

LUCIANA MERÇON VIEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA E SUA RESTRIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno

VITÓRIA

2007

LUCIANA MERÇON VIEIRA

DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA E SUA RESTRIÇÃO

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno
Orientador

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Vitória, ____ de _____ de 2007.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas e professores do Mestrado pela seriedade e dedicação na condução dos trabalhos desenvolvidos ao longo dos dois últimos anos, cujos resultados foram decisivos para meu amadurecimento acadêmico e, conseqüentemente, para o desenvolvimento e conclusão desta dissertação.

Merece destaque especial meu professor orientador, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, pela generosidade e atenção dispensadas e, principalmente, por ter de fato orientado meus passos.

Igualmente, ressalto a importância dos professores Doutores José Roberto dos Santos Bedaque e Hermes Zaneti Júnior, por motivarem-me a ampliar os horizontes de minhas idéias.

Não posso olvidar-me em agradecer também a algumas pessoas que, embora não façam parte desse estranho mundo do direito processual, fazem parte do meu mundo: minha família e meus amigos.

RESUMO

Versa sobre a coisa julgada e sua interseção com as regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, objetivando a análise da constitucionalidade dessas regras. Aborda incipientemente o desenvolvimento da ciência processual, passando à evolução histórica do constitucionalismo e sua particular densificação no âmbito da dogmática e do direito processual contemporâneos. Da perspectiva constitucional do direito processual, identifica o valor segurança como fonte de normas jurídicas processuais, essencialmente, da norma-princípio segurança jurídica da qual se extrata o direito fundamental à coisa julgada material previsto na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI. Sob essas bases teóricas, tangencia as regras processuais precitadas, desde sua inspiração dogmática e legislativa, concluindo que seu conteúdo justifica-se por outro direito fundamental consistente na justiça das decisões. Entretanto, por se tratarem de regras restritivas do direito fundamental à coisa julgada, sua única via de compatibilidade Constitucional consiste em sua interpretação restritiva. Os resultados demonstram os limites do alcance e abrangência dessa interpretação restritiva, propondo que, apesar de constitucionais, as regras constituem-se ilegítimas, porque antidemocráticas, em função de abstraírem as circunstâncias do caso concreto como elementos necessários à aplicação dos direitos fundamentais incidentes e supostamente colidentes.

ABSTRACT

This study is concerned with Res Judicata and its intersection with the rules of article 457-L, 1st paragraph, and article 741, sole paragraph, of the Civil Procedure Code, and aims at analyzing the constitutionality of such rules. It comprehends the development of procedural science, the historical evolution of constitutionalism, and its particular intensification in the field of contemporary juridical dogmatism and procedural law. From the constitutional perspective of procedural law, the security is identified as the source of both procedural juridical norms and juridical security norm-principle, from which the fundamental right to Res Judicata, foreseen in the Federal Constitution, 5th article, XXXVI, is extracted. Under these theoretical approaches, the study analyses the aforementioned procedural rules from their dogmatic and legislative inspiration, and concludes that their content contains another fundamental right, consisting of the justice of decisions. However, because they are restrictive rules of fundamental right, the only way they can be constitutionally compatible is by being subject to restrictive interpretation. Results demonstrate the extension and scope of such restrictive interpretation, and suggest that, despite being constitutional, these rules are considered illegitimate because they are anti-democratic, as they suppress the circumstances of the concrete case as elements which are necessary for the application of incidental and allegedly colliding fundamental rights.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	9
1 CIÊNCIA PROCESSUAL E O CONSTITUCIONALISMO	11
1.1 OBJETO DA CIÊNCIA PROCESSUAL	11
1.2 SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE DA CIÊNCIA PROCESSUAL	13
1.3 CONSTITUCIONALISMO E SUAS FASES	16
1.3.1 Evolução histórica: da Constituição formal à Constituição material	16
1.3.2 Constitucionalismo moderno	18
1.3.3 Neoconstitucionalismo	22
1.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL	23
1.4.1 Progressiva densificação da perspectiva constitucional da ciência e do direito processual	23
1.4.2 Princípio da segurança jurídica	27
1.4.3 Direito fundamental à coisa julgada	36
1.4.4 Revisão da coisa julgada pelo Código de Processo Civil, artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único	41
2 PROCESSO DE ELUCIDAÇÃO DA COISA JULGADA: A evolução da definição do conceito de coisa julgada	43
2.1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO ADERIDO	44
2.1.1 Coisa julgada no direito romano e medieval	44
2.1.2 Contribuição de Savigny para o direito moderno	46
2.1.3 Contribuições da dogmática italiana	47
2.1.4 Contribuições da dogmática alemã	53
2.1.5 Contribuições da dogmática brasileira	53
2.2 COISA JULGADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	59
2.3 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA E SEUS PLANOS DE INCIDÊNCIA	61

