

A DENOMINADA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO¹

Leonardo Oliveira Soares[†]

Resumo: Analisa-se, no plano teórico, a proposta de desconstituição atípica da coisa julgada no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Palavras-chave: coisa julgada; segurança jurídica; supremacia constitucional.

Sumário: 1.Introdução. 2.Processo Civil de Resultados. 3.Conceito de coisa julgada. 4.Finalidade política do instituto. 5.Coisa julgada como (apenas) restrição constitucional à atividade do legislador infraconstitucional. 6.Posicionamento doutrinário brasileiro sobre a coisa julgada inconstitucional. 7.A (in)compatibilidade da coisa julgada inconstitucional com o processo civil de resultados. 8.Coisa julgada inconstitucional

¹ Trabalho dedicado ao eminente Professor Doutor José Marcos Rodrigues Vieira, Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Publicado originalmente na *Revista Jurídica*. n. 400, Edição Especial, jan. 2011. Depois no *Repertório de jurisprudência IOB*. n. 22, nov. 2011 e na *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 76, mar./abr. 2012. Texto adaptado, corrigido e atualizado. Para análise do tema no direito português, vide, por todos, OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993. Nada obstante o instituto da coisa julgada receba tratamento jurídico (constitucional e infraconstitucional) distinto num país e noutro, isso não impediu que se chegasse, no Brasil, a conclusões similares àquelas que se extrai do judicioso estudo português em destaque, tal como o fez o ilustre professor brasileiro, Doutor Humberto Theodoro Jr., citado no presente artigo.

[†] Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga-FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.

e a Lei 11.232/05. 9. Ainda a coisa julgada inconstitucional e a Lei 11.232/05. 10. Observação final. 11. Conclusão. 12. Referências bibliográficas.

Resumen: En el artículo, se analiza, en la perspectiva teórica, la propuesta de desconstitución atípica de la cosa juzgada en el Estado Democrático de Derecho brasileño.

Palabras clave: cosa juzgada; seguridad jurídica; supremacía constitucional.

há quem leve a vida inteira a ler sem nunca ter conseguido ir mais além da leitura, ficam pegados à página, não percebem que as palavras são apenas pedras postas a atravessar a corrente de um rio, se estão ali é para que possamos chegar à outra margem, a outra margem é que importa. (José Saramago, A Caverna)



1. INTRODUÇÃO

A ninguém escapa a ideia de justiça. Realmente, cada ser humano traz consigo a noção daquilo que lhe parece certo.

A assertiva talvez leve à conclusão de que, no final das contas, o conceito de justiça acabe por não existir, já que dependente da subjetividade de cada ser humano.

Ou, quem sabe, leve à conclusão de que nem sempre existirá a possibilidade concreta de realização de justiça, na hipótese de a noção de justo, minha e sua, caro leitor, não ser coincidente.

Se assim é, no mundo da vida, outra, contudo, deve ser a análise do problema, sob a ótica normativa. De fato, agora, a noção de justo encontra como parâmetro o processo, o devido processo legal. Ou melhor, há critério objetivo, a saber, encontra-se o limite naquilo que tenha sido discutido em contraditório pelas partes, segundo as provas então produzidas, tudo conforme as regras e princípios constitucionais (materiais e processuais) vigentes. Como já se deixou registrado em obra doutrinária atual²:

Não há uma “justiça” anterior ao processo, que deva ser “encontrada” ou “revelada” pelo magistrado. A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente. Não há um “lugar” onde se possa “encontrar” a justiça (partindo-se da premissa de que está superada a visão jusnaturalista do Direito, obviamente). (destaques do original)

Em síntese, no plano normativo do direito, não existe espaço senão para a justiça, à falta de melhor terminologia, a que se denominará processual.

Justiça processual, portanto, é o tema sobre que se vai discorrer.

A afirmação pede acréscimo, sob pena de não corresponder, no todo, às ideias que serão desenvolvidas no texto. E, convenhamos, não soaria de bom tom iniciar a abordagem de tema tão caro ao ser humano (justiça) com meias verdades.

Bem, será, sim, abordada a idéia de justiça processual, mas tendo como premissas centrais as noções de processo civil de resultados e da chamada coisa julgada inconstitucional.

2.PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 2, p. 445.

Vive-se a denominada era do processo civil de resultados³. A comunidade jurídica, e quiçá um dia a população, conscientizou-se de que o processo deve servir ao homem.

Daí passou a concebê-lo, o processo, como instrumento idôneo para alcançar-se prática e tempestivamente o que o direito positivado nos oferece.

