de uma íntima correlação entre o sujeito e o objeto da práxis jurídica.

Examinar a Teoria do Direito implica em desvendar o sentido do pensamento filosófico no plano investigativo. Dentro desse quadro, as variantes pós-positivistas servem de ponto de partida ao estudo de sua criticidade. De sorte que, na formulação de Jürgen Habermas, a Hermenêutica transmuda-se numa ciência social, revestindo a roupagem de uma crítica da ideologia, com sua consequente inserção na metodologia das Ciências Sociais.

A complexidade da Ciência do Direito *descarta a ideia da construção de uma teoria para as decisões corretas*. A completude do conhecimento, a consciência e a compreensão plena do fenômeno jurídico na sua tecitura de relações, exige um rigor que afasta o concurso de procedimentos fixados aprioristicamente. Desse modo, não passa de proselitismo essa insinuação de que a fórmula caracteriza a cientificidade, diante da improvável assimilação de uma acomodação definitiva, face ao caráter histórico em que se funda o conhecimento.

Talvez, por isso, é que, já no início do século passado Armínio Kantorowicz, citado por Carlos Maximiliano, proclama o magistrado a buscar o ideal jurídico, o direito justo (*richtiges Rehecht*) onde quer que encontre dentro ou fora da lei, na ausência desta ou – a despeito da mesma, isto é, a decidir *proeter* e também contra *legem*[30]. Em seguida, o festejado autor, com a Teoria do Direito Justo (*Iur Lehne Vom Richtigen Recht*) enfoca a questão crucial de preparo dos magistrados que, segundo ele,

> só se ocupam com as *fórmulas e deduções silogísticas* das regras aplicáveis aos fatos, não estudam a vida, nem a ciências que preparam para a compreender (*sic*) bem[31].

Para Bachelard, *apud* Elyana Barbosa, "a verdade cristaliza o conhecimento, e o conhecimento científico é suscetível de retificações permanentes"[32]. A história da ciência é recorrente, e tal revela sua natureza de descontinuidade em razão de sua estreita ligação com a cultura científica. E essa cultura é chave para os elementos de compreensão dos múltiplos obstáculos que atravancam o progresso científico. É o que um dos seus seguidores, Althusser, com pertinência a essa descontinuidade, chamou de *corte epistemológico*[33].

O estudo, que se desenvolve em torno da *relativização da coisa julgada*, implica nova concepção do processo no seu perpassar histórico, permitindo o surgimento de um

---

30 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 73.

31 MAXIMILIANO, 1997, p. 74.

32 BARBOSA, ob. cit., p. 113.

33 ALTHUSSER, ob. cit., p. 220.

novo espírito científico. A Teoria Pura do Direito, como de resto as filosofias tradicionais, inclusive, o racionalismo, não basta para explicar o Direito. Na verdade, "a ciência reclama uma polifilosofia, uma filosofia que associe, de modo dialético, o realismo e o racionalismo"[34].

Com inteira razão Elyana Barbosa, escudada em Gaston Bachelard, ao negar que o pensamento científico seja meramente contemplativo, porque

> Ele é a força que atua sobre o objeto, modificando-o; logo, a razão não permanece imutável, ela também se modifica em contato com a realidade. Há, aqui, uma relação dialética. A função da razão é provocar crises. Não se trata mais de uma razão constituinte, mas de uma razão polêmica, que reformule a experiência primeira, que esqueça a simplicidade, que rompa com os conhecimentos já adquiridos e instaure a novidade. A filosofia do conhecimento científico deve ser aberta, como a consciência de um espírito que se funda trabalhando sobre o desconhecido, buscando no real aquilo que contradiz conhecimentos anteriores[35].

Os intelectuais, reprodutores desse modelo de imutabilidade, exercem sua função no seio da superestrutura, para tornar a classe social, que representam, hegemônica e homogênea. É nessa perspectiva que Antônio Gramsci, *apud* Elyana Barbosa, estabelece o vínculo orgânico entre eles e a classe social:

---

34 BARBOSA,ob. cit., p. 120.

35 *Ibidem,* p. 123.

> Os intelectuais são as células vivas da sociedade civil e da sociedade política: são eles que elaboram a ideologia da classe dominante, dando-lhe assim consciência do seu papel, e a transformam em concepção de mundo[36],

que impregna todo o corpo social.

Permeia tal pensamento, como assinala Gramsci, *apud* Elyana Barbosa, a ideia compartilhada por determinado segmento da sociedade civil, em sua estrutura de organização, mediante a qual a classe dominante difunde sua ideologia, dentre elas, a magistratura e os oficiais do exército. De modo, que, nesse contexto de estrutura ideológica da classe dirigente, há todo um esquema voltado para a defesa da "frente teórica", visando à difusão dessa ideologia, na sustentação de um sistema hegemônico.

Os textos, versando sobre a Coisa Julgada Inconstitucional, que mereceram a análise em questão, não estão em busca de absolutizar coisa nenhuma, muito menos de conceber teorias *sustentadoras de decisões corretas*, porquanto não é sob esse ângulo que a matéria vem sendo estudada. O que está em jogo, isto sim, é a viabilidade, em havendo equívocos intoleráveis, possam os processos teratológicos ser devidamente revistos.

Essa áurea de plausibilidade, formada ao derredor da expectativa de mudança, funda-se no pressuposto de que a realidade é dinâmica e não pode se realizar por instrumentos estanques. E, ainda, de que os magistrados julgam a partir de uma ótica de preservador da hegemonia dominante, a que a imutabilidade de qualquer etiologia serve ao poder instituído, no desejo de manutenção

36 *Ibidem*, p. 87.

do *status quo*. Justamente porque, nesse quadro contraditório, "terá, sempre, uma tendência a cristalizar as ideologias, mascarando interesses e conveniências dos grupos que se instalam nos aparelhos de controle social[37], para ditarem as normas em seu próprio benefício"[38].

Por outro lado, a afirmativa, segundo a qual as teses partiram, aparentemente, da ideia de justiça como senso comum, em nada compromete, mesmo se verdadeiro fosse, a qualidade dos argumentos que as fundamentam. De modo que essa formulação não constitui demérito algum para seus mentores, sobretudo, porque bem concebida. Certo é que os dados assistemáticos, uma vez refinados, se prestam a lastrear explicações doutrinárias.

Nada impede que dados não-sistematizados derivados de procedimentos formais possam ser utilizados para justificar determinados argumentos. De fato, "valorações e crenças são, portanto, o substrato do senso comum e de nossas ações e comportamentos cotidianos"[39]. Das valorações, de que se decompõe o senso comum, pode-se dizer se são justas ou injustas.

Ao contrário, *a* Teoria da Imutabilidade da Coisa Julgada Material foi construída a fim de demonstrar que

---

[37] Por controle social, se entende conjunto de meios de intervenção, quer positivo, quer negativo, acionados por cada sociedade ou grupo social, a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

[38] LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito**: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002, p. 94.

[39] LEAL, R. G, 2002, p. 95.

é boa para a pacificação social, na tentativa de justificar a dominação sobre a classe subalterna, como, *verbi gratia*, o próprio colonialismo. Decerto, "o senso comum é a base sobre a qual se constroem as teorias científicas"[40], como refinamento daquele, consoante opinião acolhida pela maioria dos epistemólogos, conforme anota K. Popper, citado por Heitor Matallo Junior.

Pálidos argumentos, destituídos de tintura jurídica, ao revés do que afirmam tais assertivas, são os que, atrelados ao dogmatismo da Coisa Julgada Material, alimentam sua *intangibilidade como verdade absoluta*, sem qualquer chance renovadora do seu referencial no mundo das ideias e dos fatos. Com isso, tentam captar adesão, "a pretexto de que não cabe contestá-la, ou a ela propor qualquer alternativa"[41].

Eis aí uma atitude preconceituosa e, sobretudo, imprópria, no tocante ao senso comum, revelando desconhecer possa ele sofrer alterações progressivas no tempo, "incorporando novas informações e eliminando aquelas que se tornam imprestáveis para as explicações"[42]. Isso revela de modo indelével o papel transformador da ciência ao longo das gerações, se assim não fosse, se não tivesse o condão de transformar-se em senso comum, restaria proclamar, aqui e agora, sua irremediável inutilidade.

O termo *justiça* pode ser tomado, na acepção de Aristóteles, como forma e prática efetiva da excelência

---

40 MATALLO JUNIOR, Heitor. A Problemática do Conhecimento. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de. (org.). **Construindo o saber**: metodologia científica: fundamentos e técnicas. 4. ed. Campinas: Papirus, 1994, p. 18.

41 LEAL, R. G., 2002 , p. 94.

42 MATALLO JÚNIOR, 1994, p. 18.

moral perfeita[43]. O justo é o proporcional, por isso é que o juiz dirime as disputas e "ir ao juiz é ir à justiça"[44], porque se quer que o juiz seja como se fosse a justiça viva; e as "pessoas procuram o juiz no pressuposto de que ele é uma pessoa eqüidistante e elas obtêm o que é justo"[45].

Não é preciso ir além, tarefa das mais ingentes é definir o que é justo ou injusto e, sobremodo, o que é justiça. O que importa, como disse o filósofo, é que os intelectuais comprometidos com a justiça, com ela se identifiquem e lutem diuturnamente por ela. Essa deverá ser sempre a postura do jurista moderno atento às transformações qualitativas que devem ser operadas no processo em favor da sociedade. Pouco interessa repisar procedimentos anacrônicos, burocratizantes reprodutores de fórmulas esotéricas que recheiam tratados de rica processualística, onde sobra erudição e falta criatividade.

O dogmático do processo aborda a Coisa Julgada numa perspectiva unilateral, unívoca, absolutiza-a sem se dar conta do seu caráter de relatividade. Na verdade, a indagação sobre se o *ato jurisdicional é justo ou injusto*[46],

---

43 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. p. 93.

44 ARISTÓTELES, 2001, p.98

45 *Ibidem*, p. 98.

46 Em torno da definição da justiça e da moral se desenvolvem, como é bem sabido, intermináveis controvérsias. Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores modernos considera que a questão da justiça se confunda com a questão da moral. A moral estabelece os comportamentos "justos", ou seja, os comportamentos adequados e aceitos em determinada sociedade. Nesse sentido, a moral impõe, aos membros da sociedade, determinados padrões de comportamento, seguindo o critério do justo. Por sua vez, a pessoa que é moralmente correta deve fazer o justo adotando regras de com-

não cabe no estreito campo da unilateralidade, posto que o êxito de uma resposta convincente vai depender das circunstâncias que cercam dita proposição no plano de sua praticidade. Assim sendo, a prática do caso concreto se afigura como critério seguro que vai permitir separar a decisão justa da injusta. Quando ela é correta e reflete a realidade pode-se alcançar o resultado pretendido. O que importa, parafraseando Marx, não é a definição de justiça, mas, sim, as palavras que podem ser referidas a todos os homens honestos que se identificam com a verdade e lutam por ela.

portamento conforme o ideal da justiça social. (DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**: introdução prática às relações entre Direito, Moral e Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12, grifo nosso).

CAPÍTULO VIII

SEGURANÇA JURÍDICA, JUSTIÇA DA SENTENÇA E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

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

1 O Princípio da Segurança Jurídica

1.1 Valor não absoluto da Coisa Julgada

Havendo simetria entre segurança e justiça[1], na perspectiva lógica da aplicação do Direito, o conflito que se procura estabelecer entre ambas é de mera aparência. De fato, inadmissível a segurança servir de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada, imutável, imodificável e absoluta, na percepção dos processualistas mais conservadores. Mas torna-se necessário enfrentar tais resistências, desmistificando essa ideia de superação do Estado de Direito pelo Poder Judiciário.

Deveras, o Direito Constitucional alberga valores supremos, bem como trata da organização político-administrativa dos Poderes circunscritos aos seus desígnios, a fim de viabilizar o equilíbrio social. A decisão, como manifestação da vontade do ente federativo, não deve retratar visão pessoal[2] do seu prolator. É verdade que o Estado, em sua dimensão ética, como assinala José Augusto Delgado:

---

1 *La seguridad y la justicia son valores jurídicos relacionados entre sí. Esta vinculación puede ser concebida en situación de conflicto como una alternativa entre seguridad o justicia, o en un marco de armonía, esto es, asumiendo al Derecho como un compromiso entre una y otra, para que simultáneamente hayan seguridad y justicia* (ALTERINI, Atilio Anibal. **La Seguridad Jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 46).

2 O juiz deve considerar o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais, disciplina para meditar sobre o processo. (DIREITO, ob. cit., p. 27-28).

> não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos[3].

Transparece dissonante, nessa linha, invocar-se a segurança jurídica para acolher a tese de que a Coisa Julgada faz do preto branco, ao se querer impingir-lhe o caráter de absolutividade de que não é revestida. Os princípios da moralidade, da justiça e da equidade devem ser realçados como apanágio de uma sociedade civilizada, de modo a revelar seu degrau de superioridade em confronto com os demais que povoam o universo jurídico.

Demais disso, o acatamento da Coisa Julgada, corolário da segurança jurídica, não é colocado em xeque pela probabilidade de uma pretensão de nulidade contra o julgamento que viola preceito constitucional. Primeiro, porque seu alcance sofre limitações no seu aspecto subjetivo, com a possibilidade de manuseio da rescisória, para desconstituição do julgado. Segundo, porque presente, nesses casos, os pressupostos da *relatividade* inerentes à natureza das coisas. De fato, inexiste a pretensa impermeabilidade que se deseja atribuir às decisões emanadas do Poder Judiciário.

Tentam, os que assim pensam, travestir a Coisa Julgada da argamassa de intocabilidade, tentando revelar sua faceta de cunho absoluto, que não resiste

[3] DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 119.

a uma análise mais aprofundada dentro do cenário da principiologia lastreada no constitucionalismo. Diante desse panorama, toda iniciativa objetivando reverter essa situação não tem merecido o devido acolhimento pelos refratários a qualquer esforço renovador, visando ao aperfeiçoamento da sistemática até então adotada. Apesar de tudo, a mudança há de se impor, com a remoção dos óbices que impedem ou limitam seu avanço.

Juary C. Silva evidencia que o princípio da segurança, conformador da coisa julgada, em determinadas circunstâncias, não deve opor-se à ideia da justiça, pois

> [...] em suma, a coisa julgada não é um valor absoluto, e no contraste entre ela e a idéia de justiça, esta é que deve prevalecer. Daí, não é preciso mais que um passo no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função institucional, ainda que isso implique certa restrição da amplitude do conceito da coisa julgada[4].

Também assim, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo:

> O processo é ainda um modo imperfeito de realização do direito e, algumas vezes, situações se deparam em que princípios consagrados como institucionais dependem de sua consagração ante a realidade de se causar, pela observância formal, um mal maior à própria existência do direito. O adjetivo perde, então, a

[4] SILVA, Juary C. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. **Revista Direito Público**, São Paulo, v. 5, n· 20, p. 162-187, abr.-jun.1972, p. 170.

> sua relevância, para que se salve à própria significação do substantivo[5].

1.2 Inadequação da Sentença Fraudulenta, Injusta e Inconstitucional ao Regime da Segurança Jurídica

A Coisa Julgada que pressupõe a sentença, que põe fim ao processo, não redunda, necessariamente, na consolidação da segurança jurídica, já que o mecanismo constitucional, que a protege, objetiva preservar a irretroatividade. A garantia que a cerca é para assegurar sua incolumidade, e, assim, evitar que seja alcançada por lei superveniente, capaz de desfigurar o conteúdo decisório que lhe deu conformação.

Não há como a inconstitucionalidade, que contamina a Coisa Julgada, povoar o ordenamento jurisdicional, dando-lhe o contorno de conteúdo pronto e acabado, absorvido pelo vício que viceja no seu âmago. Nada pode ser definitivo pela mera aparência, senão por terem concorrido para sua construção, elementos que, pela sua consistência, tenham sido concebidos conforme a equidade.