3 PRINCIPAIS TESES SOBRE A REVISÃO DA COISA JULGADA MATERIAL	71
3.1 O CASO JULGADO INCONSTITUCIONAL, DE PAULO MANUEL DA COSTA OTERO	72
3.1.1 Análise crítica da tese desenvolvida por Paulo Manuel da Costa Otero	80
3.2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA SEU CONTROLE, DE HUMBERTO THEODORO JÚNIOR E JULIANA CORDEIRO DE FARIA	84
3.2.1 Análise crítica da tese desenvolvida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria	89
3.2.1.1 Colisão entre a segurança jurídica exteriorizada no direito fundamental à coisa julgada material e a justiça das decisões	90
3.2.1.2 Controle de constitucionalidade das decisões judiciais	99
3.3 PARADIGMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	103
3.3.1 Análise crítica dos paradigmas	105
4 ARTIGO 475-L, § 1º, e ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	108
4.1 PRECEDENTES NORMATIVOS: DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1997-37 À MEDIDA PROVISÓRIA N. 2180-35	108
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 475-L, § 1º, e ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	112
4.2.1 Inspiração legislativa	112
4.2.2 Alcance e abrangência	115
4.2.2.1 Comando sentencial	117
4.2.2.2 Sentença condenatória de obrigação de pagar quantia	122
4.2.2.3 Artigo 475-l, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, como normas relativas ao controle judicial de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal	128
4.2.2.3.1 Nulidade <i>versus</i> eficácia da lei ou ato normativo	128
4.2.2.3.2 Eficácia legal <i>versus</i> eficácia jurídica	137
4.2.3 Eficácia preponderante das decisões proferidas em razão da impugnação (artigo 475-l) e dos embargos à execução (artigo 741)	140
4.2.4 Constitucionalidade <i>versus</i> ilegitimidade das regras	144

5 CONCLUSÃO	152
6 REFERÊNCIAS	155

INTRODUÇÃO

Delimitou-se o tema da coisa julgada a partir da noção do direito fundamental à coisa julgada material, sustentando-se, essencialmente, o desenvolvimento e conclusão do trabalho pela teoria dos princípios como espécie normativa elaborada por Humberto Ávila - este o referencial teórico adotado.

Apontou-se como “problema” o seguinte questionamento: em que medida as regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se compatibilizam com o direito fundamental à coisa julgada material? Quanto ao método¹, utilizou-se o de abordagem dedutivo-histórico e o dialético-crítico, bem como o método de procedimento bibliográfico e documental.

Para construção das idéias, tratou-se da dicotomia entre a ciência do direito e seu objeto. Identificou-se a ciência do direito como dogmática; e o seu respectivo objeto, como ordenamento jurídico no qual se inserem os planos do direito material e do direito processual.

Ressaltou-se a importância de situar tais planos no ordenamento como partes de um todo plasmado a partir da Constituição Federal, para a qual deverão convergir tanto as espécies normativas quanto a dogmática jurídica.

Justificou-se, com isso, a densificação da perspectiva constitucional da ciência e do direito processual, denominada constitucionalização do direito processual, abordando-se a evolução do constitucionalismo, desde a noção de Constituição material, trabalhada por Ferdinand Lassale (2001), assim como de Constituição jurídica da qual se ocupou Konrad Hesse (1991).

Fixadas as balizas do referencial teórico adotado, procedeu-se à passagem do valor segurança para o princípio da segurança jurídica, e, deste, para o direito fundamental à coisa julgada material.

¹ Esclarece Marina de Andrade Marconi que “A maioria dos especialistas faz hoje distinção entre o método e os métodos, por situarem-se em níveis claramente distintos, no que se refere a sua inspiração filosófica, a seu grau de abstração, a sua finalidade mais ou menos explicativa, a sua ação nas etapas mais ou menos concretas da investigação e ao momento em que se situam.” (2001, p. 47).

Seguidamente, analisou-se o processo de elucidação do instituto coisa julgada abordando-se as principais teorias desenvolvidas a partir do direito romano e medieval até as mais contemporâneas teses desenvolvidas no Brasil.

Analisou-se, também, a perspectiva conceitual da coisa julgada nos textos normativos do ordenamento brasileiro para, ao final, aderir-se à concepção sustentada por José Carlos Barbosa Moreira (1961) sobre consistir a coisa julgada material em situação jurídica que se emancipa após o trânsito em julgado da sentença de mérito, cuja eficácia própria determina a imutabilidade do conteúdo da sentença.

A concepção aderida propiciou o arremate inicial da noção da coisa julgada como direito fundamental, isto é, como situação jurídica protegida pela norma-princípio insculpida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (1988).

Encerrou-se, nessa etapa, a análise do tema pelo método dedutivo-histórico, iniciando-se, por conseguinte, sua análise pelo método dialético-crítico mediante a consignação das principais teses sobre a revisão da coisa julgada material que, em certa medida, foram absorvidas pelo ordenamento mediante a inserção das regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ao final, aprofundou-se na análise também crítica das regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil em si, desde seus precedentes normativos e inspiração legislativa, firmando-se entendimento quanto ao seu alcance e sua abrangência, propondo-se, como única via de compatibilidade Constitucional, sua interpretação restritiva, respondendo-se, com efeito, ao problema central investigado.