Com essa afirmação, não se está, de modo ingênuo, a aplaudir a legislação material e processual em vigor. Ao contrário, considerado o regime político pátrio, defende-se que o direito democraticamente produzido⁴ deva ser respeitado. Nada mais.

No plano legislativo, ilustra essa conscientização a positivação das seguintes medidas: 1) a generalização do instituto da antecipação de tutela (Lei 9.245/95);

2) a restrição gradativa ao cabimento de agravo de instrumento, chegando-se atualmente à irrecorribilidade⁵ da decisão de conversão do recurso (art. 527, parágrafo único do

³ Síntese de concepção de processo civil de resultados pode ser lida em DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I, p. 110-112 e 117-119. Em recentíssima publicação, apresentou-se interessante paralelo entre o chamado processo civil de resultados e o sistema recursal. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no projeto de lei n.º 166/2010. *RePro* 189/266 e ss.

⁴ Não é desnecessário gizar que há instrumentos específicos, tais como as ações diretas de inconstitucionalidade, para levar à apreciação do Poder Judiciário alegação de incompatibilidade material ou formal de lei. Sem contar a possibilidade de o juízo de primeiro grau, no caso concreto, reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei. Esse ponto, inclusive, será relevante para análise do tema, conforme exposição nos tópicos 08 e 09 do texto.

⁵ Pela irrecorribilidade ora pontuada, vide SOARES. Leonardo Oliveira. A eficácia dúplice de direito fundamental de ação e o recurso de agravo. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 87. São Paulo: Dialética, junho 2010. Ao propósito do cabimento de mandado de segurança para afastar a decisão de conversão, toda vez que esta torne inócua a interposição do recurso, vide SOARES. Leonardo Oliveira. Pronunciamento jurisdicional teratológico: pressuposto para o cabimento de mandado de segurança? *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 89. São Paulo: Dialética, ago. 2010.

Código de Processo Civil brasileiro, doravante CPC);

3) a racionalização de julgamentos de recursos extraordinário e especial, mediante a técnica de amostragem (artigos 543-B e 543-C do CPC, respectivamente);

4) a modificação do processo de execução de sentença, antes autônoma, agora inclusa em módulo processual único (Lei 11.232/05), cuja fase satisfativa já se inicia com a incidência de multa de 10% sobre o valor da condenação, caso o executado⁶ não realize voluntariamente o comando contido na decisão (art. 475-J do CPC);

5) na órbita da execução de título extrajudicial, alterou-se o regime dos embargos, retirando-lhes o efeito suspensivo automático⁷ (art.739-A do CPC), o que autoriza o credor a satisfazer-se de plano, inclusive mediante adjudicação, hoje

⁶ Após o STJ inclinar-se pela ausência de necessidade de intimação da parte, pessoalmente ou por intermédio de seu advogado, o órgão máximo daquele Tribunal decidiu que a parte deve ser intimada, na pessoa do advogado, após o que se inicia o prazo de 15 dias para cumprimento da decisão. A respeito, segue ementa de recente precedente, já prestigiando a decisão da Corte Especial do STJ: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR, POR MEIO DE SEU ADVOGADO, PARA CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO DA DECISÃO.

1. A Corte Especial, a partir do julgamento do REsp 940.274/MS, em que foi Relator para acórdão o eminente Ministro João Otávio de Noronha(DJe de 31.5.2010), firmou orientação no sentido de que, para fins de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC, é dispensável a intimação pessoal do devedor para pagamento espontâneo do débito, bastando sua intimação por intermédio de seu advogado.

2. Retornando os autos ao Juízo a quo, basta a oposição do "cumpra-se" nos autos, com a intimação do devedor, por meio de seu advogado, para que se inicie o prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do Código de Processo Civil para cumprimento espontâneo da condenação, sob pena de incidência da multa de 10% sobre o montante devido.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1271570/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 4.^a Turma, j.14.09.2010, DJe 22.09.2010).

⁷ Sobre a incidência da regra no procedimento de execução fiscal, vide SOARES, Leonardo Oliveira. Embargos de devedor e execução fiscal (efeito suspensivo sob a ótica jurisprudencial). *Revista Jurídica Tributária*. n.º 09. Porto Alegre: Ed. Notadez, abr.-jun. 2010.

primeiro modo de expropriação de bens (art. 647 do CPC).

Não se irá estender no rol das alterações, tendo em conta que tramita no Congresso Nacional projeto de lei para instituir novo CPC⁸.