Assim, a regra emanada do Texto Maior proporciona, então, a conclusão singela do seu proveito no equacionamento dos problemas suscitados pela coisa julgada inconstitucional. Desnecessários outros dispositivos para regular todas as situações que possam surgir nesse campo. Em verdade, essa percepção estritamente legalista de certa doutrina, que não se compraz com Hermenêutica Constitucional, postula

[5] TASP – Acórdão. Juiz relator Batalha de Camargo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, nº 377, p. 272. Voltar. 48 – TRF – 1ª Região.

a ampliação legislativa para regular procedimento, malgrado já se tenha para tanto a solução adequada com os instrumentos existentes.

Não existe pertinência entre as sentenças iníqua, injusta e inconstitucional, com a segurança jurídica, visto configurar coisas diametralmente opostas. A segurança jurídica pressupõe decisão conforme a constitucionalidade, encontrando, no princípio da moralidade, o pilar básico de sua sustentação. Fora disso, é a consolidação de absurdo, como pretexto para tornar definitiva uma situação que não resiste ao menor argumento ético e jurídico.

Lembra Carreira Alvim[6] que a doutrina tenta explicar o fenômeno da sentença transitada em julgado pelo aspecto político[7] e jurídico, em razão do seu caráter de definitividade que não comporta qualquer modificação. Ressalva, entretanto, que o Estado permite às partes a modificação das sentenças erradas ou injustas, mediante os instrumentos processuais adequados. Mas essa procura de justiça adverte que:

---

[6] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 285.

[7] O fundamento substancial da Coisa Julgada é eminentemente político, posto que o instituto vise à preservação da estabilidade e seguranças sociais.

O fundamento político da Coisa Julgada não está comprometido nem com a verdade nem com a justiça da decisão. Uma decisão judicial, malgrado solidificada, com alto grau de imperfeição, pode perfeitamente resultar na última e imutável definição do Judiciário, porquanto o que se pretende através dela é a estabilidade social (FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 694).

> [...] deve ter um limite, além do qual não mais se permita discutir a justiça ou injustiça do julgamento operado através de sentença. Do contrário, não haveria estabilidade dos direitos e ninguém teria assegurado o gozo dos bens da vida[8].

Conquanto a sentença possa ser vista pela ótica política ou jurídica, isso não quer dizer que ela se preste ao papel de consagradora de uma injustiça. Ademais, a estabilidade social que se pretende obter a partir de uma solução definitiva, nessa condição, não resiste à menor análise. De fato, a busca da justiça não deve sofrer limitação de qualquer ordem, pois, se assim fosse, haveria de se correr o risco de transformar a iniquidade num manto de satisfação. Pretende-se com essa tese, fazer ver que a sentença, mesmo nula, deve prevalecer, a pretexto de que concorre para a segurança jurídica.

Flagrante o equívoco dessa concepção, até porque a estabilidade social não se compraz com a moral, em razão pela qual o Direito deve ser respeitado. Não há como interpretar em tal situação um estado de equilíbrio, de serenidade, capaz de se manter constante. De modo que a sentença deve ser justa, assim conforme a equidade, à razão, dando a cada indivíduo o que merecido, segundo máxima romana.

Essa ideia de superação da justiça pela segurança jurídica não tem a menor acolhida no seio dos pensadores contemporâneos, em face da total impossibilidade de sua interação com o ambiente processualista constitucional. Tanto que José Afonso da Silva chega até a admitir que essa tese, embora ressaltando a necessidade de um

[8] ALVIM, 1997, p. 285.

estudo mais aprofundado ao seu derredor, causa repugnância ao sentimento dos que estão comprometidos com o processo justo. Como, em suas palavras:

> Relatividade da Coisa Julgada – Este é um tema que merece tratamento aprofundado, que o espaço desta exposição não comporta. Pode-se dizer que a coisa julgada é relativa na medida em que pode ser desfeita por ação rescisória nos casos previstos em lei. Mas a questão que tem sido posta não é essa, mas a questão do conflito que pode haver entre a segurança jurídica que a coisa julgada confere e o valor da justiça. Então, pergunta-se se a coisa julgada deve prevalecer, mesmo quando ela acoberta uma decisão profundamente injusta. Certamente que repugna ao sentimento jurídico ver a justiça suplantada pela segurança[9].

Em outra passagem, o eminente constitucionalista, insiste em destacar, como proeminente, o valor justo:

> As idéias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização[10].

Aduz, ainda, com absoluta pertinência, que

---

[9] SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica:** Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22-23.

[10] *Ibidem*, p. 29.

> [...] a segurança, a ordem e a certeza hão de ser (*sic*) sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa idéia de justiça a segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada[11].

2 Noção de Segurança Jurídica

A segurança jurídica não se revela apenas pelo seu ângulo conceitual nem pode ser apreendida dentro de um contexto estritamente legal. Transcende o ordenamento jurídico[12], na medida em que outros ingredientes concorrem para sua conformação. Encarna, desse

---

11 *Ibidem*, p. 29-30.

12 A segurança jurídica pode ser visualizada como um valor transcendente ao ordenamento jurídico, no sentido de que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no âmbito do direito positivo, lhe atribuem afetividade. Matéria a ser abordada pela Filosofia do Direito. Sob essa perspectiva, a investigação filosófico-jurídica incide sobre a ordenação jurídica positiva. Não coincide, porém com ela. Porque a este último só interessa a segurança jurídica enquanto valor imanente ao ordenamento jurídico. De conseguinte, a segurança jurídica é, sob este último aspecto, matéria de direito posto. Valor contemplado e consignado em normas de direito positivo.

Mas a segurança jurídica é um atributo que convém tanto às normas jurídicas, quanto à conduta humana, fulcrada em normas jurídico-positivas; normas asseguradas desse valor – é já dizê-las informadas pela segurança jurídica (BORGES, José Souto Maior. O princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, p. ..., abr.-maio 2002). nota p...

modo, a própria realização do Direito como elemento fundante das necessidades humanas, por isso que sua estrutura formal exige o concurso de elementos fundamentais. Assim sendo, além da eficácia que perpassa todo o seu conteúdo, depende da certeza de cognoscibilidade e, sobretudo, da previsibilidade e do suporte jurídico como ponto determinante da certeza de validade dos seus efeitos no universo a que se circunscreve.

Como se tem atribuído à Coisa Julgada uma função de pacificação social, seu fundamento tem conotação de natureza política, visto que busca harmonizar certas situações jurídicas. Decorrente disso, sua imutabilidade diz respeito a uma necessidade circunstancial, não necessariamente de caráter legal, como assinala Juan Carlos Hitters:

> […] *la cosa juzgada tiene un fundamento de política jurídica; el principio de la inmutabilidad de los decisorios judiciales no hace a la esencia del derecho, está previsto por razones contingentes y esas mismas fundamentaciones pueden en determinadas ocasiones aconsejar la necesidad de variar el criterio*[13].

A imutabilidade é ditada em razão de se ter, no plano judicial, relações jurídicas estáveis asseguradas de modo permanente pela denominada segurança-certeza. Esta traduz

> *estabilidad contra las mutaciones, y necesita de ciertos órganos destinados a poner obstáculo a las modificaciones; es lo que varios autores llaman certeza a favor de los derechos adquiridos*[14].

[13] HITTERS, ob. cit., 2001, p. 137-138.

[14] *Ibidem*, p. 179.

A prescrição, segundo a qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, é matéria no plano do Direito Constitucional. No caso vertente, a coisa julgada vive e se agita no ângulo do direito processual. O enunciado, portanto, vincula-a pelo aspecto estritamente de natureza temporal, impedindo sua retroação no âmbito legislativo. Outro equívoco é pensar-se que a segurança jurídica pode ser alcançada sem que a sentença seja manifestamente justa. É absurda a ideia, segundo a qual a revisão da Coisa Julgada possa implicar insegurança geral.

A segurança jurídica, como querem alguns, não decorre do ato executivo, do legislativo ou do judiciário. Ao contrário, tem se observado, com muita frequência, que o processo decisório, nesses planos, opera não raras vezes, de modo viciado, em detrimento dos interesses fundamentais da sociedade, pelo casuísmo e pela fraude que determinam sua formulação no campo da objetividade jurídica ou administrativa. Isso induz ao sentimento de que essa produção estatal sempre há de ser olhada de modo crítico, e com certa reserva.

Nesse caso, a segurança jurídica e outras determinadas regras processuais surgem como elementos de oposição à plena realização do fenômeno jurídico. São tomadas em si mesmas, como um valor enclausurado no próprio corpo que lhe dá consistência, transformando-se num instrumento de imposição ao sacrificar o Direito em sua homenagem. Em razão disso, usa-se a segurança como pretexto para negar o direito do cidadão, escamoteado por sentenças injustas, fraudulentas e inconstitucionais.

Se é certo afirmar que a decisão judicial abarca os fatos passados, exceção das relações jurídicas continuativas, não menos verdadeira é a constatação de que a segurança jurídica insere-se no contexto da irretroatividade, supondo-se que ela decorra de uma exigência legal. Por

conseguinte, o que assegura a Constituição é que a lei não prejudicará a Coisa Julgada. Essa, entretanto, poderá ser objetivo de desconstituição através de outra decisão judicial, o que não afeta o comando constitucional referido.

A segurança jurídica pode ser tomada por vários ângulos no tocante à sua formulação conceitual, entretanto a noção, que basta a este estudo, vincula-se aos valores fundamentais que conformam o Estado. Neste aspecto, sua função torna-se primordial, na medida em que busca estabelecer harmonia entre a sociedade e o Estado, através de vínculo de legitimidade política[15], como assinala Federico Arcos Ramírez:

---

[15] *Frente a estas consideraciones, se sitúan quienes no consideran correcto hablar de seguridad jurídica en presencia de una legalidad materialmente injusta pero respetuosa con las exigencias de la seguridad del derecho. Como sostiene Pérez Luño, desde las premisas del positivismo jurídico se ha intentado defender que la vigencia de un sistema legal, por injusto que pueda parecer, garantiza una determinada seguridad jurídica. El dato empírico de una legalidad inexorablemente impuesta proporciona la seguridad de un funcionamiento ordenado, de las instituciones, al tiempo que crea la certeza de conocimiento y expectativas sobre la licitud e ilicitud de las conductas y sus consecuencias. No obstante, este autor considera que los principios de legalidad, generalidad y abstracción de las leys, etc., constituyen valiosas garantías formales que engendran seguridad en la medida en que sus contenidos materiales sean justos. Por tanto, la aplicación taxativa de leyes que consagran cualquier tipo de discriminación o que proscriben el ejercicio de las libertades políticas o sindicales, no puede suponer ninguna garantía de seguridad jurídica. Es cierto, que la seguridad es la razón misma de la existencia del Derecho. Sin embargo, no es un atributo inmanente de cualquier Derecho, sino, condición y meta del Derecho justo, de los sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho. Y, de igual modo que no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier Derecho positivo implica un sistema de seguridad jurídica. En definitiva, la seguridad jurídica es un valor inmanente vinculado al modelo de legitimación jurídica que representa el Estado de Derecho. Éste es, por tanto, expresión de la legitimidad política y, precisamente por serlo, se identifica con este principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad* (ARCOS RAMÍREZ, Federico. **La Seguridad Jurídica**: una teoría formal. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid- Dykinson, 2000, p. 165-166).

> *Desde la segunda perspectiva, la seguridad jurídica expresa una toma de conciencia sobre importancia de que el Derecho sea una magnitud en sí misma segura, en tanto que cierta, previsible e inviolable. Una seguridad exigida como garantía de sua eficacia, de su racionalidad interna y, fundamentalmente, como medio para evitar lesiones a la libertad y la dignidad de los sujetos de Derecho*[16].

Como se denota, a seguridade desponta como própria razão de ser do Direito, tendo presente que este desempenha uma função de garantia daquela, a fim de instaurar uma relação de confiança entre os sujeitos da relação jurídica. Realiza-se nesse plano, quando se afirma como uma ordem certa, eficaz, identificando-se com a previsibilidade da norma jurídica (administrativa, legal, judicial).

3 Segurança como Ponto de Apoio à Insegurança Jurídica

3.1 Garantia da Segurança Jurídica

Sendo razoável supor que a segurança jurídica configura, no plano axiológico, um valor alto do sistema jurídico, não menos verdade é que ela não pode ser utilizada como uma garantia da insegurança. Neste caso, perderia até o rumo bíblico: "*¿Puede acaso ser aliado de Yahvé el tribunal de malvados que forja la iniquidad bajo pretexto de ley?*"[17]. Encontraria os Provérbios: "*Voy por las sendas de la justicia, por los senderos de la equidad*"[18].

---

16 ARCO RAMÍREZ, ob. cit., 2000. p. 15.

17 DAVI. **Salmo** 94:15.

18 SALOMÃO. **Provérbio** 8: 20.

Os valores morais, éticos, sociais são tão edificantes na construção do direito justo, que, sem eles, a sociedade seria levada ao caos. Então, esta colaboração de outros instrumentos é válida na busca incessante da eficácia das regras de Direito, pois o sistema carece dessa sinergia, como adverte Federico Arcos Ramírez:

> *Por conta, el logro de un sistema jurídico de facto vinculante precisa de la colaboración de otras normas exteriores al sistema jurídico, entre las cuales debe existir alguna que valore moral, social o políticamente, la importancia de la seguridad jurídica que dicha eficacia reporta y, al mismo tiempo, promueve*[19].

Em razão disso, a incerteza, o desconhecido e a ineficácia não podem ser contemplados pela segurança jurídica, sob o vão pretexto de pôr fim a uma demanda judicial. Se assim fosse, estar-se-ia diante da segurança da insegurança geral, numa patente inversão de valores consagrados pelo direito. Assim, "*sin perjuicio del respeto a la ley, es preciso velar por la subordinación a un orden moral de la valoración de las conductas*"[20].

A insegurança jurídica não pode sobrepor-se ao princípio da justiça, em detrimento dos princípios da equidade e da moralidade devido ao seu caráter de arbitrariedade como elemento de negação do Direito, guardando, destarte, identidade com o abuso de poder. Desse modo, a insegurança não reside numa frustração de confiança no Direito, como assinala Frederico Arcos Ramírez:

---

19 ARCOS RAMIREZ, ob. cit., p. 49.

20 ALTERINE, Atílio Aníbal. **La Inseguridad Jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 49.

> *Sino, por un lado, en la decepción de las expectativas de los ciudadanos respecto a lo que por su regular ineficacia parecía haber acabado por convertirse – al menos socialmente – en no Derecho; por otro, en la arbitrariedad que pueda encerrarse tras dicho modo de hacer exigible o sancionable el cumplimiento de diechas normas*[21].

Por justo motivo, a insegurança jurídica não pode ser elevada ao patamar de Coisa Julgada imutável. Equivocam-se os processualistas, quando pensam que a fórmula da inalterabilidade da sentença resolve a questão relativa ao fim da controvérsia. Representa, portanto, uma situação de desvalor que "*genera sensaciones pór lo común angustiantes de incertidumbre, de intranquilidad, y de falta de protección*"[22].

Também não escapa dessa ótica, quanto às decisões judiciais, a percepção crítica de Sérgio Bermudes:

> No tocante às decisões judiciais cuja subsistência é repugnante, existe a certeza de que elas não podem prevalecer de nenhum modo. Seria contrassenso pretender-lhe a eficácia, em nome da segurança jurídica, quando elas são causa de insegurança jurídica pelas incertezas, pela incredulidade, pelos temores que infundem. Produzem efeito contrário à sua finalidade institucional. Não se podem admitir o cumprimento destes atos, nem mesmo depois de preclusos todos os meios legais para a sua impugnação[23].

---

21 ARCOS RAMIREZ, ob. cit., p. 48.

22 ALTERINE, ob. cit., p. 17.

23 BERMUDES, Sérgio. Coisa Julgada Ilegal e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p. 135.

Quanto ao *modus operandi* do Poder Judiciário, também, o festejado processualista demonstra sua preocupação, como se vê de sua aguda observação:

> Sem dúvida, devem-se aperfeiçoar os meios hábeis a prevenir as sentenças aberrantes. Um deles será aumentar a qualidade da jurisdição, porque, como mostra a experiência, o fator determinante da prestação jurisdicional escandalosa é a precariedade em todos os níveis, materiais, humanos, morais, de exercício da função estatal de fazer justiça[24].