1 CIÊNCIA PROCESSUAL E O CONSTITUCIONALISMO

1.1 OBJETO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

O fenômeno denominado conhecimento apresenta-se essencialmente como relação entre objeto e sujeito. Ao longo da história da humanidade, notadamente a partir de Sócrates, os filósofos e respectivas escolas filosóficas alternaram-se - na busca da forma de conhecer - entre situar o fundamento do conhecimento no objeto ou no sujeito.

Nesse processo de apreensão, também denominado ato de consciência, o objeto dado ou imediato do mundo físico transforma-se em objeto de conhecimento², ou objeto cultural. Este se trata do processo de objetivação que, em si, cria um mundo cultural.

No mundo cultural, soma-se aos elementos sujeito e objeto o elemento significação. A partir deste elemento, Lourival Vilanova (2003, p.280) pôde deduzir o conceito de cultura da síntese entre os suportes materiais, significações e sujeitos.

Para intelecção imanente ao ato de consciência é imprescindível a linguagem. A linguagem empreendida pelo sujeito cognoscente a outrem sobre o objeto materializa-se por meio de enunciados, ou seja, por formações fráscas com sentido, que se externam por canais físicos e por um código comum entre o emissor e o receptor da mensagem: eis os componentes da interação comunicacional difundidos pela semiótica, conforme Ricardo Guibourg *et all*, (1985, p. 19).

A diferença fundamental entre o conhecimento comum e o científico reside, justamente, no rigor da linguagem, adverte Luís Alberto Warat (1995, p. 37). Enquanto o tráfego do

² Enuncia Agostinho Ramalho Marques Neto que “Os dados que o pesquisador coleta não vão além dos limites permitidos pelo seu método de investigação e, por isso, resultam de um processo de escolha dirigido pela teoria. Daí a afirmação de que todo dado é construído e, conseqüentemente, toda teoria científica se caracteriza por expressar um conhecimento aproximado, retificável, e não um simples reflexo dos fatos.” (2001, p.47).

conhecimento comum se estabelece por linguagem ordinária, sujeita em maior grau a defeitos como os de imprecisões ou coexistência de significados (vaguidade *versus* ambigüidade), o conhecimento científico se estabelece comumente por uma linguagem técnica, preocupada com definições precisas, evitando-se, com isso, segundo Ricardo Guibourg *et all*, (1985, p. 18), a incidência dos defeitos precitados, para que os enunciados não conduzam à mente dos receptores associações não queridas pelo emitente da mensagem científica.

A coexistência de dois ou mais significados para um mesmo rótulo dirige-se à palavra direito, que designa tanto a ciência³, como o objeto que esta se ocupa: ordenamento jurídico⁴. Evitando incorrer nos vícios precitados, doravante, o símbolo *direito* designará o direito objeto, sinônimo de *ordenamento jurídico*, e a expressão *ciência do direito* designará a meta-linguagem que àquele se refere, também identificada como dogmática jurídica⁵.

É possível deduzirem-se do ordenamento classificações de ordem vária, dentre as quais o seu conteúdo abstrato. Distinguem-se, por exemplo, normas jurídicas instituídas para regulamentar as condutas humanas, objetivando a prevenção de conflitos em torno de bens jurídicos - ou repará-los se for o caso -, das normas instituídas para regulamentar o modo pelo qual dar-se-á a concreção da prevenção ou da reparação do conflito pelo detentor dessa função, na hipótese da não correspondência entre a conduta prevista hipoteticamente e a realizada por seu destinatário.

Trata-se da dicotomia entre as normas jurídicas de caráter material e normas jurídicas de caráter processual que, autonomamente, constituem objeto da ciência do direito material e da ciência do direito processual. Ambos, porém, comportam novas classificações que fogem ao escopo desta dissertação.

³ Cujá definição do conceito por Lourival Vilanova consiste em “[...] um conjunto de conceitos dispostos segundo certas conexões ideais, estruturados segundo princípios ordenadores que os subordinam a uma unidade sistemática.” (1937, p. 9).

⁴ O ordenamento jurídico no contexto desta dissertação designa o complexo de normas-regras, normas-princípios e postulados normativos aplicativos que regulam, vinculam e dirigem a conduta dos sujeitos de direito. Adverte-se, também, que as normas não se identificam com enunciados legais; tratam-se de juízos ou proposições extraídas dos enunciados, e, por vezes, até da enunciação.

⁵ As disciplinas dogmáticas, alinha Tercio Sampaio Ferraz Junior, “[...] são regidas pelo que chamaremos de princípio da proibição da negação, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas [...] A dogmática apenas depende desse princípio, mas não se reduz a ele. Nesse sentido, uma disciplina dogmática, como a jurídica [a teologia é outro exemplo], não deve ser considerada uma prisão para o espírito, mas um aumento da liberdade no trato com a experiência normativa” (2003, p. 48 e 49).