De outro lado, sabe-se que referido projeto visa a dar tratamento mais sistemático⁹ a algumas das tantas mudanças que, de forma esparsa, foram incluídas no CPC, hoje em vigor.

O que importa é ter em mente que a efetividade do processo é preocupação presente e futura. No plano legislativo, não menos que no doutrinário.

Eis o processo civil de resultados resumidamente apresentado em cujo contexto insere-se a coisa julgada inconstitucional.

3. CONCEITO DE COISA JULGADA

A partir de conhecido estudo¹⁰ sobre a coisa julgada, o conceito desta se desvinculou da noção corrente, que a concebia como um dos efeitos da sentença. Segundo o

⁸ O PLS 166/2010, aprovado pelo Senado na forma do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, tramita, no momento em que se elabora o presente texto, na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010). Merece registro e elogio a iniciativa do Senado Federal de disponibilizar à sociedade civil (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496&tp=1>) quadro comparativo entre o texto do projeto de lei então enviado ao Congresso Nacional, o CPC em vigor e o que restou aprovado naquela Casa Legislativa. Fica, pois, o reconhecimento.

⁹ V.g., no PLS 166/210, então enviado ao Congresso Nacional, previu-se que serão devidos honorários advocatícios na fase executiva (art. 495, § 4.º), caso o devedor, regularmente intimado (art. 495, caput) não efetue o pagamento da condenação no prazo de 15 dias. Inclusive, com possibilidade de majoração de honorários até o limite de 20 %, tendo como critério a atividade desenvolvida pelo advogado nessa fase (art. 495, § 4.º). Em atualíssima obra especializada, reconheceu-se o acerto da iniciativa. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto de CPC, Críticas e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 139.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Atualizadora: Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

eminentíssimo autor da obra citada, a coisa julgada corresponde à imutabilidade e indiscutibilidade dos efeitos da decisão. Seria, por assim dizer, qualidade que se agrega aos efeitos do pronunciamento jurisdicional.

A definição recebeu judiciosa crítica de outro não menos eminente¹¹ jurista que sustentou, em síntese, que os adjetivos explicitados no parágrafo anterior qualificam não os efeitos, mas a norma individual contida na sentença. Ou seja, o dispositivo desta.

Sem que se exclua eventual objeção a ambas as concepções¹², no texto, adere-se à segunda das teorias ora cogitadas.

4.FINALIDADE POLÍTICA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA

Para que se possa dizer que haverá garantia de que se vai usufruir do bem de vida reconhecido em decisão judicial, deve haver momento a partir de que se encerra a possibilidade válida de questionamento do pronunciamento estatal. Estabelecer quando e como se materializará essa certeza é tarefa reservada ao legislador ordinário.

Isso, porém, não significa que a estabilidade das relações sociais encontre (somente, ou em primeiro plano) fundamento infraconstitucional. Pelo contrário, e antes de tudo, na Constituição democrática pátria é que repousa a garantia em apreço.

Com efeito, representa ela (a coisa julgada) materialização do princípio da segurança jurídica¹³, no caso,

¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e Autoridade da Coisa Julgada. *Temas de Direito Processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹² Visão crítica da segunda das teorias apresentadas pode ser lida em PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT., 2006. p. 76-78.

¹³ Em recente decisão monocrática (ação cautelar n.º 2.763 no RE 633.707/RO), datada de 17 de dezembro de 2010, o eminente Ministro Celso Melo ressaltou a

particularizada na confiança¹⁴ em que o ato jurisdicional de Estado Democrático de Direito será respeitado. A começar, e como não poderia deixar de ser, pelo próprio Estado. Na sempre judiciosa lição de BARBOSA MOREIRA¹⁵:

Se o Poder Judiciário já interferiu uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele previstos.

5.COISA JULGADA COMO (APENAS) RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL À ATIVIDADE DO LEGISLADOR

No rol de direitos e garantias individuais fundamentais, há previsão de que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI da CF/88).

Extraír desse mandamento constitucional que apenas o legislador haveria de respeitar a coisa julgada, parte de equívoco, salvo melhor juízo, inaceitável, qual seja, desconsiderar o instituto a que se visou proteger. De fato, pois se o legislador deve respeito a algo, é porque o texto constitucional reconhece esse algo (aqui compreendido como

relevância da segurança jurídica oriunda da coisa julgada para a definição da validade do exercício de direitos políticos. A íntegra da decisão foi disponibilizada em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Liminar_AC2763.pdf.

Acesso em: 27.12.2010.