O Direito não se confunde com a Coisa Julgada, pois, na percuciente observação da Cármen Lúcia Antunes Rocha, ela se configura apenas como uma garantia do direito e este não persegue a injustiça segura. Daí, sem sentido a ideia de uma Coisa Julgada petrificada, porque nem mesmo a Constituição é intocável. Eis como pensa a renomada constitucionalista:

> O Direito não busca com a coisa julgada a segurança jurídica como direito, mas como garantia de direitos. E o Direito busca a justiça segura, não a injustiça segura. Não se pode buscar fazer da coisa julgada ato pétreo ou intocável do Estado, intangível pelo próprio Estado, ainda quando sobrevenham demonstrações de seu erro ou tangibilidade necessária por meios próprios. Se nem ao menos a Constituição é intocável, admitindo-se a sua reforma quando se faça necessário e mais justo

[24] BERMUDES, 2004, p. 135.

> e legítimo, o que seria de um Estado no qual a força das coisas mostradas e demonstradas parecessem intocáveis por ter um juiz decidido de forma definitiva [...] [25].

3.2 Negação da Segurança Jurídica

Há quem negue, inclusive, a segurança jurídica como um valor a ser preservado pelo sistema jurídico, ao encará-la como um suposto mito. Tal posição radical é sustentada por J. Frank, conforme comentário tecido a esse respeito por Federico Arcos Ramírez, que põe em destaque algumas linhas centrais da tese desenvolvida no livro: *Law and the Modern Mind*[26].

Para J. Frank, a decisão jurisdicional é que importa, posto que o Direito não se contenha no texto legislativo. De sorte que a segurança jurídica não decorre pura e simplesmente do ordenamento jurídico positivo. Em

---

[25] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p. 174.

[26] *Law and Modern Mind comienza por uma negación absoluta de la seguridad jurídica como hecho y como valor: "No existe, na ha existido y nunca existirá un Derecho estable, claro y cierto. El Derecho siempre hasido, es y seguirá siendo, ampliamente vago y variable". La inxistencia de una seguridad jurídica de hecho, tanto en el presente como en el pasado (Frank vaticina que también en el futuro), cobra sentido a partir de la desconfianza que muestra respecto a las posibilidades de la razón humana para crear normas que conecten el presente con el futuro a través de un puente de previsibilidad. Esta situación se torna aun más intensa en una época de cambios, tan generalizados y acelerados, como la que parece caracterizar a los tiempos modernos* (ARCOS RAMÍREZ, ob cit., p. 177-178).

suas palavras: "*el Derecho consiste em decisiones, no em normas. Por tanto, las reglas y los principios no constituyen el Derecho*"[27].

No mesmo sentido é a posição de Norberto Bobbio:

> *El Derecho no está constituido por las reglas emanadas de los órganos legislativos, ni por las reglas procedentes de los tribunales, sino por las decisiones mismas. El Derecho de una gran nación no es otro que las decisiones de un cierto grupo de señores ancianos que detentan el poder jurisdiccional, y aquello que estos rechacen asumir en sus decisiones no es Derecho*[28].

4 Elementos de Caracterização

É preciso conhecer a sentença, e a conhecendo, saber se a relação por ela estabelecida encerra uma certeza jurídica. Do contrário, pode ser revista, e essa pretensão corretiva se apoia na necessidade de afastar a insegurança jurídica. Desconstituir situações consolidadas viciadas não quebra a garantia propiciada pela Constituição, já que esta não se confunde com a instrumentalidade da *res judicata.*

---

[27] FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. London: Steven & Sons Lintel, 1949, p.128.

[28] BOBBIO, Noberto. La certezza del diritto è un mito? **Revista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Roma, n. 28, p. 146-152, 1951, p. 148.

5 Indenização em face da Decisão Ilícita

A Coisa Julgada faz lei entre as partes, conforme e assente na legislação brasileira e de outros países, embora não se possa dizer que essa asserção seja imune à crítica. Nada garante que a sentença reconheça o direito de uma pessoa em detrimento do direito de outra, numa relação processual, atribuindo-lhe propriedade de um imóvel, seja efetivamente correta. Tanto que uma terceira, Antônio, pode reivindicar tal direito para si, caso demonstre o equívoco norteador da de cisão.

Na espécie, cabe indenização a terceira pessoa, com vistas ao ressarcimento do prejuízo por ela suportado, como admite Rui Medeiros:

> Por isso, na generalidade das situações, a eficácia interpartes do caso julgado permite que a parte lesada pelo caso julgado ilícito peça, em ação de indenização contra o Estado, o ressarcimento dos danos causados. De fato, falta aqui a identidade dos sujeitos: o processo civil e a ação de indenização não interessam às mesmas partes[29].

Não há solução preconizada, fundado receio de que os tribunais possam vir a ser abarrotados de processos, visto que a relativização da coisa julgada não opera instantaneamente. De sorte que, em cada caso, cabe ao Judiciário

> ponderar, em face das circunstâncias do fato e no quadro do princípio da proporcionalidade, se se justifica admitir a revisão dos casos julgados. A

[29] MEDEIROS, ob. cit., 1999a, p. 584-585.

> leitura ampla do preceito não impede, portanto, soluções flexíveis[30].

Não há como (dissociar) ajustar a responsabilidade do Judiciário perante a sociedade, em razão da má conduta dos juízes na entrega da prestação jurisdicional. Esse nível de confiança pública nos tribunais é indispensável à boa administração da justiça, de modo que os atos emanados dos seus membros devem pautar-se em parâmetros válidos. De fato, a atividade jurisdicional do Estado tem de ser dirigida no sentido da certeza do direito, sem causar lesão ao patrimônio das pessoas.

João Aveiro Pereira admite o ressarcimento dos prejuízos causados em decorrência de sentenças fraudulentas que prejudiquem uma das partes do processo, asseverando:

> Deste modo, não faz sentido, nem é tolerável, que os actos de manifestação deste poder regulador e pacificador criem injustiças lesivas do patrimônio material ou moral das pessoas[31].

Nada obstante, sob o ponto de vista ético-jurídico, o núcleo de a responsabilidade civil ser constituído pela culpa, hoje, entretanto, essa valoração moral tem conteúdo objetivo. Dispõe, nesse sentido, a Constituição da República:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

30 *Ibidem*, p. 595.

31 PEREIRA, João Aveiro. **A responsabilidade Civil por Actos Jurisdicionais**. Lisboa: Coimbra Editora, 2001, p. 109-110.

> causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa[32].

Como se observa, o Direito Constitucional brasileiro consagrou a chamada responsabilidade objetiva, portanto, independente de culpa ou dolo do agente. Para sua configuração basta a presença do nexo de causalidade entre o dano e o fato que, uma vez consumado, enseja o direito à reparação. É necessário ter cautela no que toca à aplicação desse enunciado no âmbito do Poder Judiciário, porque, consoante João Aveiro Pereira:

> a violação de regras de natureza processual ou procedimental não dará lugar a responsabilidade civil por actos ilícitos, se tais normas não tiverem qualquer referência à posição jurídica material do interessado[33].

Vale ressaltar, todavia que mesmo a afronta ao direito material não autoriza o entendimento de que tal comportamento configure responsabilidade civil. Para tanto, há de derivar a ilicitude de conteúdo decisório, isto é, o que estabeleça, em seu realce procedimental, conexão "entre a norma ou o princípio violados e a posição juridicamente tutelada do particular"[34].

Há ilicitude quando o autor da lesão ofende aos valores protegidos pela ordem jurídica, cujo comportamento repercute negativamente no seio da sociedade.

---

32 Constituição Federal. Art. 37, § 6º.

33 PEREIRA, 2001, p. 120.

34 *Ibidem*, p. 121.

Importa reconhecer que a conduta do magistrado que, assim possa ser entendida, refere-se àquela que ele deu causa no exercício da atividade judicante. Registra-se, no entanto, como lembra João Aveiro Pereira,

> para configuração dessa situação, é importante levar em conta o comportamento dos atores jurídicos, visto que o ato de julgar depende também da colaboração deles no esforço da justeza sentencial[35].

No plano do Direito Constitucional, verifica-se que a responsabilidade objetiva do Estado na seara judiciária, notadamente, em sede jurisdicional, não toca diretamente a sentença judicial, porquanto essa é obra do próprio convencimento do juiz. Com isso, busca-se preservar a independência da magistratura e, sobretudo, assegurar que a entrega da prestação pelo judiciário não seja tolhida pelo receio da condenação indevida. É esse o procedimento adotado na maioria dos países, e o Brasil, nesse particular, não constitui exceção.

Claro que tal prerrogativa não caracteriza um *atributo pessoal* do julgador, porque a irresponsabilidade imuniza os magistrados no exercício de seu mister de sentenciar de acordo com o Direito. Configura

> um requisito integrante da essência de sua função, uma garantia indispensável de justiça e de eqüidade nas decisões judiciais, sendo por isso irrenunciável[36].

35 *Ibidem*, p. 133-134.

36 *Ibidem*, p. 144.

Se, pelo contrário, a decisão tiver a intenção de fraudar o processo, portanto, provida de maneira consciente, estar-se-á diante de uma atuação dolosa, suscetível de aplicação do princípio da responsabilidade civil do magistrado.

Diante desse panorama, tem-se como plausível a responsabilização do magistrado fundada no comportamento *doloso ou culposo*, pelo mesmo adotado no exercício de sua atividade jurisdicional. Em qualquer caso, deve ser preservada a independência do julgador, a fim de que não restem prejudicados:

> a liberdade de julgamento, a livre apreciação da prova e o poder de interpretação e integração de lacunas, bem como, genericamente, a atividade criadora de direito que hoje se espera do juiz[37].

[37] *Ibidem*, p. 236.

CAPÍTULO IX

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: PONDERAÇÃO DE INTERESSES, OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E O FENÔMENO JURÍDICO

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

1 Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

1.1 Hermenêutica Constitucional e Ponderação de Interesses

Relevando a importância da Teoria Geral do Direito para a construção da Hermenêutica jurídico-constitucional[1], Jean-Louis Bergel assinala:

---

[1] Para aferir as condições de precedência, o Tribunal lança mão da chamada ponderação. Desta forma, Alexy (1998, p. 192) idealiza a chamada "lei de ponderação" que pode ser enunciada da seguinte forma: "quanto maior seja o grau de não realização ou do menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro".

Esta lei de ponderação, pela sua redação, demonstra uma grande relação com a "máxima de proporcionalidade" em sentido estrito, que é composta por três máximas parciais: a adequação, a necessidade (relacionada com o postulado do meio mais benigno, a saber, o fim não pode ser obtido de outra maneira que afete menos ao indivíduo) e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras estão relacionadas com a possibilidade fática e a última encontra-se conectada com a possibilidade jurídica. Quando se refere, portanto, que os princípios são "mandatos de otimização", busca-se verificar qual dos princípios que estão em trajetória de colisão melhor preenchem as três máximas parciais da "máxima de proporcionalidade". E, com isso, pode-se investigar a precedência que este princípio tem sobre o outro.

Com esta postura, o raciocínio jurídico não poderá mais ignorar e rechaçar a presença dos princípios no sistema jurídico, que nem sempre são encontrados expressos em regras jurídicas, mas, particularmente, comprometidos em aperfeiçoar e atualizar o Direito aos novos desafios propostos pela conduta dos homens em sociedade. Para tanto, os padrões de segurança e previsibilidade considerados previamente, deverão ser substituídos por um modelo que reúna a decidibilidade, a atualidade e a confiabilidade das produções jurídicas, não necessariamente definidas, *prima facie*, mas asseguradas por ocasião da solução do caso concreto, através da intervenção hermenêutica ilustrada dos princípios (ENGELMANN, ob. cit., 2001. p. 128-129, 168).

> Ora, o jurista deve ser um regente de orquestra, apto a dominar e coordenar todos os instrumentos do direito: a solução jurídica não pode provir do som, por vezes discordante, de uma disposição isolada, mas depende para sua compreensão para sua aplicação e sua execução dos princípios, das instituições, dos conceitos e dos procedimentos técnicos de ordem geral. O jurista não pode ser nem um mero autômato, condenado à aplicação servil de uma regulamentação exageradamente meticulosa, nem um aprendiz de feiticeiro que desencadeia conseqüências desordenadas e imprevistas por ignorar a dependência e a inserção da regra de direito em seu contexto[2].

A antiga polêmica positivismo x naturalismo já não tem lugar no momento hermenêutico atual, como dá conta Cristiane Szynwelski:

> A prática jurídica através dos tempos e, portanto, através das frustrações nas tentativas de adequar o Direito a um paradigma hermenêutico específico, seja literal, histórico ou outro, abriu um espaço, na consciência dos juristas, para a aceitação e investigação da complexidade dos processos de interpretação. A hermenêutica jurídica, hoje, já não aceita mais aquela velha divisão simplista entre positivismo e naturalismo[3].

Voltando, ainda, ao raciocínio de Jean-Louis Bergel:

---

[2] BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 79.

[3] SZYNWELSKI, ob. cit., p. 127.

> O raciocínio jurídico não é nem uma demonstração matemática nem simples retórica. É feito de controvérsias, de dialética no sentido aristotélico do termo, mas também recorre à lógica formal. Inspira-se ao mesmo tempo em princípios abstratos e em realidades concretas, com um vaivém constante do direito aos fatos. Por conseguinte, deve-se combinar a abordagem puramente substancial do direito e suas expressões formais. O pensamento jurídico conduz geralmente a equilíbrios ou escolhas entre imperativos contrários dos quais uma das resultantes é a solução. As regras ou os princípios podem nele acumular-se esquematicamente, excluir-se ou conciliar-se. É necessário, para a apreensão e para a aplicação do direito, estudar pela teoria geral os princípios, os conceitos, as instituições, os mecanismos etc., que comandam o pensamento jurídico e são por ele empregados[4].

No plano doutrinário, alguns autores têm se ocupado da Hermenêutica, com a preocupação de oferecer novas técnicas à interpretação constitucional, o que tem permitido, nessa perspectiva, o incremento da discussão no plano da razoabilidade. À evidência, essa solução é para amenizar o rigor do positivismo que, embora não desprezando o dogmatismo jurídico, procura oferecer "o temperamento da busca da melhor solução para a lide"[5].

---

4 BERGEL, 2001, p. 79.

5 BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 154.

Para Luis Roberto Barroso, o referido princípio age como mecanismo de controle da discricionariedade dos poderes. De modo que, assinala o festejado autor:

> trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça[6].

É razoável o bom senso cultivado pelos filósofos, pois, segundo René Descartes,

> [...] é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa andar tão bem provido dele que até os mais difíceis de em qualquer outra coisa contentar não costumam desejar mais bom senso do que aquele que já possuem [...] Não basta, de fato, ter o espírito bom: o principal é aplicá-lo bem[7].

Nessa percepção, vele dizer que a principiologia vem dando lugar aos conceitos rígidos que buscam desservir ao homem, senão a ordem processual. Daí a ideia de legitimidade perseguida nos atos jurídico-públicos, que configura "a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima"[8]. Isto é o que se entende por razoabilidade, consubstanciada na proporcionalidade, em sentido estrito, de que falou Luis Roberto Barroso.

---

6 *Ibidem*, p. 155.

7 DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. Lisboa: Europa-América, [20--], p. 51.

8 BARROSO, 2001, p. 157.

Sobre a matéria relativa à ponderação de valores, Ricardo Aziz Cretton assevera que:

> [...] o pano de fundo dessa ponderação de valores é o mesmo de quase toda a questão jurídica relevante, qual seja a incessante busca de equilíbrio entre os valores superiores da *segurança jurídica* e da *justiça*, esta última a informar o mais promissor instrumental edificado pretorianamente pela hermenêutica constitucional, a partir das concepções implícitas ou positivadas egressas das idéias de razoabilidade e proporcionalidade[9].