1.2 SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE DA CIÊNCIA PROCESSUAL

A divisão lógica dos planos do direito material e do direito processual constitui-se herdeira de construções recentes – tomando-se por referência a história da humanidade que coincide com a história das regras de conduta. O termo inicial dessa construção decorreu da clássica controvérsia em torno da *actio* romana.

O alemão romanista, Bernhard Windscheid, então professor da Universidade de Greifswald, no ano de 1856, publicou um trabalho, contornando a *actio* romana, objetivando, precipuamente, evidenciar as diferenças entre o modelo jurídico romano e o moderno. Esse professor alemão afirmou que o romano constituía-se de um sistema de *actiones*, não se atingindo o *ius* senão por meio das *actiones*. Em síntese, afirmou Windscheid que a *actio* romana não se identificava com a *klage*, ou ação moderna⁶, e se aproximava mais da *anspruch*, o que em nosso vernáculo corresponde à pretensão de direito material, esclarece Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 26).

Isso porque a *actio* era *prius* necessário do *ius*. Não poderia, portanto, corresponder ao próprio direito reagindo a uma violação, nem à pretensão em sentido processual, isto é, à ação moderna.

Theodor Mütter, professor da Universidade de Königsberg, no ano de 1857, criticou o trabalho de Bernhard Windscheid afirmando, essencialmente, que em Roma havia o direito à ação correspondente ao direito à tutela jurídica, que não se confundia com o direito à eliminação da lesão, aproximando, desta forma, o conceito de ação moderna com o da *actio* romana.

A teoria de Bernhard Windscheid gozou de maior aceitação perante a comunidade jurídica, em razão de sua idade (tinha trinta e nove anos, e Theodor Mütter trinta), bem como por ser decano da Universidade de Greifswald, enquanto Theodor Mütter havia recentemente

⁶ O paradigma para expressão moderna era o da época dos trabalhos, ou seja, findo século XIX.

assumido a cátedra. Estes mencionados esclarecimentos foram empreendidos por Cândido Rangel Dinamarco (1971, p.24).

A polêmica entre os alemães romanistas instigou especulações em torno da ação, e revelou-se como importantíssimo marco à evolução científica sobre a distinção entre os planos do direito material e do direito processual.

Em 1868, o alemão Oskar Von Bülow (2005) expôs sistematicamente a distinção dos planos precitados em sua teoria sobre as exceções e pressupostos processuais, e concebeu o processo como relação jurídica distinta da relação jurídica material, por seus sujeitos, objeto e pressupostos, rompendo com o sincretismo reinante entre os planos do direito material e do direito processual.

Iniciou-se, então, a segunda fase metodológica da ciência processual, com predomínio da arquitetura de conceitos, formas, princípios, estruturação de seus institutos fundamentais, etc. Fase essa caracterizada por um distanciamento do *telos* do precípua escopo dos seus institutos fundamentais, da causa final do processo, ou seja: a pacificação com justiça dos conflitos sociais.

O isolamento ideológico justifica-se por dois elementos caros ao discurso científico de sua época: *a neutralidade, no sentido de isenção do cientista, e a objetividade, deduzida de noções de validade geral, independentemente do tempo, espaço e vontade*, e, também, de um elemento específico dos processualistas: *receio de se retornar ao sincretismo, em decorrência de se pensar o direito processual por uma perspectiva do direito material*, mencionados elementos promanam da matriz filosófica do momento histórico em que se emancipou o cientificismo processual - o iluminismo.

Outro fator determinante desse panorama científico constitui-se no capitalismo, modelo econômico então incipiente que, acrescido aos ideais iluministas, trouxe informações para a ciência processual por uma perspectiva liberal e individualista, com enfoque *teórico e intrínseco*.

Em meados do século XX, se emancipou a fase metodológica do direito processual em curso, cuja referência neste ensaio dar-se-á pelo símbolo *instrumentalidade*, na qual a concepção de índole liberal-individualista da ciência processual cede à inferência de que o Estado, ao exercer seu poder-dever jurisdicional, realiza objetivos seus, imprimindo um deslocamento da perspectiva científica do *individual* para o *público*, para o *social*; e do enfoque *teórico* e *intrínseco*, para o *pragmático* e *extrínseco*, pontua José Carlos Barbosa Moreira (1984, p.6), para os resultados do processo na vida dos jurisdicionados, acrescenta Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.51).

Igualmente à fase que lhe antecederá, o momento presente decorreu de mudanças havidas no mundo fenomênico no decorrer dos séculos XIX e XX, que culminaram com compromissos axiológicos voltados à ética e à justiça, assim como também políticos em torno do bem-estar social, dos quais vem se ocupando a dogmática jurídica. Com essa mudança de paradigma, contudo, não houve a pretensão, assim como não se pretende lançar mão das conquistas científicas amealhadas pela tradição, sobretudo da autonomia metodológica. Pretende-se, apenas, alentá-las de valores e aprimorá-las para melhor conduzir o serviço jurisdicional ao resultado almejado, qual seja⁷: tutelar efetivamente o titular do direito em crise.