¹⁴ Nas palavras de autorizado doutrinador, é irrelevante que o texto constitucional haja contemplado de forma expressa a garantia da coisa julgada, pois esta “*deriva do Estado de Direito e encontra base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT., 2008. p. 64.

¹⁵ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional. *Temas de Direito Processual – 9.ª série*. Saraiva, 2007. p. 248.

imutabilidade do dispositivo) prévio à atividade legislativa.

Com o mais absoluto respeito, é verdadeiro contra-senso sustentar que a restrição constitucional tenha sido dirigida exclusivamente ao legislador. Seria mesmo de todo inócua a vedação, se os demais Poderes (*rectius*: funções) do Estado Democrático de Direito brasileiro, e também qualquer interessado, estivessem autorizados a desconsiderar o que ficou decidido no processo¹⁶. Ou seja, sob o prisma constitucional, a coisa julgada não existiria senão para limitar a atividade legislativa.

Reduzido assim o alcance do instituto, a finalidade¹⁷ primeira do Poder Judiciário, (responder em definitivo às demandas que lhe são apresentadas) deixaria de existir.

Fica, então, a indagação. Por que dirigir-se ao Estado-juiz, já que a resposta estatal admitirá sempre questionamento, com a ressalva daqueles oriundos do Poder legislativo?

Preparado o terreno, é hora de analisar algumas das propostas de relativização.

6.POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Em duas valiosas obras coletivas¹⁸, reuniram-se estudos de renomados doutrinadores ao propósito do tema em exposição.

A fim de não tornar excessivo o número de citações, serão apresentadas, em resumo, algumas das teses então desenvolvidas, remetendo o leitor interessado no assunto às obras em apreço. Ou melhor, resumidamente, será apresentada

¹⁶ Sobre o ponto, vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional* cit., p. 69.

¹⁷ Considerando-se aqui o módulo cognitivo.

¹⁸ *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003 e *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006.

a leitura que se fez das respeitáveis posições doutrinárias de alguns dos autores que defendem, cada um a seu modo, a desconsideração da coisa julgada.

Na lição de DELGADO¹⁹, todos os atos estatais devem obediência aos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade.

Em passagem de rara beleza²⁰, pontua que a moralidade no atuar do Poder Judiciário corresponde ao “reflexo dos sonhos democráticos que o povo deposita no exercício do poder e na legitimidade da atividade jurisdicional”.

Assim, decisões jurisdicionais definitivas em desacordo com aludidos princípios devem ser revistas, independentemente de ação rescisória.

THEODORO JR. e FARIA²¹ sustentam que deve haver relação de validade entre os atos praticados por quaisquer dos poderes da República Federativa do Brasil e a Constituição Federal, sob pena de o ato reputar-se ineficaz e, com isso, ser

¹⁹ Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 77 e ss.

²⁰ Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 79.

²¹ Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 161 e ss. Na introdução do judicioso estudo, os ilustres autores esclarecem o escopo central do trabalho, consistente em responder críticas que lhes foram dirigidas quando da divulgação da tese sobre a flexibilização da coisa julgada. Uma das primeiras manifestações dos autores sobre o assunto, intitulada A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, foi publicada (também) na seguinte obra coletiva: *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.) Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. Salvo melhor juízo, considera-se que não foi alcançado o intento almejado, tendo em mira duas questões centrais, a saber: a) se o Poder Judiciário pode rever decisão definitiva em hipóteses não previstas pelo próprio texto constitucional, por que razão o Executivo e o Legislativo não poderiam fazê-lo e, com isso, recusarem-se a cumprir determinada decisão judicial? Qual o fundamento, senão a coisa julgada então desconsiderada, para que a segunda decisão (desconstituidora da primeira) seja necessariamente respeitada?

fulminado com a sanção de nulidade²². No que se refere ao ato jurisdicional, acrescentam que nenhum juiz recebeu autorização da Lei Maior para decidir de modo contrário à Constituição. E que a persistência no mundo jurídico de tais decisões representa insegurança jurídica maior que aquela porventura decorrente da revisão da coisa julgada, pois podem abalar, ainda que indiretamente, o respeito que toda a comunidade deve ao Texto Constitucional pátrio.

Diante da gravidade da violação, concluem pela desnecessidade de propositura de ação rescisória para que se possa desconstituir a coisa julgada.

CÂMARA²³, por sua vez, afasta a idéia de que a injustiça da decisão possa ser validamente alegada como fundamento para obter-se a desconstituição de pronunciamentos acobertados pelo manto da coisa julgada. Admite, contudo, a revisão, desde que se esteja diante de decisão inconstitucional sob o plano formal, material ou orgânico.