Não se vê como a decisão judicial possa escapar da ponderação[10] que deve presidir a sua instrumentalização,

---

9 CRETTON, ob.cit., 2001, p. 25.

10 Célebre, no direito constitucional americano, é a tese de Hebert Wescher, segundo a qual a jurisdição constitucional deve se basear em princípios neutros e gerais, que transcendem o caso concreto, e não em critérios *ad hoc*, elaborados para o atingimento de resultados imediatos.

Se é certo, porém, que as decisões judiciais devem se basear em princípios genéricos, restringindo, na medida do possível, a discricionariedade do julgador, não é menos correto que, dentro do espectro das relações possíveis para o caso, o juiz tem que procurar aquela decisão que se afigure a mais justa. E, nesta apreciação do justo para o caso concreto, não há como evitar-se certa dose de subjetividade.

Ora, esta dose de discricionariedade é mais ampla aos *barde cases* do Direito Constitucional, justamente porque estes envolvem valores e interesses opostos, que têm de ser ponderados pelo operador do direito. Assim, nestes casos de ponderação de interesses, há larga margem para consideração dos resultados concretos da decisão, que por isso, têm de ser aquilatados pelo julgador (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 108-109).

de modo a se cingir à adequação que deve guardar pertinência entre a ação e o resultado ou, segundo Plácido e Silva, "entre os valores protegidos pelas normas jurídicas"[11]. Isto é o que referido autor entende como

> critério de interpretação axiológica, quando se põem em confronto valores diversos, devendo o intérprete optar pelo valor que se mostra com maior densidade ou importância[12].

Cuida, então, o conceito dado do princípio da proporcionalidade, assim definido pelo multicitado autor:

> Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objetivo a aferição da relação entre o fim e o meio, com sentido teleológico

A ponderação é uma técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos normativos que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleologico) nem pela moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios etc.). Para tanto, os diversos interesses em oposição, e as normas que o legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto. A quantidade de elementos normativos em prol de determinada solução e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas são os principais critérios que vão orientar a ponderação, juntamente com o princípio da proporcionalidade (BARCELLOS, Ana Paula. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117).

11 DE PLÁCIDO E SILVA, ob. cit., p. 650.

12 *Ibidem,* p. 650.

> ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento é particularmente manifesta[13].

Em recente estudo sobre a interpretação, conforme a Constituição, Eduardo Fernando Appio, ao cuidar do tema relativo à limitação dos efeitos dos julgados, não se descura em associá-lo ao princípio da proporcionalidade, quando assevera que:

> O juízo de proporcionalidade ou razoabilidade ligado à existência dos princípios constitucionais, os quais se constituem em expressão – implícita ou explícita – dos valores de uma determinada nação, os quais servem de pressuposto de compatibilidade material das leis com a Constituição[14].

Há um consenso em torno de uma solução para tornar a Coisa Julgada um instrumento de justiça. Daí, do mesmo modo que é ilusório pedir ao Legislativo que se encarregue da construção do Direito, quando é esse Poder o responsável pela feitura de leis iníquas, é provável, porém, exercer uma pressão em nível judicial em favor do equacionamento dessa problemática. Se um ponto de vista se estrutura de tal maneira que o conceito de Coisa Julgada torna-se impenetrável, tem-se que é necessário relativizar sua eficácia.

---

13 *Ibidem*, p. 650.

14 APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 55.

Também a eficácia que torna uma sentença imutável, em razão da sua força impositiva, não pode subsistir diante de diretrizes maiores fundadas em valores, cujo equilíbrio assenta no plano da proporcionalidade, onde se acha embutida a ideia do justo, que, segundo Aristóteles, "o proporcional, e o injusto é o que viola a proporcionalidade"[15]. Como se vê, os gregos já se preocupavam com o assunto.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, demonstra de modo iniludível que o princípio da proporcionalidade deve servir de ponderação aos interesses que cabe ao judiciário tutelar. Com respaldo no seu bem lançado voto, a Segunda Turma deferiu ordem de *Habeas Corpus* nº 82969-4 para trancar a Ação Penal nº 41/2002, declarando a nulidade da sentença dela decorrente. Em sua razão de decidir, concluiu pela ausência de proporcionalidade para manutenção do procedimento contra o paciente nele referido, em face de ausência de justa causa. Eis excerto do mencionado Julgado:

> No caso em exame, resta evidente que está configurado um excesso na atividade de persecução criminal. Ou ainda, mais precisamente, evidencia-se típico caso de violação ao princípio da proporcionalidade.
>
> Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma

[15] ARISTÓTELES, ob. cit., p. 97.

exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ('A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal', In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor; IBDC, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 264).

Passemos ao exame da proporcionalidade no caso em apreço. Cumpre indagar se a manutenção de um procedimento criminal restringindo o direito fundamental da liberdade atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

Afigura-se inexistente a adequação da manutenção de um procedimento criminal quando é evidente a inexistência do crime. E ainda que o Juiz da causa considerasse haver alguma tipicidade na conduta, era evidente a inexistência do dolo de desobedecer. Em verdade, conforme o exposto, o gerente agiu no sentido da obediência de um comando contido no mandado, qual seja o valor expresso do total da dívida. Enfim, cabe lembrar que o valor da dívida foi totalmente satisfeito a partir do ato do gerente, ou seja, não cabe outra conclusão senão a de que o mandado foi cumprido!

A absoluta inidoneidade do meio sequer consegue ultrapassar o exame da adequação, o que bastaria para demonstrar a ausência de proporcionalidade na espécie.

Também é duvidoso que a restrição imposta (manutenção do procedimento

criminal) seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. No caso, diante de uma ambigüidade contida no próprio mandado, caberia à autoridade judicial corrigir, se assim entendesse, o teor do mandado.

A manutenção do procedimento criminal não atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido em seu direito de liberdade. E aqui se afigura absolutamente desproporcional o ônus sofrido pelo paciente que, a partir de uma interpretação bastante aceitável do mandado, jamais manifestou dolo no sentido de desobedecer à autoridade judicial.

A desproporcionalidade torna-se gritante se se considera o significado especial que a ordem constitucional conferiu ao princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III). E é justamente esse princípio, tal como já coloquei em outras oportunidades, que revela qualquer percepção que desconsidere a mera instauração de inquérito como fato apto à violação de direitos fundamentais.

Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A

propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do ser humano a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (rechtliches Gehör) e fere o princípio da dignidade humana ["*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs*"] (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C. H. Beck, 1990, 1I 18).

Negar proteção judicial nas hipóteses em que é devida e, no presente caso, inexorável (pois não há outra alternativa possível a não ser o arquivamento), implica ferir a um só tempo o princípio da proteção judicial efetiva (art. 5º, XXV) e o princípio da dignidade humana (art. 1º, III).

Nesses termos, tenho como evidente a absoluta ausência de proporcionalidade para manutenção do procedimento contra o paciente.

Concluo, portanto, no sentido de que a conduta do paciente é manifestamente atípica, razão pela qual não há justa causa para a ação penal. Considero esse fundamento suficiente para a concessão da ordem.

Meu voto, portanto, é no sentido do deferimento da ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal nº 41, de 2002, em curso perante o Juizado Especial da

> Comarca de Cornélio Procópio – PR, em razão da ausência de justa causa, ficando declarada a nulidade da sentença proferida, às 11 horas e 28 minutos do dia 14 de agosto de 2003, pelo Juízo de Direito da Comarca de Cornélio Procópio nos autos da Ação Penal nº 41, de 2002[16].

A proporcionalidade pode ser considerada como um princípio de contenção das atividades estatais coibitivo do excesso cometido em nome da vontade do Estado, empregado, assim, no equacionamento de questões envolvendo direitos fundamentais ou o desencontro entre princípios. Nesse diapasão, a fim de não permitir o

> excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o princípio dos princípios, no campo do direito: o princípio da proporcionalidade[17].

1.2 Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade

Conquanto acolhida pelo Supremo Tribunal Federal na Hermenêutica constitucional, que colhe o Direito como fenômeno na plenitude de sua gênese, pela aferição de valores distintos, aquela Suprema Corte não

[16] STF *Habeas Corpus* 82969-4, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Segunda Turma 30-09-2003.

[17] GUERRA FILHO, ob. cit., 2001. p. 92.

estabelece qualquer traço distintivo entre os princípios[18] de *proporcionalidade e razoabilidade*, antes compreende inseridos no arcabouço constitucional, como se verifica da ementa de Acórdão abaixo relatado pelo Ministro Marco Aurélio:

> *Eleições. Candidatos. Número. Definição*. Ao primeiro exame, não surge a relevância de pedido no sentido de suspender-se preceito de lei que vincula o número de candidatos por partido às vagas destinadas à apresentação do povo do estado na Câmara dos Deputados. Harmonia do preceito do § 2º do art. 10 da Lei 9.504, de 30-09-1997, regedora das eleições de 1998, com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ínsitos na Carta da República[19].

Sopesar os princípios no plano da ponderação de bens (*Guterabwagung*) significa, segundo Fábio Corrêa Souza de Oliveira, uma técnica a envolver o aspecto nuclear da Teoria da Constituição. Adiante, perfilhando o entendimento de John Rawls, José Joaquim Gomes Ca-

---

[18] O fato a ser destacado é que, se o Direito for entendido apenas como sistema de regras, os princípios e as diretrizes serão desprezados pelas teorias do Direito, como elementos que fazem parte do sistema jurídico. Ao trazer os princípios para o sistema jurídico e, conseqüentemente, à tarefa de aplicação do Direito, Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas ou positivistas e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não apenas regras, na aplicação do Direito, não significa que estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores (VIEIRA, ob. cit., 1999, p. 198).

[19] ADIMC, 1813- DF – Rel. Min. Marco Aurélio, pub. DJ em 05-06-98.

notilho, Karl Larenz, Robert Alexy e outros, o referido autor adverte: "é, pois, o princípio da razoabilidade que orienta a metodologia do sopesamento?"[20]. E acrescenta:

> Os princípios são mandamentos de otimização. Por isto a metodologia pertinente é a da ponderação de valores que outra coisa não é senão a lógica do razoável conforme proposta neste estudo. Nesta esteira é que assevera: La ley ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad. O critério da razoabilidade fornece a (justa) medida pela qual se otimizam os princípios em jogo. Como sustenta Canotilho, o que se almeja é uma ponderação de bens racionalmente controlada[21].

Procedendo ao exame de postulados normativos, no plano de vinculação estrutural entre deveres e elementos, Humberto Ávila assevera, à luz do processo hermenêutico, que sua aplicação depende de certos condicionamentos, tais como: sujeito, critérios e finalidade, no que tenta estabelecer, nesse particular aspecto, traço distintivo entre os princípios, objeto desta seção, como se vê da sua formulação:

> [...] a razoabilidade somente é aplicável em caso em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicação é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável

[20] OLIVEIRA, ob. cit., 2003, p. 210.

[21] *Ibidem*, p. 219.

> nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)[22].

Toda atividade estatal, para ser constitucional, deve ser razoável. O razoável é o oposto do arbitrário e significa: conforme a razão, justo, moderado, prudente. O Congresso, o Poder Judiciário, os juízes, quando atuam no exercício de suas funções específicas, devem agir de maneira razoável. A razoabilidade constitui, pois, a justiça da igualdade.

Para Germán Bidart Campos, *apud* Ricardo Haro:

> […] *lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu, y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo anticonstitucional. Rafael Bielsa assevera que a razoabilidade configura 'una dosificación que se realiza dé acuerdo con los principios de justicia, y que lo razonable es la medida o dosificación del ejercicio de un derecho, frente a otro cuya extensión no siempre aparece definida'*[23].

Escrevendo a respeito desse tema, sob a perspectiva de uma filosofia do Direito Processual, Willis Santiago Guerra Filho realça a importância dos princípios, como elementos catalisadores da procedimentalização[24] do Di-

---

[22] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

[23] BIELSA, Rafael. **Estudos de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1955, t. 1, p. 485.

[24] A procedimentalização (*Prozeduralisierang*) do Direito mostra-se como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático

reito, na persecução de uma decisão bem estruturada, como em suas palavras:

> Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, em que, uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por algumas delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo Direito. Já para aplicar, as regras, é preciso haver um procedimento, para que se comprove a ocorrência dos fatos sobre os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento torna-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois a discussão gira mesmo em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente[25].

de Direito, de atender as exigências sociais que garantam a participação e liberdade dos indivíduos, pois não se impõem medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação de meios a serem empregados para atingir essa finalidade (GUERRA FILHO, ob cit., 2001. p. 89).

25 GUERRA FILHO, ob. cit., p. 73.

2 Compreensão do Fenômeno Jurídico Pleno

2.1 Transformações Históricas do Direito

O tempo que se encarrega de estratificar determinada posição doutrinária, também, pode contribuir para desmistificá-la. A intransigência que fecha os olhos à proposta de mudança, bem revela o que permeia o debate em voga. É nessa ausência de receptividade ao novo que se fundam os elementos fundantes do tema central dessa problemática. Assim, torna nova a ideia avelhantada de que seja a coisa julgada imutável uma matéria da contemporaneidade na tentativa de refutar, na medida de sua teimosia, a mudança que se deve operar, no plano do processo, qualquer esforço de inovação.

A propósito, a imprensa noticiou, com relação à badalada *Operação Anaconda*, a existência de uma suposta organização criminosa mantendo um verdadeiro esquema de comercialização de decisões judiciais. Pergunta-se, em razão disso, quem seria o reparador do dano causado à sociedade, e da grave lesão aos cofres públicos, decorrentes da sentença de mérito, nessa condição, transitada em julgado? Ninguém. Tudo ficaria encoberto pela lógica do absurdo, mergulhado na sombra de fumaça da imutabilidade.

Dizer que o sistema judiciário tolera a injustiça da sentença é dizer que a função processual tem como finalidade precípua chancelar a iniquidade, a fraude e a inconstitucionalidade, porque a ela, presume-se, não interessa o esforço do seu controle efetivo. Já que não se resolve a controvérsia no plano do justo, torne-se definitivo qualquer arremedo decisório, por amor à conclusividade do processo. Pouco importa a legalidade, a igualdade, a moralidade, enfim o Direito, basta a irradiação dos seus efeitos, mesmo danosos, no mundo jurídico. Eis a essência dessa doutrina.

Como se vê, as teses de não cabimento da desconstitutividade da coisa julgada injusta ou inconstitucional são insubsistentes e contém erros graves de percepção. Primeiro, somente pode ser proposta a ação afim contra sentença transitada em julgado, que configura um dos pressupostos da pretensão a desconstituir. Segundo, seu conteúdo (desconstituição da sentença) consiste em cortá-la pela raiz, porque contaminada de vício de inconstitucionalidade.

O Direito jamais poderá ser tomado como um comportamento estanque, posto que sua inserção no universo o faça interagir ao ambiente em que se agita no âmbito do processo histórico, sofrendo frequentes transformações ditadas por um dado momento histórico. Não é nada que possa se constituir numa peça feita e acabada, intangível, fundamentada em pressupostos discutíveis da chamada ciência jurídica, sustentada por alguns teóricos do processo.

O Direito que incorpora as ideias de justiça, como realização humana, na percepção de Roberto Lyra Filho é

> [...] aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas[26].

Exatamente, por essa incompreensão do fenômeno jurídico[27], os tribunais vêm tendo um trabalho fatigante,

---

[26] LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**? 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 86.

[27] O projeto de Dworkin é construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaço para discricionariedade judicial, ao menos no sentido admitido por Frank, Kelsen ou Hart. Inicia sua argumentação elaborando uma crítica ao positivismo. A seu ver, a

no equacionamento das proposições que lhes são submetidas, conforme adverte Cristiane Szynwelski:

> A compreensão desordenada dos fenômenos jurídicos dificulta o trabalho prático dos juristas, gerando infindáveis controvérsias que abarrotam os tribunais, numa intensidade crescente, com questões que poderiam ser resolvidas pela racionalidade. A dependência dos juízes de primeira instância, do 'sinal verde' dos tribunais, fomenta uma cultura de insatisfação e falta de confiança na razão jurídica, o que incentiva a necessidade de decisões proferidas por instâncias revisoras. As teorias gerais no Direito, bem como o desenvolvimento de uma cultura, entre os juristas, mais calcada na racionalidade e menos na casuística, é uma alternativa aos problemas da 'crise do Direito'. Essas teorias devem ser entendidas como 'camadas cognitivas' que integram os sistemas de normas com os princípios valorativos e posturas jurídico-filosóficos[28].