Sem menoscabo aos inúmeros e importantes alcances derivados desse novo capítulo da ciência processual, destacam-se dois: (i) a percepção de que o isolamento dos planos do direito material e do direito processual contém falsa aparência; (ii) e de que ambos os planos compõem um todo superior: o ordenamento jurídico, plasmado a partir da Constituição⁸, incumbindo ao direito processual a conformação de seus institutos aos princípios, regras e direitos constitucionais, bem como servir de instrumento para segurança constitucional dos direitos.

A primeira proposição não tem o objetivo de retorno ao sincretismo científico de outrora, pelo contrário: a autonomia da ciência processual e de seu objeto em relação ao direito material

⁷ Concernente à mudança de paradigma, sustenta Cândido Rangel Dinamarco “O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.” (2003, p.23).

⁸ Observa Jorge Miranda: “Mais do que um ramo a par de outros, o Direito Constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal [mas só desta], o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica.” (1997, p. 16).

encontra-se bem estabelecida⁹. O que se propõe, sob a ótica da instrumentalidade, depreende-se da percepção de que os planos de direito material e processual se tangenciam¹⁰, e o ótimo resultado do processo dependerá de quão hábil ele se dispuser ao direito material¹¹.

No que diz respeito à segunda proposição, sobre os planos de direito material e de direito processual comporem (no sentido de fazerem parte) um todo superior, o ordenamento jurídico plasmado *a partir da* Constituição interessa particularmente ao presente trabalho e dará azo ao tópico que segue.

1.3 CONSTITUCIONALISMO E SUAS FASES

1.3.1 Evolução histórica: da Constituição formal à Constituição material

A observação diacrônica do direito e de sua ciência não prescinde de uma análise antropológica cultural, destacando-se, em grau de importância entre os múltiplos fatos havidos na história, o surgimento do Estado, com as características definitórias atualmente consideradas, do *constitucionalismo* e sua evolução¹², bem como dos paradigmas epistemológicos da modernidade.

Sem pretensão de esgotar o assunto e relegar ao olvido o propósito desta dissertação, seguir-se-á uma abordagem sintética desses acontecimentos na Europa continental, na medida em

⁹ Luiz Guilherme Marinoni registra que “Não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre autonomia e indiferença. O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial.” (2004, p.55).

¹⁰ Mencionada elaboração é recorrente na obra de José Roberto dos Santos Bedaque: “Pretende-se demonstrar que o cerne da questão está na maior aproximação entre direito material e processo. As relações entre um e outro são intensas e o perfeito conhecimento do processo depende da correta identificação desse nexos.” (2003, p.17).

¹¹ Fora, igualmente, objeto de recente e não menos pertinente elaboração de Hermes Zaneti Júnior: “Pode-se dizer, neste sentido, que entre processo e direito material ocorre uma relação circular: o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.” (2006, p.167).

¹² Por todos ver Nelson Saldanha (1983).

que forem essenciais ao referencial teórico, pelo qual se abordará o fenômeno da coisa julgada, ou seja, enquanto direito fundamental.

Em clássica conferência realizada por Ferdinand Lassalle, em Berlim, aos 16 de abril de 1862, sobre a essência da Constituição (2001), lançou-se a idéia da dicotomia entre os fatores reais do poder, identificados como fragmentos da Constituição. São eles: o rei - a quem obedece o exército, os senhores capitalistas, o industrial, os banqueiros, a nobreza e o povo, cuja soma e inter-relações determinam a Constituição *real*, e, a Constituição *escrita*, mera folha de papel; quando confrontadas, prevalece a Constituição *real*.

Essa compreensão, externada inicialmente por Lassalle, confere aos fatores reais do poder força superior à força das normas jurídicas e, decididamente, nega à Constituição *escrita*, isto é, à Constituição *jurídica*, sua importância enquanto objeto cognoscível.

Konrad Hesse, em deliberada remissão a Lassalle, proferiu aula na Universidade de Freiburg, em 1959, na qual elevou a força normativa da Constituição¹³. O caminho seguido por Hesse para sustentar sua tese fora o de promover um termo médio entre realidade e norma, informado pela pretensão de eficácia imanente às normas constitucionais¹⁴.

Preocupou-se o autor em conformar o *conteúdo* das normas constitucionais na natureza das coisas, isto é, na realidade histórica do seu tempo, limitando-se ao “[...] estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, [...]” (1992, p. 15), e sua *força ativa* na vontade geral de concretizá-las, na vontade de Constituição¹⁵, e buscou contemporizar a tensão entre Constituição *real* e Constituição *jurídica* mediante o estabelecimento de alternativas que

¹³ Observa Konrad Hesse: “Afigura-se justificada a negação do Direito Constitucional, e a conseqüente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a Constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder. Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição.” (1991, p. 11).