Apoiado na premissa de que o Texto Constitucional assegura o direito de acesso à ordem jurídica justa, DINAMARCO²⁴ afirma que somente efeitos compatíveis com o Texto Constitucional poderiam adquirir as características da imutabilidade e da indiscutibilidade.

Desse modo, toda e qualquer sentença cujos efeitos se mostrem dissonantes a mandamentos da Lei Maior, consubstanciando, pois, grave injustiça, deve ser afastada do mundo jurídico. E o afastamento, ocioso dizer, prescinde da utilização do meio típico, qual seja, o ajuizamento de ação

²² É fora de dúvida que a validade de qualquer ato estatal pressupõe sua compatibilidade com o Texto Constitucional. O que se questiona é o modo como a invalidade haverá de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

²³ Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 283 e ss.

²⁴ Relativizar a Coisa Julgada Material. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 33 e ss.

rescisória.

Em síntese, para os eminentes juristas supra citados, a garantia constitucional da coisa julgada pode e deve ser desconsiderada, como modo de preservar-se a chamada supremacia constitucional.

De outro lado, autores como PORTO,²⁵ DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA²⁶, BARBOSA MOREIRA²⁷, NERY JR.²⁸ e MARINONI²⁹ se opõem à proposta de relativização extrassistêmica da coisa julgada, tendo como postulado comum o respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica.

7. A (IN)COMPATIBILIDADE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL COM O PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS

Não se discute que o direito de ação exija mais de que o simples ingresso em juízo. Realmente, exige-se do Poder Judiciário que aprecie, não por qualquer maneira, mas do melhor modo³⁰ e com a maior brevidade possível, as demandas que lhe são formuladas³¹. Exigência, vale dizer, que não apresenta como marco temporal a data de entrada em vigor do mandamento constitucional que assegura a duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII da CF/88, acrescido pela emenda constitucional n.º 45/2004). Quanto a esse ponto, já se teve,

²⁵ Cidadania Processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*. n. 304. Porto Alegre, fev. 2003.

²⁶ DIDIER JR.; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 444.

²⁷ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional. *Temas de Direito Processual - 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235 e ss.

²⁸ *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT., 2009. p. 62 e ss.

²⁹ Coisa julgada inconstitucional. São Paulo: Ed. RT., 2008.

³⁰ Leia-se: segundo o devido processo legal.

³¹ Na r. lição de DINAMARCO, o acesso à justiça se apresenta como princípio-síntese e objetivo final do devido processo legal. *Instituições de Direito Processual Civil* cit., p. 253

inclusive oportunidade de acentuar³² que:

O acesso à justiça pressupõe não apenas o ingresso, mas também a utilidade deste. E a utilidade pode ser aferida a partir do seguinte critério: há de ser mínimo o tempo de espera para que possa haver acertamento e eventual satisfação de determinado direito. Realmente, quem dá os meios se compromete com os fins. E o não atendimento ao fim almejado pode ensejar inclusive problema de outra ordem e maior gravidade: retirar do processo jurisdicional sua legitimidade como meio civilizado de solução de conflitos. Em síntese, a carta política brasileira sempre contemplou o valor celeridade processual.

A citação se faz oportuna para frisar que o autor do texto ora em desenvolvimento não se apresenta indiferente à forma pela qual deve ser prestada a tutela jurisdicional em Estado que se autoproclama Democrático de Direito (art. 1.º da CF/88).

Pois bem. O pressuposto (um dos) para a desconstituição atípica da coisa julgada é o fato de a decisão violar regra ou princípio constitucional, de tal modo que materialize grave injustiça³³.

Para admitir-se a desconstituição, poder-se-ia dizer que, nesse caso, o direito de acesso à justiça não fora atendido. Ao que se poderia objetar com a seguinte afirmação. Se o processo civil de resultados pressupõe resultado justo (leia-se: compatível com a Constituição Federal), ninguém negará que o adjetivo qualifica o substantivo resultado. Se nem mesmo de desfecho se poderá cogitar, fica a pergunta: de que se estará no final das contas tratando ao se falar de coisa julgada inconstitucional?

³² SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras Considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n. 66. São Paulo, jul./ago. 2010, p. 73.

³³ Excepcionado o respeitável posicionamento de CÂMARA, citado no texto.

Explica-se. O acesso incondicionado teria produzido algo diverso de processo, já que não atendida a finalidade do acesso. Ou seja, a partir do resultado, estar-se-ia sustentando que toda a atividade desenvolvida pelas partes, pelo Estado-Juiz, pelos auxiliares da justiça e eventualmente por terceiros não se enquadraria no âmbito do devido processo legal. Mas, isso, tendo como parâmetro o resultado que, a rigor, deve ser desconsiderado, salvo para desqualificar tudo o que antes se praticara no “processo”.