Alude, ainda, a referida autora que o Direito Processual necessita da construção teórica do fato jurídico como linha auxiliar de sua função social, como se vê:

---

conceitualização do Direito, como um sistema de regras, ainda que elaborada de forma extremamente sofisticada – como o fez Hart, a partir do estabelecimento de uma regra de conhecimento que confere validade a todas as demais – é insuficiente para compreender o fenômeno jurídico como um todo, gerando distorções como a teoria da discricionariedade judicial (VIEIRA, ob. cit., 1999, p. 197).

[28] SZYNWELSKI, Cristiane. **Teoria Geral do Direito e o fato jurídico processual**: uma proposta preliminar. Jus Navigandi, [S. l., [20--]], p. 19-20, grifos do autor. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: ...

> O Direito Processual, que padece de uma deficiência nas questões de existência, validade e eficácia, beneficiar-se-ia com a construção de uma Teoria do Fato Jurídico inspirada no Direito Privado e adaptada aos princípios referentes à função social do processo. Essa construção deve partir de estudos teórico-sistemáticos criativos, tendo em vista que as condições de divergência entre a doutrina, legislação e jurisprudência não possibilitam uma sistematização coerente[29].

2.2 O Direito, o Tempo e o Espaço

Nesse contexto, tem-se que a compreensão do fenômeno jurídico não se cinge ao universo normativo, devido à amplitude e à complexidade do seu conteúdo. Seu estudo exige conhecimentos interdisciplinares, sem o que torna difícil estabelecer o raio de ação e, sobretudo, sua repercussão no campo social. Como adverte Marco Antônio Lima Berben,

> depende de seu tempo, de sua história, de seu espaço, da escolha pela sociedade, dos valores que vão nortear, valores estes que dão o contorno do pacto social fundante da ordem jurídica legítima[30].

Pelo que se infere, o Direito não é somente lei e varia historicamente, tomando os valores sociais e culturais com seus elementos fundante. Muito bem colocada a posição de Manoel Messias Peixinho:

---

29 *Ibidem,* p. 19-20.

30 BERBEN, Marco Antônio Lima. **Os Princípios na Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

> [...] o fim do direito não se esgota nos seus elementos objetivos, que são a norma e a coação, que não dizem sobre o conteúdo do direito. Desta forma, não se pode querer que o direito seja igual em toda parte apenas porque formalmente parece ser uniforme. Antes, o direito se reconhece pelo fim que persegue, variando cultural e historicamente[31].

Deveras. Se o fenômeno jurídico configura o cerne da Ciência do Direito e resulta da interação dialética entre o social e o jurídico, verifica-se que seu objeto decorre desse processo de construção histórica, descompromissado com o lapso temporal. Nesse sentido, assinala Agostinho Ramalho Marquês Neto:

> O objeto principal da ciência do direito, isto é, o objeto real para cujo estudo ela se volta prioritariamente é o fenômeno jurídico, que se transforma no interior do espaço-tempo-social por diferenciação das relações humanas, tal qual acontece com os demais fenômenos sociais específicos: políticos, econômicos, morais, artísticos, religiosos, etc. O fenômeno jurídico, embora específico, jamais se encontra em estado puro na sociedade, visto que existe mesclado com fenômenos de outras naturezas, sendo conseqüentemente n-dimensional[32].

---

[31] PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 48-49.

[32] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar,

Percebe-se, nessa posição conservadora, uma clara tentativa de fuga e de absoluto afastamento da realidade, de determinada corrente do pensamento que concebe o fenômeno jurídico puro, dissociado de outros fenômenos de igual magnitude. De modo que, "em nome da autonomia da 'ciência do direito', assim constituída e limitada, aferram-se os juristas àquilo que é puramente 'jurídico'"[33]. Questionados em sua posição dogmática, reagem com uma visão estritamente descritiva de suas técnicas bem elaboradas, como lembra Plauto Faraco de Azevedo:

> [...] às crises sociais sucessivas, ao clamor da vida que reclama nova configuração político-jurídica, inspirada pela ética da solidariedade em um universo cada vez mais interdependente, os juristas respondem com o refinamento de suas técnicas analíticas descritivas, encarando o drama humano com o óculo de um aparato conceitual que lhes garante um confortável afastamento do campo de luta[34].

Na verdade, a denominada neutralidade científica não constitui senão uma vinculação ao poder instituído, pelos laços de subserviência que encerra. Consubstancia, destarte, comportamento em descompasso com o tempo presente, visto que

> vira as costas para a história e para os interesses e valores que reclamam to-

2000, p. 187.

[33] AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1989, p. 21, grifos do autor.

[34] *Ibidem*, p. 21.

> madas de posição, opções, engajamentos e não uma neutralidade que não existe e nem é deste mundo[35].

2.3 O Fenômeno Jurídico não se resume ao mero aspecto formal

Revendo ponto de vista anteriormente sustentado e, à luz de uma nova realidade, Gustav Radbruch, insigne jusfilósofo alemão, realça a importância fundamental dos direitos humanos. Nesse aspecto, assevera que estes

> se encontram acima das leis escritas, o direito inalienável e eterno que nega obrigatoriedade aos mandamentos ilegítimos emanados dos tiranos desumanos[36].

Chamou a atenção para as leis arbitrárias que não exprimem o direito e o perigo que elas representam para a sociedade. Daí buscar-se um juiz criativo, preferencialmente, dotado de aparato pertinente a um conhecimento multidisciplinar.

Gustav Radbruch, citado por Manoel Messias Peixinho, tem uma compreensão mais ampla do fenômeno jurídico, ao concebê-lo como uma ideia associada a valores metajurídicos, portanto, além do positivismo. Eis seu pensamento:

> [...] o direito não esgota no direito positivo, mas sim na idéia metaempírica de fim, compreendido como a materialização da justiça associada aos valores

35 *Ibidem,* p. 22.

36 RODBRUCH, Gustav. Jeyes que no son derecho por encina de los leys. In: RODRIGUES Paniagua, José Maria. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, 1971, p. 9-10.

> éticos, lógicos e estéticos do bem, da verdade e do belo, sendo o direito um servo desses bens, mormente no valor ético do Bem. Pode-se facilmente perceber que tanto Ihering quanto Radbruch reconhecem, no direito, elementos metajurídicos externos ao positivismo conservador[37].

De fato, como lembra Plauto Faraco de Azevedo, o processo de criação cometido pelo magistrado não exclui ou afasta a segurança jurídica, pois, se o juiz

> [...] tiver se preparado para ser criativo, não precisará esperar passivamente a modificação das leis para exercer na sua plenitude suas funções, até porque, como é fartamente sabido e vivenciado pelo povo e pelos juristas brasileiros, não se pode identificar a multiplicação das leis ao progresso do direito. Antes conduz aquela ao casuísmo gerador do cipoal legislativo inconsistente, em que se esfumam e confundem os direitos e deveres dos cidadãos, semeando a perplexidade e complicando o trabalho do juiz[38].

De sorte que a decisão judicial pode resultar do produto de uma combinação de vários fatores que povoam o sistema jurídico[39]. Pode-se recorrer, como ensinam

---

37 PEIXINHO, ob. cit., p. 48-49.

38 AZEVEDO, ob. cit., p. 74.

39 O fenômeno jurídico, destarte, não se limita apenas às regras jurídicas, mas sim envolve a compreensão e o trabalho com vários outros fenômenos, justamente porque gerado no seio social, bem como nele inserido. Se, ao contrário, o Direito fosse analisado fora

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[40], aos princípios, lei, doutrina e jurisprudência. Daí, realçarem a expressão *solução normativa* como adequada para designar a decisão judicial. Com essa solução, entendem ficar preservado o princípio da legalidade, sem que o juiz fique engessado, na sua função de decidir, a estrita observância do texto legal.

Interessante estudo foi desenvolvido por Octávio Campos Fischer sobre a Coisa Julgada Inconstitucional em matéria tributária, cuja abordagem versa a respeito de um ponto específico. Procurou, assim, vincular a temática, condicionada ao pronunciamento contrário ao contido na Coisa Julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Penetrando no campo tributário que, aliás, é objeto de sua análise, pode-se valer de uma revisão da Coisa Julgada Inconstitucional, exemplificando.

É o caso, por exemplo, de restituição de quantias absurdamente elevadas, que não condizem com qualquer tipo de cálculo que possa ser feito. É o caso, também, de restituição de quantia tão ínfima e irrisória que não se coaduna com qualquer cálculo, "por pior que fosse"[41].

Reduzir o fenômeno jurídico a uma mera formalidade, além de caracterizar um comportamento intencional, revela, outrossim, uma tentativa de colocar à margem os componentes sociais que plasmam o Direito. Há, em razão de postura ideológica, interesse na reprodução

do seu contexto, num espaço independentemente, não teria ele a capacidade de assimilar os anseios sociais, o que o faria perder seu sentido, porque lhe faltaria a sintonia com a sociedade para a qual se dirija (BERBEN, ob. cit., p. 26).

40 WAMBIER; MEDINA, ob. cit., p. 174.

41 FISCHER, ob cit., p. 278.

desse modelo descompromissado com os cânones da justiça, como percebido por David Sánches Rubio:

> No campo do direito, quando o fenômeno jurídico se concebe como mera forma ou procedimento, sucede que se absolutiza tanto essa dimensão, que se transforma na única realidade possível, ocultando outros elementos importantes, entre eles, os processos sociais e seus atores [...]. Priorizar e absolutizar a forma na ciência jurídica por cima de seu conteúdo, implica uma atitude ideológica e interessada de determinados sujeitos, até tal ponto que inclusive o problema da vida humana perde importância[42].

Por conseguinte, o conhecimento do todo não pode ser alcançado através da simples apreensão fragmentária das partes em homenagem à lógica cartesiana, cuja superação se impõe na linha desse raciocínio. De fato, o fenômeno jurídico, enquanto ato sociopolítico exige a análise das especificidades do todo, de modo especial à sua compreensão como fato vinculado à concretização do ideal de justiça e não apenas como cumprimento da norma pelo ângulo estritamente formal.

---

42 SANCHES RUBIO, David. **Filosofia, Derecho y Liberación em América Latina**. Bilbao: Editorial Deselée de Brower, 1999, p. 170.

CAPÍTULO X

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA DECISÃO INCONSTITUCIONAL

Sumário: 1 Instrumentos Processuais de Controle. 2 Querela nulitatis: sua Adequação ao Direito Positivo. 3 Ação Declaratória de Nulidade da Sentença e Embargos à Execução. 3.1 Considerações Gerais. 3.2 Os Instrumentos Processuais e sua Adequação às Hipóteses de Relativização. 4 A Medida Provisória nº 2.180-35/2001. 5 Exceção de Pré-Executividade.

1 Instrumentos Processuais de Controle

A Coisa Julgada pode ser desconstituída quando a sentença não atentar para os comandos imperativos constitucionais, como, por exemplo, consentir que determinada matéria, reservada à lei complementar, possa ser veiculada por Medida Provisória, ou instrumento normativo não contemplado pela Constituição. Também quando reconhece como legítima decisão de um órgão, que usurpa a competência privativa de outro, em matéria nela expressa com orientação definida sobre o titular que detenha tal prerrogativa.

Pode-se colher, como exemplo das situações antes referidas, sentença que: a) tenha como correta a veiculação de lei ordinária para dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, já que tal cabe à lei complementar, nos termos do art. 146 da Constituição Federal; b) reconheça como válida a decisão adotada pelo Presidente da Câmara de editar Medidas Provisórias com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição, considerando que a matéria é de competência privativa do presidente da República, a teor do art. 84, XXVI, da Constituição Federal.

Não resta dúvida sobre a existência da Coisa Julgada Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, tendo presente a necessidade de adequação da sentença ao plano do justo. Fora disso, seria a consagração do absurdo e ninguém pode escapar ao controle social, especialmente do Poder Judiciário, dentro do possível, cabe fazer justiça e não transformar o injusto no justo por amor ao formalismo rigoroso do processo, sob o pretexto de colocar, a qualquer custo, mesmo imoral, ponto final na contenda.

Por outro lado, o que torna essa proposta inovadora é a não observância de prazo que poderia tolher qualquer

iniciativa, objetivando reparar a lesividade causada pela sentença inconstitucional. De maneira que as questões prescricionais ou decadenciais devem, nesse plano, ser afastadas na persecução desconstitutiva da Coisa Julgada Inconstitucional. Somente por esse ângulo é possível o equacionamento de problemática dessa natureza.

2 *Querela Nulitatis*: sua Adequação ao Direito Positivo

Se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Nesse caso, há de se buscar suporte na *actio querela nullitatis*[1].

[1] Nesse sentido decidiu, no regime do Código anterior, a 4ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, em acórdão que tem a seguinte ementa: "Subsiste em nosso direito, como último resquício da *querela nullitatis insanabilis,* a ação declaratória da nulidade, quer mediante embargos à execução, quer por procedimento autônomo, de competência funcional do juízo do processo original. A sobrevivência, em nosso direito, da *querela nulitatis,* em sua formação primitiva, restrita aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo acerto, na moderna conceituação da relação jurídica processual, adquire flagrante atualidade. Na evolução do direito luso-brasileiro, a *querella nullitatis* evoluiu até os contornos atuais da ação rescisória, que limitou a antiga prescrição trintenária para o lapso qüinqüenal de decadência. Todos os vícios processuais inclusive os da sentença, uma vez transitada esta em julgado, passaram a ser relativos e, desde que cobertos pela *res judicata,* somente são apreciáveis em ação rescisória, específica à descontinuação do julgado. Um deles, porém, restou indene à transformação da *querela nulitatis* em ação rescisória: a falta de citação inicial, que per-

maneceu como nulidade *ipso iure*, com todo o vigor de sua conceituação absoluta de tornar insubsistente a própria sentença transitada em julgado. Se a nulidade *ipso iure* não puder ser alegada em embargos à execução, subsiste, ainda assim, a ação autônoma direta da *querela nulitatis insanabilis*, de caráter perpétuo, não prejudicada pelo quinquênio da ação rescisória, porque o que nunca existiu não passa, com o tempo, a existir. Classifica-se como ordinária autônoma, de competência funcional do mesmo juízo do processo que lhe deu causa, ação de nulidade *ipso iure* de relação processual contenciosa".

No caso do inciso II, a inexigibilidade do título constitui matéria de embargos suspensivos, em consonância com o que dispõe o art. 586: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível".

A inexigibilidade pode ser ou no tempo absoluto ou no tempo relativo. No primeiro caso, trata-se de extinção da exigibilidade; no segundo caso, de exigibilidade a termo não verificado. Ali, dá-se a incompossibilidade da execução com o título inexigível; aqui, a possibilidade apenas futura do processo executório, porque a inexigibilidade ainda não se caracterizou.

Título, no texto, tem sentido próprio, de pressuposto legal da execução. Não se confunde com o inadimplemento de obrigação que caracteriza o pressuposto prático do processo executório. Se falta aquele, não se há de cogitar deste, porque inviável a execução. Explica-se, assim a inclusão do tema na limitação objetiva dos embargos do executado dotados de suspensividade (NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. VII, p. 196-197). A *querela nulitatis* comportava duas modalidades, a *querela nulitatis sanabilis* adequada à impugnação dos vícios sanáveis, e a *querela nulitatis insanabilis*, a ser proposta para impugnar os vícios mais graves. Aquela fundiu-se com o recurso em diversos ordenamentos europeus, com a transformação dos motivos de nulidade menos graves em motivos de apelação; a *insanabilis* subsistiu e podia ser alegada como remédio extremo contra os vícios mais graves, considerados insanáveis e que, por isto, sobreviviam ao decurso dos prazos e à formação da res iudicata (MACEDO, Alexander dos Santos. **Da Querela Nulitatis** – Sua Subsistência no Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 74).