¹⁴ Acrescenta ainda que “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social, e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.” (1991, p. 15).

¹⁵ E, por fim destaca que “Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.” (1991, p. 21 e 22).

permitissem assegurar a força normativa da Constituição, dentre elas a pluralidade, no sentido contemporâneo do termo.

As premissas centrais de Lassalle e Hesse não se antagonizam, como pretendeu este. Hesse sustenta, justamente, a existência dos fatores reais de poder aos quais se refere Lassalle. A existência desses poderes, em maior ou menor intensidade, pode significar confronto com a Constituição *jurídica*. O que de diferente se extrai das inferências externadas consiste na busca de Hesse em constitucionalizar os fatores reais de poder e atribuir à Constituição força normativa determinante em relação à realidade.

As proposições dos autores ilustram fases do fenômeno científico que se emancipou e se desenvolveu na Europa continental a partir do século XVIII, denominado *constitucionalismo*. Inicialmente, o constitucionalismo se ocupava, consoante explicações de Lassalle, com o que se convencionou denominar Constituição formal, ou institucional. Posteriormente, e neste contexto destacam-se as proposições de Hesse, o constitucionalismo ocupou-se da noção de Constituição material. Nesta perspectiva, adjetiva-se o constitucionalismo como moderno e seu signo traduz-se na célebre expressão de Hesse: na *força normativa da Constituição*.

1.3.2 Constitucionalismo moderno

O “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica *específica de limitação do poder com fins garantísticos*.”, define José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 47), cujo surgimento decorreu do desenvolvimento do Estado Constitucional¹⁶, ou Estado Liberal, herdeiro fundamentalmente: (i) dos *movimentos constitucionais* inglês (*The Rule of law*¹⁷), americano (*always under law*¹⁸) e francês (*L'État*

¹⁶ Esclarece Jorge Miranda: “O Estado só é Estado constitucional, só é Estado racionalmente constituído, para os doutrinários e políticos do constitucionalismo liberal, desde que os indivíduos usufruam de liberdade, segurança e propriedade e desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Ou, relendo o artigo 16º da Declaração de 1789: ‘Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.’” (1996, p. 17).

¹⁷ Sobre o tema discorre José Joaquim Gomes Canotilho: “A interpretação do sentido da fórmula *The Rule of Law* foi variando, mas é possível assinalar-lhe quatro dimensões básicas. *The Rule of Law* significa, em primeiro

*legal*¹⁹); (ii) das teorias sobre a transformação do estado de natureza do homem, extratadas dos trabalhos de Hobbes, Locke e Rousseau²⁰, constitutivos do pensamento político moderno e estrutura do Estado Contemporâneo; (iii) da Revolução Francesa que objetivou a superação do *ancien regime*.

O surgimento do Estado Constitucional representou a redução do direito natural aos estatutos legais²¹, fenômeno comumente rotulado como *jusnaturalismo racionalista*, serviente ao

lugar, na seqüência da Magna Carta de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses [*Common Law*] e perante qualquer entidade [indivíduos ou poderes públicos].” (1998, p. 90).

¹⁸ Prossegue o mesmo autor: “Nos Estados Unidos, o ‘império do direito’ ganhou contornos rasgadamente inovadores. Como primeiro tópico – e tópico central – do Estado Constitucional dos Estados Unidos será de referir-se a idéia de *always under law*. O Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior [*higher lawmaking*], ou seja, uma constituição onde se estabelecem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. Dentre estes esquemas constitucionais essenciais incluem-se os direitos e liberdades dos cidadãos [*rights and liberties of citizenship*] juridicamente gerados na república e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente plasmada por escrito na constituição. Em segundo lugar, o Estado constitucional associa a juridicidade do poder à justificação [*justifying*] do governo. Não basta uma qualquer invocação de representação e, muito menos, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido. As razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições. Desde logo o governo é sempre um governo subordinado às leis [*government under law*], entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípios de justiça e de direito.” (1998, p. 90 e 91).

¹⁹ Esclarece, ainda, Canotilho: “ A idéia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos -, na construção de uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os ‘*droits natuels et sacré de l’homme*’. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supraconstituição’ e uma ‘pré-constituição: supraconstituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição [1791]; pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A constituição situa-se num plano imediatamente inferior à Declaração. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os actos do executivo de aplicação das leis.” (1998, p. 91).