Vêm à tona, agora, indagações já formuladas no texto sob outra roupagem, quais sejam:

a) por que estaria excluído dos Poderes Legislativo e Executivo o direito de invocar a chamada supremacia constitucional e, com isso, recusar cumprimento à decisão definitiva, fora das hipóteses legais previamente estabelecidas para tanto, se idêntico direito é assegurado ao Poder Judiciário?;

b) o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, estatuído no artigo 2.º da Constituição Federal pátria, tolera essa diferenciação, precisamente em benefício daquele Poder (Judiciário) que praticou ato (decisão) contrário à Constituição Federal?;

c) considerado o princípio constitucional do juízo competente (art. 5.º, LIII), que órgão jurisdicional detém legitimidade constitucional para levar a cabo a desconsideração atípica da coisa julgada?;

d) qual o fundamento, senão a coisa julgada então desconsiderada, para que a segunda decisão (desconstituidora da primeira) seja necessariamente respeitada?

Novamente com o devido respeito, a busca de solução para determinado problema (compatibilidade de decisão jurisdicional com o texto da Lei Maior) não pode desencadear problemas maiores de que aquele que se pretendeu solucionar.

8.COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A LEI 11.232/05

No texto, procurou-se demonstrar que a desconstituição atípica da coisa julgada segundo critérios subjetivos representa ruptura sistêmica incompatível com o Estado Democrático de Direito a que se visa preservar.

Haja vista que se apóiam em referencial teórico diverso, não serão examinadas de modo aprofundado as hipóteses legais para, em sede de execução (incidental ou autônoma), desconstituir a coisa julgada (ou seria o caso de se lhe tolher eficácia?), previstas no § 1.º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741, ambos do CPC, na redação conferida pela Lei 11.232/05.

Não se pode, entretanto, deixar de pontuar que a aplicação de aludidos dispositivos normativos suscita questionamentos, tais como:

a) a interpretação diversa da lei conferida pelo STF deve ser prévia àquela constante da decisão que se pretende desconstituir?;

b) há limite temporal para o manejo dos embargos ou da impugnação?;

c) decisões que transitaram em julgado em período anterior ao de entrada em vigor da Lei 11.232/05 poderão ser desconstituídas³⁴?;

d) caso ocorra o desfazimento da coisa julgada, a que órgão jurisdicional competirá eventual reapreciação da demanda, na hipótese de haver outros fundamentos e causas de pedir, porventura não analisados na primitiva decisão então

³⁴ Ao propósito, vide o recentíssimo enunciado n. 487 de súmula de jurisprudência predominante do STJ assim redigido: “O parágrafo único do art. 741 do CPC não se aplica às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência.” Disponível em http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106229. Acesso em 29.06.2012.

desconstituída?;

e) esse regime de desconsideração da coisa julgada alcança decisões definitivas em ações declaratórias e constitutivas?

Bem ou mal³⁵, contudo, está-se diante de mecanismos processuais oriundos do devido processo legislativo³⁶, por meio dos quais se procurou conciliar o princípio da segurança jurídica com o da supremacia constitucional. Por outras palavras, não será a concepção de justiça, ou de gravidade do preceito constitucional violado, sob a ótica daquele que haja sido derrotado no processo, que abrirá as portas do Poder Judiciário para se questionar a decisão.

Não é demais, aqui, repetir o seguinte alerta doutrinário³⁷: “()...as concepções de relativização atípica da coisa julgada são perigosas. Defendem a prevalência do “justo”, mas não definem o que seja o “justo””.

9.AINDA A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A LEI 11.232/05

Para que não se acuse o autor das presentes linhas de omitir-se de posicionar-se a respeito da aplicação do disposto no § 1.º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741, ambos do CPC, segue uma última ponderação. Ei-la.

³⁵ Sobre o tema, vide MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela lei n. 11.232/2005. In *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 87-103.

³⁶ Diferentemente do que ocorreria quando se inseriu no CPC o art. 741, parágrafo único via medida provisória. A constitucionalidade da última das medidas provisórias reeditadas sobre o assunto (n.º 2180/2001) está pendente de apreciação pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIN 2418, Relator Ministro Cezar Peluso).

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* cit., p. 443.