De referência a essa ação autônoma, cumpre trazer o conceito formulado por José Cretella Neto:

> Expressão latina que significa nulidade do litígio. Indica a ação criada e utilizada na Idade Média, para impugnar a sentença, independentemente de recurso, apontada como a origem das ações autônomas de impugnação[2].

Conquanto se registre opiniões divergentes no plano doutrinário, a *querela nulitatis insanabilis* é o remédio voltado para a impugnação de erros graves cometidos no âmbito da jurisdição. Pode ser alegável contra vícios, que, consoante Alexander dos Santos Macedo, não se sanam "com a preclusão temporal e sobrevivam à formação da coisa julgada"[3]. Piero Calamandrei assegura a presença do referido instituto, mesmo sem qualquer menção no Código de processo Civil italiano, como se lê:

> *La querela di nulità in realtà non è stata abolita: essa, geniale creazioni del nostro diritto statutario, há lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracde durevoli e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in nome eterogenee e distanti, di ritrovare e di recostruire la sua fisionomia: come fanno gli archeologi, che mettendo insieme frammenti recuperati da diversi compi di scavo, riescono com pazienza a far rivivere la statua*[4].

---

2 CRETTELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 368.

3 MACEDO, 2000, p. 50.

4 CALAMANDREI, Piero. Sopravivenza della Querela di Nullità nel Processo Civile Vigente. **Revista di Diritto Processuale**, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 112-128, genn-dec.1951, p. 116.

Veja-se, nesse sentido, excerto do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que teve como relator Waldemar Zveiter:

> I – A tese da *querela nulitatis* persiste no direito positivo brasileiro, o que implica dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual, não se constitui, nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso. II – Recurso não conhecido[5].

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal entende que persiste a *querela nulitatis* no Direito Positivo brasileiro, consoante decisão ementada, a seguir:

> Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu na ação em que ela for proferida.
>
> 1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC, que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no direito positivo brasileiro – a *querela nulitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese.

[5] Acordão do STJ, no REsp 12586-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 04-11-91.

> 2. Recurso extraordinário conhecido negando-se-lhe, porém, provimento[6].

Não há como, pelo que se infere do exposto, convalidar sentença nula, notadamente contaminada pelo vício de inconstitucionalidade que não subordina sua desconstituição ao manejo de rescisória. De fato, essa é a regra que prevalece no direito brasileiro, o que possibilita recorrer-se a ação de impugnação autônoma, tanto quanto a de incidentes de embargos à execução, como adverte Humberto Teodoro Júnior.

A *querela nulitatis*[7] foi concebida com o escopo de

---

6 STN – Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 107, p. 778.

7 Adroaldo Furtado Fabrício, *apud* Ovídio A. Baptista da Silva, conclui que: "Subsiste em nosso direito, como último resquício da *querela nulitatis insanabalis*, a ação declaratória de nulidade, quer mediante embargos à execução, quer por procedimento autônomo, de competência funcional do juízo do processo original. A sobrevivência, em nosso direito, da *querela nulitatis,* em sua formação primitiva, restrita aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo aceito, na moderna conceituação da relação jurídica-processual, adquire flagrante atualidade" (SILVA, Ovídio A. Batista da. Sobrevivência da *Querela Nulitatis*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 92, n. 333, p.115-122, jan.-mar. 1996, p. 118).

Como as construções dos juristas, dissera-o igualmente Calamandrei, podem muito, mas não poderão jamais ultrapassar os limites da razão e da lógica, a *querela nulitatis,* expulsa universo conceitual pelos juristas modernos, infiltra-se disfarçadamente na experiência jurídica, vestindo-se com outras roupagens, mas exercendo, rigorosamente, a mesma função de ataque às sentenças nulas.

Um exemplo de disfarce da *querela nulitatis* ocorreu em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, relativo a uma ação de mandado de segurança em que o impetrante buscava impedir a execução de um mandado de despejo, alegando nulidade do processo, por falta de citação. Disse o Tribunal: "Não tinha o impetrante sequer ação

atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res iudicata*, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de se achar contaminada de vício que a inquinasse de nulidade, visando a um *indicium rescinders*. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa[8]. A decisão judicial impugnada de injustiça desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Nesse caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento a ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido. Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que, indo de encontro à Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual.

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 objetivam desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação da sentença de mérito que fez Coisa Julgada Inconstitucional.

rescisória, posto que não se cuida de sentença de mérito, pelo que restou ao mesmo a via constitucional do mandado de segurança, na qual deduziu a sua *querela nulitatis insunabilis*, de forma adequada" (SILVA, O. A. B., 1996, p. 121).

[8] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, v. III, p. 443.

3 Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença e Embargos à Execução

3.1 Considerações Gerais

As sentenças de mérito que escaparem ao controle recursal e do manejo da rescisória, ainda que estabilizadas pela autoridade da Coisa Julgada, podem ser desconstituídas. Isto pela ausência de plausibilidade jurídico-constitucional que não permite a imunização dos seus efeitos, tornando seu objeto fora do alcance da segurança jurídica. De modo que do produto da demanda há de resultar algo de proveito possível, que não ofenda os valores consagrados constitucionalmente. Fora disso, o controle é inevitável, porque nenhuma função de Estado pode escapar ao crivo da sociedade.

Para enfrentar essas situações, podem-se valer os interessados dos meios de impugnação das sentenças de mérito dadas sem observância da supremacia constitucional. Pouco importa o transcurso do lapso temporal para o manejamento da ação rescisória. O que se quer é o restabelecimento do *status quo*, visto não se admitir que o trânsito em julgado da sentença seja o caminho para a disseminação da insegurança geral, pela possibilidade de se esconder a injustiça, a fraude e a inconstitucionalidade do ato jurisdicional, a despeito de se ter uma solução definitiva para determinados casos absurdos.

Nada impede aos prejudicados, que suportaram os efeitos das sentenças fraudulentas, envidar esforços no sentido de promover sua desconstituição. Assim, podem lançar mão de nova demanda cuja substância seja igual à primeira, uma vez provada a inconsistência da Coisa Julgada que, eivada de nulidade, teve comprometido seu conteúdo, não merecendo a chancela do sistema jurídico processual.

Podem, ainda, opor resistência ao processo executório, mediante embargos ou outras alegações incidentes ao procedimento executivo, como, aliás, permitido pelo ordenamento positivo[9]. Tal iniciativa não inibe a plausibilidade de se recorrer a peça defensiva e nela arguir, mesmo no bojo de outro processo legal de natureza incidental, que não deve passar despercebida pelo judiciário. A exequibilidade desses expedientes é patente, inclusive com o objetivo de preservação dos mandamentos constitucionais.

Por outro lado, não pode ser decretado outro instrumento processual, remédio, também, indicado para remover os obstáculos advindos da Coisa Julgada Inconstitucional: trata-se da *ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença*. De inspiração romana, derivada da *querela nulitatis*, pode ser utilizada sem observância de prazos prescricionais ou decadências, portanto, a qualquer tempo com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional.

3.2 Os Instrumentos Processuais e sua Adequação às Hipóteses de Relativização

Diz o Código de Processo Civil que o

> [...] interesse do autor pode limitar-se à declaração:
>
> I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;

9 **Código de Processo Civil**, art. 741.

> II – da autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º). A expressão relação jurídica pode ser tomada aí em sentido *latu senso*, já que se opera entre os sujeitos de direito. A provocação da tutela jurisdicional tem por escopo a obtenção de uma declaração negativa, mesmo que a afronta ao direito já tenha se consumado[10].

Tal possibilidade funda-se no dispositivo constante de parágrafo único do art. 4º: "É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito"[11]. Com essa regra, pôs-se fim às intermináveis discussões acerca do uso desse instrumento, após ter-se verificado a violação do Direito que, na espécie, diz respeito à Coisa Julgada Inconstitucional. Segundo os tribunais, não cabe a declaratória para exame de tese jurídica ou análise de questões de direito.

Sem desejar aprofundar a discussão acerca da ação declaratória, cumpre assinalar que a mesma surgiu em substituição dos chamados processos precatórios. Acolheu-a o Direito Processual germânico de 1877, tutelando o mesmo objeto de hoje: certificação de inexistência ou não da relação jurídica ou sobre a falsidade de um documento (§ 231). Sem adoção por outros códigos que lhe sucederam, tais como: suíço, austríaco, norueguês, polonês e outros.

Tem por escopo estimular o órgão jurisdicional na persecução da certeza jurídica, em busca de uma declaração positiva ou negativa no tocante à relação de direito

---

10 *Ibidem.*

11 *Ibidem.*

invocado pelo autor. Conquanto a sentença configure a entrega de prestação jurisdicional, não se sujeita ao procedimento executório, valendo apenas como fundamento a ser respeitado em ações futuras de cunho condenatório.

Adverte Vicente Ráo que a ação declaratória não pode versar sobre fatos, mesmo que relevantes, como adiante:

> Mas, convém acentuar, a ação declaratória não pode versar sobre simples atos ou fatos, ainda que de atos ou fatos se trate, produtores de efeitos jurídicos. Uma execução, apenas, nossa lei permite, tal a relativa à apuração da autenticidade ou falsidade de documentos, hipóteses na qual não se examinam os direitos ou obrigações que do documento possam decorrer, mas, tão-só, sua legitimidade ou ilegitimidade material[12].

Na seara do Direito, expressa a coisa material ou corpórea, portanto, apropriável pelo homem. De modo que, coisa, segundo Plácido e Silva[13], designa tudo que possa servir de utilidade ao homem, daí seu emprego como sinônimo de bens, podendo variar de sentido, às vezes mais amplo do que bens ou mais estreito, conforme o momento do seu emprego. Daí a conclusão de que a Coisa Julgada é constituída por bem material ou corpóreo, já que este pode ser objeto de direitos.

Não objetiva a ação declaratória espancar dúvida sobre a relação jurídica, nos aspectos atinentes ao seu conteúdo existencial ou não, porquanto se insere no contexto

---

12 RÁO, ob. cit., p. 886.

13 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

da segurança, valor que deflui da coisa julgada. No caso vertente, busca-se o desfazimento de uma sentença cujo vínculo entre os sujeitos das relações intersubjetivas operou no campo da nulidade, prejudicando uma das partes no processo que a engendrou.

Na espécie, o objeto da ação declaratória, no tocante à relação jurídica instaurada, pertence ao campo do direito processual. Nesse caso, toma-se como exemplo a decisão que declara a nulidade da sentença prolatada em desconformidade com a Constituição. O julgamento que decorre dessa situação, conforme assinala Alfredo Buzaid, é de natureza:

> tipicamente declaratória e o seu conteúdo essencialmente processual, e, portanto, de direito público, porque versa a sentença não sobre o ponto litigioso da causa, mas sobre a relação jurídica processual e os pressupostos à sua validade[14].

Trata-se de nulidade absoluta que tem o condão de invalidar todo o processo, com reflexo na sentença que, em razão dela, torna-se susceptível de ser desconstituída por ação declaratória de nulidade absoluta da sentença ou ação declaratória de nulidade da Coisa Julgada Inconstitucional. Seu emprego busca enfrentar a situação inquinada de nulidade consubstanciada na sentença contrária à Constituição.

A declaratória da Coisa Julgada Inconstitucional tem por escopo desconstituir a sentença desconforme à Constituição, vincada pelo timbre da nulidade, contra qual tenha se exaurido a instância recursal. Nessa linha, permite o novo exame da causa objeto da *res judicata*,

[14] BUZAID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 176.

concebida em qualquer grau de jurisdição, de modo que outra sentença mérito deverá ser proferida a propósito do conteúdo dela emanado.

Como se vê, a ação sob comento não brota do processo que gerou a decisão inconstitucional, visto se tratar de uma demanda que agora tem outro perfil no plano adjetivo, isto é, busca o desfazimento da sentença de mérito. Nesse diapasão, vale dizer que a causa de pedir nada tem a ver com o pedido inserto no bojo da ação, em que se persegue sua descontinuidade.

Nesse caso, cuida a espécie de sentença nula desde sua origem, o que não se confunde com decisões inexistentes, contra as quais cabem ações anulatórias, visto que não têm o condão de elidi-la nos termos do art. 486, do Código de Processo Civil. Seu pressuposto gira em função do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, elemento fundamental de sua admissibilidade processual.

Na perspectiva dos valores jurídicos da inconstitucionalidade, de que fala Jorge Miranda, em razão dos efeitos produzidos ou a produzir dentro da dinâmica jurídica, podem sofrer variações no tocante ao nível dos graus em que podem ser examinados. Desse modo, a *res judicata* é inválida por bater de frente com a regra constitucional que lhe empresta validade. No plano do controle de constitucionalidade, tem-se presente um ato jurídico-público (decisão judicial) eivado de nulidade, visto que nasceu defeituoso desde o momento em que foi concebido. Por esse motivo, trata-se de ato nulo que, conforme Jorge Miranda, é o que "não produz efeitos desde a origem, mas é necessária declaração de inconstitucionalidade ou decisão de não aplicação"[15].

---

[15] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: introdução à Teoria da Constituição. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1990. p. 316.

Com o advento da norma positivada no parágrafo único, do art. 741 do Código de Processo Civil, o título executivo judicial – inquinado como nulo-inconstitucional – pode ser examinado em sede de Embargos à Execução. Nada impede que assim seja acatada e detectada a sua inexigibilidade, sem qualquer condicionamento de ordem processual ou de solução definitiva dada pelo Supremo Tribunal Federal, como quer certa doutrina.

O pensamento é redutor da interpretação constitucional, porque restritivo e impeditivo do avanço que vem se registrando nesse campo da atividade judicial. A nulidade, no caso da Coisa Julgada Inconstitucional, é ato insanável visto exprimir a qualidade do defeito evidenciado em seu bojo. De sorte que nada pode afastá-la do eivo do Judiciário que, igualmente, detém o controle sobre os atos praticados pelos seus membros.

4 A Medida Provisória nº 2180-35/2001

Acolhendo a posição avançada de determinado segmento da doutrina, a tese da Coisa Julgada Inconstitucional foi erigida ao plano normativo, em face de sua inserção no contexto de Medida Provisória, que promoveu alteração do Código de Processo Civil com esse objetivo, permitindo, assim, a consolidação da sistemática proposta em estudos teóricos realizados com esse propósito.

Trata-se agora de regra explícita, porquanto o art. 741, da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, passou a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

> Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal

> ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal[16].

Registre-se, ademais, que regra semelhante foi introduzida no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu parágrafo 5º, nos seguintes termos:

> Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal[17].

Com as regras insertas no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas, antes transcritas, a matéria ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais. Prevaleceu, então, a tese da nulidade da Coisa Julgada constituída em descompasso com a vontade constitucional, podendo ser reconhecida independente de qualquer limitação temporal ou de ordem processual. Cuida a espécie, de nulidade de pleno direito, portanto, insanável.

O juiz dos Embargos pode examinar, à luz do que dispõe o art. 741, do Código de Processo, a sentença passada em julgada de título sentencial, independentemente do pronunciamento de decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de juízo concentrado ou difuso. De sorte que nada impede seu acolhimento a fim de que seja detectada a sua inexigibilidade.

---

16 Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, art. 10.

17 Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, art. 9·

Se outro fosse o propósito que motivasse tal regra, não teria o menor sentido o esforço legislativo empreendido para tornar exequível a energia processual, em consonância com a ordem constitucional. Esta sim que não permite sua superação por qualquer dos Poderes da República, o que acarretaria subversão do ordenamento positivo e a consagração das nulidades derivadas dos atos por eles produzidos, no exercício de tal competência funcional.

Não se opera, na espécie, qualquer vínculo entre o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e a decisão definitiva que transitou em julgado. De fato, na nulidade emerge do ato jurisdicional é da sua essência o ser concebido com escopo de invalidade. Por isso, justifica a sua desqualificação, seu enfrentamento nos Embargos, mesmo que tal regra inexistisse, tendo presente que a declaratória de nulidade absoluta poderá ser acionada para desconstituir a Coisa Julgada Inconstitucional.