²⁰ Hobbes, Locke e Rousseau são os denominados contratualistas, porém, em cada um desses filósofos distingue-se tanto o fundamento do contrato, como o pacto em si. Em Hobbes, a transferência do estado natural para o social se dá em decorrência da guerra de todos contra todos, que deliberam, para conservação de suas vidas, o estabelecimento do pacto, situando-se no soberano a figura de representante, não havendo, porém, outro pacto entre o povo e o soberano. Em Locke, o estado natural se caracteriza pela paz, boa vontade, igualdade. A renúncia dessas liberdades individuais decorre da necessidade de se preservar o gozo e a fruição das mesmas, sobretudo da propriedade. Para tanto, o povo estabelece um contrato entre si e outro entre si e o soberano, incumbido de regular a sociedade conforme a vontade da maioria. Em Rousseau, a racionalização da vida social resultou da necessidade de se agregarem forças e liberdades individuais e orientá-las para sobrepujar os obstáculos prejudiciais à conservação dos indivíduos. Relativamente aos compromissos decorrentes do contrato social, destacam-se obrigações de ordem horizontal, de cidadão para cidadão, e de ordem vertical, do cidadão para o Estado, inexistindo, porém, convenção entre o povo e o governante, pois o governo resulta do contrato, mas não faz parte dele. Por todos ver Boaventura Souza Santos (2000)

²¹ Excelente exposição sobre o tema extrai-se de Luís Roberto Barroso. Idéias que podem se consolidar no sentido de que “O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizam a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente,

ideário iluminista de segurança e proteção do indivíduo frente ao Estado, por intermédio da positivação de regras e cerceamento da atividade criativa do julgador, este definido por Montesquieu como *a boca da lei*: surge o princípio da legalidade caracterizado pela justiça legal²².

Desenvolveu-se, no contexto do Estado Constitucional, a partir do século XX, uma particular maneira de se abordar cientificamente o direito: o positivismo jurídico, cujos maiores expoentes foram Hans Kelsen e John Austin - o núcleo de suas preocupações dirigiu-se à norma jurídica, seu sistema e sua validade, e o método empregado fora o lógico-substantivo. O positivismo jurídico propiciou - e dúvidas não há - a criação de instrumentos dogmáticos que permitiram o aprimoramento da ciência jurídica, não obstante sua ostensiva neutralidade em relação a problemas como o da justiça e o da ética. As idéias expostas revelam a manifesta relação entre o iluminismo, o Estado Constitucional e o positivismo jurídico.

A história, contudo, descortinou a insuficiência do positivismo²³ para assegurar, justamente, ao que se prestou a codificação e o legalismo. Aquele simbolizou, contrariamente, o arbítrio e a violação dos mais elementares direitos do homem, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha, com o nazismo; e, na Itália, com o fascismo, observa Mauro Cappelletti (1993, p.

representam, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XX.” (2003, p. 22).

²² Mauro Cappelletti registra que “La nueva legislación revolucionaria, y los códigos que la sucedieron, estaban permeados precisamente por esa ‘justicia’ superior, expresadas en las ideas de egalité y de libérté; esas eran, o presumían ser, la codificación de los fundamentales, innatos derechos del hombre y contemporáneamente, la tradición de tales derechos en ley positiva. [...] Por todo aquello que esta pueda parecer paradorsal, de la victoria del derecho natural, surgió de hecho, la victoria de su contrapuesto: el derecho positivo. Tradução livre: A nova legislação revolucionária, e os códigos que a sucederam, estavam permeados precisamente por essa ‘justiça’ superior, expressadas nas idéias de igualdade e de liberdade; essas eram, ou presumiam ser, a codificação dos fundamentais, inatos direitos do homem e contemporaneamente, a tradução de tais direitos na lei positiva. [...] Por tudo que isto possa parecer paradoxal, a vitória do direito natural, surgiu, de fato, da vitória de seu contraposto: o direito positivo.” (1993, p. 98).

²³ Acrescenta Luís Roberto Barroso: “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. [...] Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (2003, p. 26).

95), fatos que emanciparam o declínio do positivismo e a ascensão do contemporâneo e em construção: o pensamento científico alcunhado de pós-positivismo²⁴.

Paralelamente, o Estado Constitucional, em decorrência da soma de fatores determinantes, dentre os quais sobressaem o capitalismo desorganizado, as crises econômicas, as guerras - sobretudo a Segunda Guerra Mundial -, cedeu lugar ao Estado Social, o qual, acrescido das contradições da modernidade, resultou no debate sobre a democracia e sua reconstrução como sinônimo, não de Estado de direito, mas de Estado democrático de direito.

A noção, portanto, de Estado Constitucional vai além e ultrapassa os limites da mera conformação de sua organização político-social em uma Constituição que lhe fundamente e legitime, ou seja: não se identifica apenas com o Estado de direito, a este adiciona a soberania popular que lhe adjectiva como Estado Democrático de direito. As palavras são de José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 96) ou, como se adotará: Estado Constitucional Democrático.

Nesse cenário, concebe-se a Constituição como um catálogo aberto de *regras, direitos e princípios fundamentais* dotados da força normativa da Constituição, que passa a conter, concomitantemente, status de *unidade hierárquico-normativa* de dado ordenamento e *unidade material, axiológica*.

Em outras palavras, viabiliza-se a preeminência normativa da Constituição mediante a força expansiva dos princípios em relação ao direito infraconstitucional, ao mesmo tempo em que se possibilita a dialética entre o direito positivo e a realidade social²⁵.