Segundo MARINONI³⁸, a fonte legislativa dos artigos em tela remonta ao direito germânico, sendo que, naquele país, de modo diverso do ocorre no direito pátrio, “o juiz ordinário não tem poder para tratar da questão constitucional.” A partir dessa constatação, conclui o renomado jurista pela total incompatibilidade dos artigos em apreço³⁹ com o Estado Democrático de Direito brasileiro. Por oportuno, transcreve-se trecho de suas respeitáveis conclusões⁴⁰:

()...pretende-se, através das regras dos art. 475-L e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não apenas desconsiderar o poder de o juiz controlar a constitucionalidade, como ainda fazer prevalecer a interpretação sucessiva do Supremo Tribunal Federal sobre todas as decisões, cobertas pela coisa julgada, em que os juízes ordinários legitimamente exprimiram os seus juízos de constitucionalidade. Trata-se, assim, não apenas de mecanismo que viola a garantia da coisa julgada material, porém, mais precisamente, de um gigantesco aparato repressivo voltado à nulificação de todo e qualquer juízo (legítimo) de constitucionalidade que não esteja de acordo com pronunciamento ulterior do Supremo Tribunal Federal.

Salvo melhor juízo, quem pretenda sustentar a constitucionalidade dos dispositivos legais em questão deverá refutar satisfatoriamente a conclusão a que chegou o eminente jurista acima citado. Sem prejuízo das indagações formuladas no item anterior, pontua-se que não se encontraram forças para

³⁸ Coisa julgada inconstitucional cit., p. 128-129.

³⁹ Em outra obra, MARINONI e ARENHART concluem que, nesse caso, os direitos reconhecidos em decisão definitiva seriam subjugados por norma “flagrantemente inconstitucional”. *Manual do Processo do Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT., 2006. p. 673.

⁴⁰ Coisa julgada inconstitucional cit., p. 129 e 130.

vencer a objeção ora gizada

Finalmente salienta-se que, em recente julgamento de recurso extraordinário, excluiu-se a possibilidade de desconstituição da coisa julgada apoiada nas disposições normativas em destaque. No respeitável pronunciamento, enfatizou-se ainda que apenas via ação rescisória é possível insurgir-se contra a coisa julgada (RE 594350/RS, Relator: Min. Celso Melo, *DJE* 10.06.2010).⁴¹

Embora se trate de decisão monocrática, não deixa de ser expressivo o posicionamento nela materializado, seja pela judiciosa fundamentação apresentada, seja pela autoridade do Ministro que a proferiu.

10.OBSERVAÇÃO FINAL

De modo algum se pretendeu fazer defesa intransigente do instituto da coisa julgada.

É mesmo digna de registro e aplausos a preocupação subjacente às propostas de flexibilização do instituto e que, no fundo, pode ser resumida na busca de soluções justas, tendo como parâmetros os mandamentos da Constituição Democrática brasileira.

Por outro lado, reconhecer o valor de determinado questionamento não implica, necessariamente, aderir às respostas que se lhe tenham sido apresentadas.

Dito isso, encerra-se o texto transcrevendo passagem doutrinária⁴² a que, com a devida licença, empresta-se adesão. Ei-la:

⁴¹ Íntegra da decisão pode ser lida em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE594350.pdf>. Acesso em : 06.01.2011. Mais recentemente, no julgamento do RE 611.503-SP, Relator o e. Min. Ayres Brito, reconheceu-se que o tema (adequação dos títulos judiciais às decisões do STF apresenta repercussão geral). Até a data em que se redige o presente texto, o mérito do recurso ainda não fora apreciado.

⁴²Cidadania Processual e relativização da coisa julgada. *Revista Jurídica*. n. 304. Porto Alegre, fev. 2003, p. 31.

Dentre as garantias que o Estado oferece, destaca-se a garantia originária da existência de uma ordem jurídica prévia, bem como a garantia que assegura a vigência e a efetividade da ordem jurídica existente e, dentre esta, insculpe-se a da coisa julgada estável e não relativizável por qualquer juízo e a qualquer tempo, mas apenas relativizável na forma que a própria ordem jurídica pré-instituída estabeleceu. Se, porventura, situações concretas estão a desafiar o senso de justiça dos mais renomados juristas, em face da presença de vícios tidos por inconvulsáveis nas decisões jurisdicionais, definidos estes com maestria por José Maria Rosa Tesheiner como transrescisórios, não se pode, em face disso, propor o caos jurídico, mas sim em boa medida aparelhar a ordem jurídica com instrumentos hábeis ao enfrentamento dessa realidade, mantendo-se a estabilidade das decisões jurisdicionais e, por decorrência, a segurança jurídica necessária à convivência social.