É de uma clareza glacial que a parte segunda do dispositivo afasta a necessidade de pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal. Ali, o que se verifica é a abertura para que a inexigibilidade possa ser, sem qualquer limitação, analisada nos Embargos, a consistência e a validade do título executivo judicial. Não há nada que impeça essa prerrogativa atribuída ao juiz, a quem compete proferir a decisão pertinente ao objeto que lhe suscitou.

O manejo de rescisória, mediante instrumento com que se busca reparar o vício da sentença especialmente, a inquinada de nulidade, se compadece com a *querela nulitatis*, que, como se disse, remanesce no Direito brasileiro. Entretanto, tem aplicação restrita a determinadas matérias previstas na ordem processual positiva, bem como limitação temporal para sua utilização nos casos em que pode ser demandada. Trata-se, por isso mesmo, de uma ação autônoma de natureza constitutiva.

Vale ressaltar, com Enrico Tullio Liebman, em notas feitas aos estudos de Giuseppe Chiovenda, que as sentenças assinaladas no art. 798 do Código do Processo Civil não se enquadram na categoria de nulidade absoluta, como se lê:

> As sentenças inquinadas dos vícios enumerados no art. 798 do Código Processual Civil não são nulas de pleno direito: ao revés, produzem todos os seus efeitos e só podem se anular por meio da ação competente (rescisória). Fluído o prazo qüinqüenal, tornam-se inatacáveis. Se de verdadeira nulidade se tratasse, poder-se-ia alegar em qualquer oportunidade e perante qualquer juízo, por exemplo: como réplica à exceção de coisa julgada ou nos embargos à execução, e, em geral, poder-se-ia declarar em qualquer momento por meio de ação declaratória[18].

> [...] a coisa julgada, conquanto seja a mais sólida construção que o direito haja concebido em sua vida milenália, não é absoluta e deve ceder nos casos excepcionais em que, em sua formação, se tenham cometido determinados erros particularmente graves[19].

A resistência ao processo executivo pode ser por via dos Embargos do Executado, visando a desconstituir a sentença. O novo parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, permite que a matéria seja examinada pelo

---

18 CHIOVENDA, ob. cit., p. 236.

19 *Ibidem,* p. 277.

juiz dos embargos. Ora, segundo Humberto Theodoro Júnior, no sistema difuso, "todo juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo"[20].

A exegese de Humberto Theodoro Junior contraria a posição adotada por Araken de Assis, segundo a qual o título sentencial não poderia ter sua inconstitucionalidade pesquisada pelo juiz dos embargos. A discussão gira em torno do parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, cuja interpretação alinha-se ao pensamento do primeiro, pois, mesmo sem a regra nela expressa, entende-se, com o referido autor, a prevalência de inexequibilidade da sentença inconstitucional[21].

O óbice, por sua própria natureza, impede a arguição de nulidade do processo de conhecimento por meio dos Embargos à Execução, fundada em título executivo judicial. Não se restringe à espécie, tão somente, como quer Nelson Nery Junior, a falta ou nulidade da citação, sob o argumento da imutabilidade da Coisa Julgada. Ao contrário, a nulidade absoluta da sentença pode, sem qualquer objeção, ser atacada por Embargos, a teor do parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil.

Nada impede que se oponha nos Embargos à Execução, fundada em sentença, matéria decidida, no processo de cognição. Ora, se se admite que a nulidade da sentença possa ser examinada no âmbito da ação declaratória, sem observância do prazo para a rescisória, não se concebe como isso não possa ocorrer no âmbito

[20] THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 230

[21] *Ibidem,* p. 111-113.

dos Embargos que se prestam a sanar situações que não se adequam à ordem jurídica, quando se tratar de título sentencial inexigível.

5 Exceção de Pré-Executividade

Não há, no plano judiciário, um consenso no tocante às matérias que podem ser objeto da chamada *exceção de pré-executividade* (expressão compreendida pela exceção e objeção de executividade de que falam Nery Nelson Junior e Rosa Maria de Andrade Nery). Divergem os magistrados, especialmente no que diz respeito à possibilidade de alegação em se tratando de coisa julgada inconstitucional, a ponto de somente admitir, em determinados casos, a interposição de embargos do executado.

Tal objeção não merece prosperar, porque, à luz do art. 741, do Código de Processo Civil, a arguição de inexigibilidade do título sentencial pode, por essa via, ser processada, mesmo que a decisão já tenha transitado em julgado. Essa regra leva ao entendimento de que a matéria por ela contemplada versa sobre nulidade do título. Ademais, a falta dos requisitos ou condições do processo executivo pode, igualmente, ser questionada em sede de exceção de pré-executividade.

Reservar matérias pré-determinadas para as vias de Embargos, simplesmente por questão de ordem processualística, é colocar em segundo plano o direito material. Ora, se ao executado não fosse permitido segurar o juízo, em razão de insuficiência patrimonial, ficaria, então, prejudicado em sua resposta, implicando esse comportamento em cerceamento de defesa.

É preciso dizer que a Constituição assegura ao cidadão ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, ao qual poderá sempre recorrer para que aprecie a lesão ao

seu direito. De modo que a inafastabilidade da função jurisdicional e o direito de petição, prerrogativas constitucionais, não podem ser afastados, sob pena de tornar inóquas as garantias asseguradas pela Constituição da República.

Daí saudar-se com efusividade a decisão mais consentânea com a realidade fática que, ainda embora tímida, pode ser revigorada com o pensamento não conservador de parte da magistratura em sintonia com o mundo de vida. Eis como pensa Athos Gusmão Carneiro:

> Outra hipótese, em que creio não ser caso de se exigir a segurança do Juízo, é aquele caso em que o executado, pobre, não dispõe de bens para oferecer à penhora. Não é possível, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, em que se assegura o pleno contraditório, limitá-lo, desta maneira, contra pessoas economicamente carentes[22].

Controvertendo matéria relativa à nulidade do título executivo sentencial, instrumentaliza a execução, a exceção de pré-executividade tem absoluta pertinência, mesmo que a penhora já tenha sido realizada. Incumbe à parte demonstrar sua admissibilidade mediante prova pré-constituída sem necessidade de segurança do juízo. Isto porque, segundo Nelson Nery Junior, não admite dilação probatória, o que implicaria reconhecer-se nos Embargos do Executado.

Essa modalidade excepcional de oposição do executado não se presta à impugnação do *quantum debeatur*, caso em que caracteriza excesso de execução, portanto,

[22] STJ- Bol. AASP 1.746/187, REsp 7.410- MS: Citação do voto do Min. Athos Carneiro, p. 190.

a ser questionado, cujo remédio cabível é os Embargos à Execução. O aspecto formal do título, pressupostos de validade do processo e da pretensão deduzida em juízo, que tocam diretamente a questão de nulidade, é que pode ser analisada em sede de pré-executividade.

Conquanto os Embargos possam ser colocados fora do alcance do executado, se este não dispõe de bens penhoráveis, nada impede que lance mão do seu direito de petição, que não pode ser negado a quem quer que seja. O Judiciário, se assim proceder, põe obstáculo indevido ao legítimo exercício do direito constitucional de defesa por negativa do devido processo legal. Cabe ao juiz, inclusive, com relação à Fazenda Pública, adequar a regra do art. 16 da Lei de Execução Fiscal ao caso concreto, se ao executado não for possível propiciar a segurança do juízo, agindo em sintonia com a realidade fática.

Se há petição de nulidade arguida pelo executado, relativa aos requisitos da execução, seu processamento, independentemente de formalidades, deve-se verificar em qualquer grau de jurisdição, sem obstáculo de ordem temporal. O que quer é afastar a execução destruindo a relação processual e, consequentemente, sobrestando os atos que importem constrição patrimonial. A exceção de pré-executividade, que se presta a essa finalidade tem natureza suspensiva, visto se tratar de matéria que afeta o processo de execução contra o qual busca ser excepcionado.

Nela está contida uma resposta, daí o termo exceção guardar pertinência com defesa, tendo por motivação de fundo a exclusão do processo. É matéria de processualística, visando ao enfrentamento indireto do mérito, na tentativa de excepcionamento da parte na relação jurídica processual executória. A oposição se opera louvada em fatos extintivos, impeditivos ou modificativos em relação aos efeitos do fato constitutivo que pretende desconstituir, em face da ausência de executividade do título.

A jurisprudência dos tribunais tem admitido, no caso de título ilegítimo, a não segurança do juízo ou a apresentação dos Embargos. Veja-se a posição do Superior Tribunal de Justiça, relatada por Luiz Peixoto de Siqueira Filho: "A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame ex offício pelo juiz"[23].

Dentro desse contexto, portanto, no campo de pré-processualidade cabem, indistintamente, todas as matérias, pouco importando se sejam de ordem pública ou substancial. As restrições de caráter ritualístico não dizem respeito ao Direito, porquanto esse extremismo configura, sem razão, "o desaparecimento dos sujeitos humanos criadores do Direito que passam a ser somente partes: os interesses econômicos transformados em categorias jurídicas abstratas"[24].

Como bem lembrado por T. Miguel Pressburge, nisso já se percebe o alinhamento do jurista com o aparelho ideológico de dominação, encantado pelo discurso estatal, massificado e massacrante, que levou a ritualística ao patamar de Direito. E, assim, reproduzido pelo Direito Processual,

> que consegue o estranho poder de elidir direitos materiais, objetivos ou positivos (como se queira denominar) pela simples ausência de determinado rito ou defeituoso uso de algum cerimonial burocrático[25].

---

[23] SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-executividade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 60.

[24] GENRO, ob. cit., p. 21.

[25] ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Advocacia Trabalhista popular: apropriação ou hegemonia. _____ (org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 152.

Conquanto sejam os Embargos à Execução e a ação autônoma os instrumentos indicados para desconstituir o título sentencial eivado de inconstitucionalidade, não se pode descartar a exceção de pré-executividade, sem qualquer receio de inadequação ao fim colimado. Nesse caso, especialmente, quando há impossibilidade de *segurar o juízo*, tanto que, como já se disse, desembocaria para o campo de obstaculização da plena realização do direito justo.

Exatamente por isso, é que Paulo Henrique Lucon retrata com absoluta fidelidade a tese que a doutrina e a jurisprudência vêm construindo

> no sentido de se admitir defesas de mérito na própria execução, desde que fundadas em prova pré-constituída, é possível admitir-se *exceção de pré-executividade* com amparo em coisa julgada inconstitucional[26].

Aqui, como se denota, não cuida de eficácia do julgado, que não a tem, mas sim de nulidade insanável, que comporta o procedimento mais econômico e racional, para a defesa do direito vindicado.

[26] LUCON, Paulo Henrique. Direito Processual Anotado. In: MARCATO, Antônio Carlos (org.).**Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 102

CONCLUSÕES

Uma vez assentadas as premissas básicas a respeito do tema proposto, discorrendo-se a propósito de todos os elementos conformadores de sua estrutura fundamental, cabe sustentar a plausibilidade da posição segundo a qual a coisa julgada pode ser inquinada de inconstitucionalidade. Isso se funda no fato de que a validade dos atos do Estado (executivo, legislativo ou judiciário) emana da Constituição Federal.

A tese esboçada não tem o condão de eliminar o instituto da coisa julgada, tendo em vista sua indiscutível validade para o sistema processual brasileiro, nem tampouco enfraquecer o fundamento das decisões judiciais distintivas. Ao contrário, busca contribuir para a superação dos entraves que transformam o processo em mera peça de retórica. Nisso consiste, fundamentalmente, a proposta trazida à colação, objetivando permitir o debate mais transparente e amplo em torno do tema, sobretudo, com o ânimo de demonstrar a relatividade da *res judicata* inconstitucional.

O controle dos atos praticados pelo poder não exclui, de modo algum, aqueles emanados do Poder Judiciário, mesmo porque não se trata de poder acima da Constituição, sendo a ela submisso, sem qualquer demérito para sua independência. Os valores constitucionais hão de ser cultuados, porquanto são eles que iluminam a convivência em sociedade. Por isso, todos os atos de qualquer natureza ou procedência devem guardar conformidade com a Constituição, sob pena de invalidade da sentença que com ela colidir devido à impossibilidade de sua sobrevivência.

Impõe-se, em razão do exposto, extraírem-se as conclusões a seguir sintetizadas:

a) pode-se colher da ordem jurídica os elementos imprescindíveis à análise do controle das atividades típicas dos Poderes do Estado: administrativas, legislativas e judiciárias, todas sujeitas ao controle da sociedade. Com efeito, a autonomia e a independência atribuídas pela Constituição da República ao Poder Judiciário não autorizam, todavia, decisões judiciais que a afrontem, desrespeitando os princípios da moralidade, da igualdade e outros por ela tutelados. Sendo certo que, como uma decorrência das funções do Estado, as sentenças, enquanto atos jurídicos estatais veiculadores de sua vontade, têm de ser proferidas conforme a justiça e a equidade, de acordo com os ditames constitucionais. Em razão disso, não podem escapar ao controle de constitucionalidade dispensado aos atos legislativos e executivos pela impossibilidade de convalidação de atos inconstitucionais, portanto, nulos de pleno direito. A concepção de imutabilidade da coisa julgada configura fato indiscutível, cuja permanência incólume, vale para a estabilidade da estrutura do sistema processual. Se, entretanto, for contaminado por sentença nula, tal óbice tem de ser removido, visando restabelecer a ordem jurídica lesionada. Nenhuma lesão a direito, diz a Constituição, pode escapar ao controle, que constitui a arma adequada para a reparação de qualquer dano advindo do Judiciário;

b) as regras atinentes à Coisa Julgada são regras no plano da legislação ordinária que, inclusive, por expressa previsão constitucional, não podem contrariar ou promover modificações no referido instituto que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas, nos termos do Código de Processo Civil. Induvidoso é o caráter insubstancial da Coisa Julgada, posto não veicular conteúdo de fundo, como a sentença que carrega no

seu âmago carga expressiva de elementos substantivos e adjetivos, objetivando a persecução de um produto final consistente na entrega da prestação jurisdicional. Circunscrito ao campo da instrumentalidade, como figura catalisadora do processo decisório, ela tenta se harmonizar com o direito material, em busca de um resultado sem, contudo, configurar a essência da questão, visto servir como canal por onde fluem os elementos probatórios que vão instruir o conteúdo sentencial constitutivo do produto final a ser entregue ao jurisdicionado;

c) não existe nenhum choque entre o princípio da segurança jurídica e a aplicação dos outros princípios que estão acima daquele, sendo presente que o caráter absoluto atribuído à Coisa Julgada não resiste aos primados da moralidade e da legalidade. Não há como convalidar a decisão que não guarde compatibilidade com o sistema jurídico, em face do seu caráter desafiador de postulados fundamentais de justiça. Ninguém pode valer-se da iniquidade para o locupletamento em detrimento da convivência ético-moral indispensável à igualdade e à pacificação social. Se não é esse o fundamento do processo, então ao Direito não serve aos propósitos dos que o utilizam para tornar legítima uma situação fraudulenta, sob o falso pretexto de atendimento aos cânones legais. O princípio da segurança jurídica deve ceder diante de princípios fundantes do ordenamento constitucional, quando se sabe que o processo não realiza o direito de modo perfeito, em toda a sua plenitude. Há de prevalecer em qualquer situação a supremacia da Constituição, afastando resistências conservadoras, aferradas ao legalismo comprometedor da justa aplicação do Direito. Afinal, é necessário desmistificar essa ideia, assaz difundida, de superação do Estado de Direito pelo Judiciário que exerce tão-somente uma das funções que lhe é atribuída pela ordem constitucional;

d) nas sentenças nulas, os vícios inerentes ao conteúdo de inconstitucionalidades, por eles veiculado, podem ser atacados, sem necessidade de observância de tempo ou de procedimento específico, já que eles decretam a inexigibilidade do título executivo sentencial, por força do parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, acrescentado com a redação dada pelo art. 10, da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Mesmo que não houvesse a recente regra introduzida no Código de Processo Civil, expressa em seu art. 741, parágrafo único, nada impediria que, por ocasião dos Embargos, o juiz examinasse a questão da inconstitucionalidade da sentença considerada nula, independentemente de qualquer pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal, nos aspectos difuso ou concentrado;