Mãos à obra⁴³, pois.

11. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito brasileiro convive com sistema de garantias fundamentais, dentre as quais se destacam: a) o acesso incondicionado à jurisdição, b) o devido processo legal, c) o respeito à coisa julgada, d) os princípios da

⁴³ Vale salientar que o PLS 166/2010, aprovado pelo Senado Federal na forma do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, aponta antes para a segurança jurídica, ao reduzir para 1 ano o prazo decadencial, hoje de 2 anos, de ajuizamento de ação rescisória (ao propósito, vide art. 495 do CPC, art. 893 do PLS 166/2010 e art. 928 do substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira). O mesmo pode ser inferido do disposto no art. 511, §§ 5.º e 6.º do atual PL 8046/2010 em tramitação na Câmara dos Deputados, ao versar situações de inexigibilidade do título executivo fundadas em decisão do STF.

segurança jurídica e da supremacia constitucional.

Do acesso incondicionado à jurisdição extrai-se que toda e qualquer alegação de lesão ou de ameaça a direito deve ser apreciada sob a regência do devido processo legal.

A coisa julgada não representa garantia constitucional exclusivamente direcionada a limitar a atividade legislativa.

Do contrário, a finalidade primeira do Poder Judiciário, qual seja, manifestar-se em definitivo sobre as demandas levadas à sua apreciação, tornar-se-ia inócua.

Desse modo, a coisa julgada se impõe como limite de atuação aos três poderes (*rectius*: funções) do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No direito pátrio, há formas previamente oriundas do devido processo legislativo (art. 485 e § 1.º, art. 475-L e parágrafo único do art. 741, todos do CPC) que podem propiciar a desconstituição da coisa julgada.

Sem prejuízo de outras objeções, as hipóteses de desconsideração da coisa julgada insertas no CPC pela Lei 11.232/05 são incompatíveis com o modelo de controle difuso de constitucionalidade pátrio.

A desconstituição extrassistêmica da “denominada coisa julgada inconstitucional” põe em risco o Estado Democrático de Direito que se procura proteger. De fato, pois atenta contra o princípio da segurança jurídica, materializado na confiança em que o ato jurisdicional de Estado, assim qualificado, será respeitado. A começar, pelo próprio Estado.

A conceituação da coisa julgada inconstitucional (decisão que viola diretamente preceito constitucional, que apresenta injustiça grave, dentre outras) demonstra que a incerteza advinda da flexibilização preconizada representa insegurança jurídica maior que a porventura alcançada com a desconstituição da coisa julgada. Com efeito, em tal hipótese, ter-se-á como certa a desconstituição, enquanto da conceituação mesma da coisa julgada inconstitucional pode-se

chegar a desconstituir (*rectius*: pode-se dispor de argumentos para buscar desconstituir) indefinidamente a decisão desconstituidora.



12.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional. *Temas de Direito Processual – 9.ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Eficácia da sentença e Autoridade da Coisa Julgada. *Temas de Direito Processual – 3.ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do direito constitucional processual. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I.
- _____. Relativizar a Coisa Julgada Material. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.).

- Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Atualizadora: Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto de CPC, Críticas e sugestões*. São Paulo: Ed. RT., 2010.
- _____. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Ed. RT., 2008.
- _____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo do Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT., 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela lei n. 11.232/2005*. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- NERY JR. Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT., 2009.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual e relativização da coisa julgada*. *Revista Jurídica*. n. 304. Porto Alegre, fev. 2003.
- _____. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT., 2006.
- SOARES, Leonardo Oliveira. *Primeiras Considerações sobre a denominada sucumbência recursal no Estado de Direito Transnacional*. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n. 66. São Paulo, jul./ago. 2010.
- _____. *Pronunciamento jurisdicional teratológico: pressuposto para o cabimento de mandado de segurança?* *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 89. São Paulo: Dialética, ago. 2010.
- _____. *A eficácia dúplice do direito fundamental de ação e o recurso de agravo*. *Revista Dialética de Direito*

Processual. n. 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

_____. Embargos de devedor e execução fiscal (efeito suspensivo sob a ótica jurisprudencial). *Revista Jurídica Tributária*. n. 09. Porto Alegre: Ed. Notadez, abr/jun. 2010.

THEODORO JR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander do; DELGADO, José Augusto (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Coisa julgada inconstitucional*. NASCIMENTO, Carlos Vander (Org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no projeto de lei n.º 166/2010. *RePro 189*, nov. 2010.