e) se há ressalvas no que pertine à autoridade da Coisa Julgada, tanto no âmbito criminal quanto civil, que autorizam a revisão criminal e a rescisão da sentença, lícito é admitirem que a Coisa Julgada Inconstitucional pudesse ser objeto de ação declaratória em busca de sua desconstituição, por não se compatibilizar com o ordenamento constitucional positivo;

f) o vocábulo *coisa* é empregado no sentido de objeto do Direito, conformador do patrimônio que, em razão de demanda judicial, tornou-se suscetível de apropriação pelo seu titular. Nessa acepção, é entendido como fato ou ação, mediante o qual tal bem da vida pode ser incorporado ao patrimônio de uma das partes demandadas;

g) o estudo sobre a Coisa Julgada Inconstitucional, pela importância de que se reveste, foi concebido dentro de uma perspectiva pós-moderna da legitimação normativa sob o ângulo filosófico. Essa visão para além do positivismo, que tem em Jürgen Habermas seu principal mentor, busca chamar a atenção sobre a ausência

do papel crítico da ciência, pelo seu viés ideológico, que negava sua hermenêutica conforme praticada;

h) se o papel do juiz fosse apenas chancelar leis iníquas, injustas e casuísticas, produzidas para manter, em muitos casos, os privilégios da classe dominante, não teria o menor sentido a existência do Judiciário. Ademais, o Direito não pode ser percebido apenas pela perspectiva estatal, ou seja, pelo ângulo da lei. O fenômeno jurídico tem de ser visto em toda sua plenitude. Daí, "o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei"[27];

i) a *res judicata* tem força de lei entre as partes, de maneira que não pode ser modificada por lei ordinária, cuja sentença enfrentou o mérito, assim transitando em julgado. Ressalve-se que a matéria, enquanto inserta na Constituição, foi protegida no plano infraconstitucional, impedindo que o legislador pudesse alterar a substância do que foi decidido, restringindo ou ampliando seu objeto;

j) a tese da relativização da Coisa Julgada ganha corpo, captando a simpatia dos juristas europeus e brasileiros, a partir da percepção de que não se pode acolher um entendimento que não seja consentâneo com a realidade dos fatos. Daí, ser intolerável que a decisão jurisdicional, de carga lesiva, não possa ser revertida, mesmo em situação extraordinária, a pretexto do seu caráter de absolutividade. O acolhimento da tese de relativização da Coisa Julgada Inconstitucional não enseja qualquer prejuízo, porquanto não opera instantaneamente. Cada caso deve ser examinado *de per si*, a fim de evitar o uso

[27] BARROS, Antônio Machado de. Sentenças Políticas. **Revista Época**, São Paulo, n. 272, p. 42-43, 4 ago. 2003, p. 42.

desordenado de instrumentos processuais, para desconstituir relações jurídicas consolidadas que não se enquadrem nesse perfil. Essa pretensão desconstitutiva tem de ter fundamento em vícios demonstráveis de modo justificado o que tornará a sentença nula e, portanto, impossibilitada de produzir os efeitos que lhe são próprios, em razão do poder coercitivo do Estado;

l) alguns autores vêm se ocupando do aprofundamento do estudo de Hermenêutica, procurando oferecer novas técnicas à interpretação constitucional, o que tem propiciado a discussão acerca da principiologia. Nessa vertente, cabe assinalar que a mesma vem tomando o lugar dos conceitos rígidos que desservem ao homem, senão à ordem processual. Dentre esses princípios, vale destacar o da proporcionalidade e o da razoabilidade, acolhidos pela Hermenêutica constitucional que vê o Direito como fenômeno na plenitude de sua gênese. Embora, em sua interpretação e aplicação também, os acolhendo, o Supremo Tribunal Federal não tenha estabelecido qualquer distinção entre ambos, antes os compreendendo integrados ao arcabouço constitucional. Os pressupostos de validade da sentença, ao serem examinados no plano da inconstitucionalidade, não podem ser tomados apenas sob uma perspectiva dogmática. Decerto, sem a compreensão do fenômeno jurídico e, a partir dele, o confronto com a circunstância que envolve o caso concreto, não se pode qualificar o resultado pretendido pelo procedimento que lhe deu causa. Daí a necessidade premente de se recorrer sempre à Hermenêutica Constitucional, em homenagem ao Direito para a construção de uma ordem social, onde os princípios morais e éticos sejam o apanágio de uma sociedade movida pelo sentimento do justo;

m) não resta dúvida a respeito da subsistência da denominada *querela nullitatis* no Direito brasileiro, de natureza autônoma, que busca a impugnação da sentença

inquinada de nulidade, independentemente de manejo do procedimento recursal, como bem lembrado linhas antes por José Cretella Neto. Pode ser acionada contra vícios insanáveis que se sobreponham à formação da Coisa Julgada, nem se resolvem com a preclusão temporal.

Contra a Coisa Julgada Inconstitucional cabe ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, tendo presente que subsiste a *querela nulitatis*. De sorte que essa ação autônoma de impugnação tem por escopo atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res judicata*. São passíveis de desconstituição as sentenças que põem termo ao processo, por ter decidido o mérito, enquadrando-se, na hipótese, os acórdãos dos tribunais.

Pode, igualmente, o executado valer-se dos Embargos para opor resistência ao processo de execução passada em julgado de título sentencial, independentemente de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de juízo concentrado ou difuso. Não há vínculo entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a sentença definitiva. Com efeito, a nulidade emerge do ato jurisdicional, e é da sua essência ser concebido com escopo de invalidade.

A arguição de inexigibilidade do título sentencial pode ser processada em sede de exceção de pré-executividade, mesmo que a decisão já tenha sido transitada em julgado. Havendo petição de nulidade relativa aos requisitos da execução, seu processamento, independentemente de formalidade, deve verificar-se em qualquer grau de jurisdição. Tem natureza suspensiva já que afeta o processo de execução.

REFERÊNCIAS

AARNIO, A. Argumentation theory and beyond. Some remarks on the Rationality of Legal justification. **Retchtstheorie**,[Berlin], v. 14, n. 4, p. 385-400, 1983.

AFANASSIEV, V. G. **Fundamentos da Filosofia**. Moscovo: Progresso, 1982.

ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Doxa**, 5, 1988.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALTERINE, Atílio Aníbal. **La Inseguridad Jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALTHUSSER, L. **Pour Marx**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de Teoria Geral do Processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá, 2002.

ARAGÃO, Moniz. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Da Sentença e da Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. **La Seguridad Jurídica**: una teoría formal. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 4. ed. Brasília: UnB, 2001.

ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo: o modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional; natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 97, v. 353, p. 93-199, jan.-fev. 2001.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Elyana. **Gaston Bachelard**: o arauto da pós-modernidade. Salvador: Edufba, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Antônio Machado de. Sentenças políticas. **Revista Época**, São Paulo, n. 272, 4 ago. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAYÓN, J. C. **La normatividad del Derecho**: deber jurídico y razones para la acción. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BERBEN, Marco Antônio Lima. **Os princípios na Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERMUDES, Sérgio. Coisa Julgada Ilegal e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

BETTI, Emílio. **Teoria Generale del Negozio Giuridico**. Coimbra: Coimbra Ed., 1970. III, n. 57.

BIDART CAMPOS, Germán J. **¿Hey in orden Jeráquico en los Derechos?** Buenos Aires: Ed. Derecho, [199-]. t. 16.

BIELSA, Rafael. **Estudos de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, [196-]. t. 1.

BISOL, Rosana. Dialética Social do Direito In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). **Introdução Crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: UnB, 1993.

BOBBIO, Norberto. La Certezza Del diritto è un mito? Roma: In: **Revista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Roma, n. 28, p. 146-1521, 1951.

BORGES, José Souto Maior. O Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.13, p. 1, abr.-maio 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-SOUTO-MAIOR-BORGES.pdf>. Acesso em: mar. 2004.

BORGES, Wilson Hilário. **Decisão Social e Decisão Jurídica**: uma teoria crítica-historicista. Jabaquara: Germinal, 2000.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUENO, Cássio Scarpanelle. **O Poder Público em Juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della Querela di Nullità nel Processo Civile Vigent*e*. **Revista di Diritto Processuale**, [s.l.], v. 6, n. 1, p. 112-128, genn.-dec.1951.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (org.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural**: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni Del Processo Civile Italiano**. 5. ed. Roma: Foro, 1956. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituição de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Book Seller. 2002. v. 1.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contempôraneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

CORSALE, M. **Certeza Del Diritto e Crisi de Legittimitá**. 2. ed. Milan: Giuffré, 1979.

CRETTELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETTON, Ricardo Aziz. **Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, e sua aplicação no direito Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: Em Busca de uma Dogmática Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional**: declaração judicial de inexistência. 2003 (no prelo).

DE LA QUADRA, Tomás. La Constitucion como Norma Suprema y la Seguridad Juridica. In: _____. **Division de Poderes e Interpretación**. Madrid: Tecnos, 1987.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. **Vocabulário Jurídico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DESCARTES, René. **Discurso do Método.** 3. ed. Lisboa: Europa-América, s/d, p. 51.

DIAS, Francisco de Barros. Breve Análise sobre a Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 758, p.34-42 dez. 1998.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**. Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Coisa Julgada Inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 351, p. 42- 51, jul./ago./set. 2000.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico** – princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ERRASU, Rodolfo Rivas. Reflexiones sobre la impugnabilidad de la cosa juzgada. **Revista de Estudos Processuais**, Rosário, n. 24, p. 30-43, 1975.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu Revel não Citado, "Querela Nulitatis" e Ação Rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo,n. 48, p. 28-43, [20--?] .

FACHIN, Edson Luiz. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo C. de Oliveira. Positivismo x Jusnaturalismo: um falso dilema. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993.

FARIAS, Maria Eliane Menezes de. As ideologias e o direito; enfim, o que é o direito? In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FISCHER, Octávio de Campos. Coisa Julgada Inconstitucional em Matéria Tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.) **Problemas de Processo Judicial Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. v. 05.

FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. London: Steven & Sons Lintel, 1949.

FREITAS, Juarez. **A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos Atos Jurídicos**: de acordo com o código civil brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GENRO, Tarso Fernando. Os Juízes contra a Lei. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.) **Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Valor Positivo do Acto Inconstitucional**. Lisboa: 1992.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. Disponível em: <http:// <www.conjur.com.br>. Acesso em: maio 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HARO, Ricardo. **El Control de Constitucionalidad**. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

HITTERS, Juan Carlos. **Revisión de la cosa juzgada**. 2. ed. La Plata: Libreria Editora Platense, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HRYNIEWICZ, Severo. **Para Filosofar**: introdução à História da Filosofia. 3. ed. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 1998.

KORSHUNOVA, L.; KIRILENKO, G. **Que é Filosofia**? Moscovo: Progresso, 1986.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (dês)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

LACLAU, Martín. **Conducta norma y valor** – ideas para una nueva comprensión del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito**: considerações sobre a Teoria do direito e os Operadores Jurídicos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Judicial**. São Paulo: Landy, 2002.

LECHTE, John. **Cinqüenta Pensadores Contemporâneos Essenciais**: do estruturalismo à pós-modernidade. Rio de Janeiro: Ditel, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da Sentença Proferida sem Citação do Réu. In: _____. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

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

LÓPEZ DE OÑATE, F. **La certeza del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1953.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília, DF: UnB, 1980.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**? 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da *Querela Nullitatis***: sua subsistência no Direito Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o Direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAIA, Izabelle Albuquerque Costa. **Breves Considerações sobre a Revitalização da Coisa Julgada**. No prelo.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia Existencial do Direito**. Crítica do pensamento Jurídico Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 5.

MARTÍNEZ, Roldán, L. La seguridad jurídica: realidad o ilusión. In: IX JORNADAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DE LA CONSTITUCIÓN, 10.,1988, Madrid. [**Anais...?**] Madrid: Ministerio de Justicia,1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva 2001.

MATALLO JUNIOR, Heitor. A Problemática do Conhecimento. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de (org.). **Construindo o saber**: metodologia científica: fundamentos e técnicas. 4. ed. Campinas: Papirus, 1994.

MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

_____. Valores Jurídicos Negativos da Lei Inconstitucional. In: _____. **O Direito**. Coimbra: [s.n.],1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**: garantia da Constituição e controle da constitucionalidade. Lisboa: Coimbra, 2002.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

_____. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Execução contra a Fazenda Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 7.

NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Las Limitaciones del Conocimiento Jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Premissas para o Direito Tributário Atual**. Disponível em: <http://www.mundojurídicoadv.br/h>. Acesso em: 29 maio 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. Elementos para uma Hermenêutica Constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, João Aveiro. **A responsabilidade civil por actos jurisdicionais**. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

PERELMAM, C. **La Lógica jurídica y la Nueva Retórica**. Madrid: Civitas, 1979.

PÉREZ LUÑO, A. E. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. v.

PORTANOVA, Rui. **Anotações Ideológicas da Sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

PRESSBURGUE, T. Miguel. Lições de Direito Alternativo. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). São Paulo: Acadêmica, 1992.

PROSPERETTI, Marco. **Contributo alla Teoria dell' Annulabilità**. Milano: [s.n.], 1973.

RADBRUCH, Gustav. **La securité en Droit d'après la Theorie anglaise**. Paris: Annuaire de Philosophie du Droit, 1936.

_____. Jeyes que no son Derecho por Encina de Los Leys. In: RODRIGUES PANIAGUA, José Maria. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, 1971.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 5-28, out.-dez. 1997.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. Princípios constitucionais do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Una filosofia del derecho en modelos históricos** – de la antigüedad a los inícios del constitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

SANCHES RUBIO, David. **Filosofia, Derecho y Liberación em América Latina**. Bilbao: Editorial Deselée de Brower, 1999.

SANTOS, Cezar. A Coisa Julgada Inconstitucional e Instrumentos de Controle. Brasília. **Revista Jurídica Consulex**, n. 174, p. 57-62, 15 abr. 2004

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Direito Civil Brasileiro interpretado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. v. III.

SARAMAGO, José. **De la Justice a la Democratie en Passant par les cloches**. [2002?]. Disponível em: <www.quebec.attac.org/IMG/doc/Saramago.doc>. Acesso em: fev. 2004.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Anselmo Gonçalves da. **Relatividade da Coisa Julgada**. Excerto da sentença prolatada no processo nº 2001.31.00.000580-4, Macapá: 09-07-2001.

_____. **Sentença prolatada no processo nº 2001.31.00.000580-4**, Macapá (AP): 09 de julho de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Juary C. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais. **Revista Direito Público**, São Paulo, n. 20, p. 45-50, abr.-jun. 1972.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Sobrevivência da Querela Nulitatis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 333, p. 115-122, jan./fev./mar. 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-executividade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. **Ciência Pós-moderna**. [200-]. Disponível em: <http://www.angelfire.com/sk//holgonsi>. Acesso em: 30 maio 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SZYNWELSKI, Cristiane. **Teoria Geral do Direito e o fato jurídico processual: uma proposta preliminar**. Jus Navigandi, [200-]. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 30 maio 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de Processo Civil Anotado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O espaço Público e os Intérpretes da Constituição. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 50, p 92-110, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da Juridicidade Alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

A ideia-força da coisa julgada material, jungida pelo sopro divino do absoluto, vem de longe e os seus mentores não fazem outra coisa senão repetir um refrão muitas vezes proclamado. Ressuscitam a velha fórmula do dar a cada um o que é seu: ao pobre, a pobreza; ao miserável, a miséria e ao perdedor, a decisão iníqua. Fundada no senso comum teórico, essa doutrina reflete a visão estereotipada do saber haurido nos cursos de direito.

A linearidade interpretativa do processo não convence nem se presta ao conteúdo do justo que é o fim último perseguido pelo Direito. Não toca aos espíritos mais nobres, em face de sua dimensão apequenada, e, sobretudo à míngua da imaginação, tenta acomodar situações fraudulentas sob o manto silencioso da intangibilidade, como forma de escamotear o verdadeiro sentido de justiça que deve guiar qualquer procedimento que tenha o homem como eixo central de suas preocupações.

ISBN: 978-85-7455-432-7

9 788574 554327