²⁴ A afirmação não exclui, no atual estágio de evolução do pensamento humano, outros métodos de abordagem do direito, inclusive o denominado neo-positivismo lógico, desenvolvido à base da lógica jurídica e da semiótica.

²⁵ Sobre o tema, ver Paulo Ricardo Schier. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro, novembro, dezembro, 2005, p. 2 e 3. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 23 de junho de 2006.

1.3.3 Neoconstitucionalismo

Difunde-se, a partir desse momento histórico, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o *neoconstitucionalismo*. Observa Luis Prieto Sanchís (2004, p. 47) que, apesar de ontologicamente não representar uma nova teoria constitucional, o neoconstitucionalismo manifesta-se como busca de superação dos modelos epistemológicos que lhe antecederam.

Conforme pontua Paulo Ricardo Schier (2005, p. 5), na medida em que neoconstitucionalismo se volta para o caráter estrutural da Constituição, identifica e descreve, ou busca identificar e descrever na Constituição, as regras, os direitos e os princípios, que, de herméticos e de mera enunciação formal, passam a se espriar como diretivas no ordenamento jurídico, volta-se, igualmente, para recobrar a efetividade desses direitos, regras e princípios.

Em decorrência dessa noção de Constituição - como norma superior, rígida, vinculante, que potencializa as garantias dos sujeitos de direito na medida em que vincula o próprio legislador – exsurge a justiça constitucional concebida por Mauro Cappelletti “[...] como aplicação jurisdicional da Constituição [...]” (1993, p.95).

Outro fator, fundamentalmente tributário das idéias de Peter Häberle (1997, p. 36), verifica-se na necessidade de se ampliar no Estado Constitucional Democrático²⁶ o círculo de intérpretes da Constituição para além dos Tribunais. Defende Häberle que “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo.” (1997, p. 34).

Inúmeras conseqüências se extraem da perspectiva neoconstitucionalista. Poder-se-iam destacar: (i) a imperativa interpretação do direito infraconstitucional sob a luz da Constituição e *toda* sua unidade axiológica e de sentido, ou seja, de compreender o direito infraconstitucional a partir do direito constitucional desenvolvendo-se, para tanto, uma

²⁶ Propõe Peter Häberle: “Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais [legitimação mediante eleições], até o último intérprete formalmente ‘competente’, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [Grundrechtsverwirklichung], tema muitas vezes referido sob a epígrafe do ‘aspecto democrático’ dos Direitos Fundamentais.” (1997, p. 36).

dogmática da interpretação constitucional - tal é a idéia da filtragem constitucional²⁷ -; (ii) a abertura interpretativa conferida pelos princípios que permite se extraia de um enunciado legal (novas) proposições afinadas com a Constituição, sem que seja necessária a modificação do enunciado²⁸ legal; (iii) a expansão da jurisdição constitucional.

Os fatos narrados desenvolveram-se (certamente, sem a linearidade que subliminarmente possa ter sido sugerida) na Europa continental, advertindo-se que não poderiam ser incluídas no exato contexto delineado as experiências constitucionais do Reino Unido, Estados Unidos e da França, dada a peculiaridade de cada uma²⁹.

1.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

1.4.1 Progressiva densificação da perspectiva constitucional da ciência processual e do direito processual

Constitucionalização representa símbolo lingüístico plurívoco. Um de seus significados poderia consistir na transposição para o direito constitucional, de normas-regras ou normas-princípios tradicionalmente relativos ao direito infraconstitucional. Outro significado poderia defluir da noção de supremacia constitucional, ou, ainda, da unidade hierárquico-normativa e

²⁷ Tributa-se a expressão a Paulo Ricardo Schier: “Assim, sustentou-se que a filtragem constitucional pressupõe a preeminência normativa da Constituição, projetando-a para uma específica concepção da Constituição enquanto sistema aberto de regras e princípios, que permite pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica. Então, com a filtragem constitucional, falava-se da preeminência normativa da Constituição, pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-lingüística e também material. Bem como, ainda, falava-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da própria estrutura da norma [categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente lingüística – o enunciado e o texto]”. (2006, p.2)

²⁸ Em breves linhas, esclarece-se que enunciado legal não se confunde com norma; normas são proposições, isto é, são juízos que resultam da interpretação de um determinado enunciado legal. Daí a possibilidade de se extrair duas ou mais proposições de um enunciado, ou, ao revés, extrair-se de dois ou mais enunciados uma proposição - noções bem esclarecidas por Norberto Bobbio (2005, p. 73). Esses elementos permitem a compreensão da assertiva segundo a qual é possível a reformulação normativa infraconstitucional sob os desígnios neoconstitucionais sem, necessariamente, proceder-se uma reforma legislativa.

²⁹ Por todos Luís Roberto Barroso (2006).

unidade material da Constituição em relação ao ordenamento jurídico da qual faz parte. É neste último sentido a conotação da constitucionalização a ser dada no presente texto, ou seja: como centro de convergência do ordenamento jurídico.

Adverte-se que a constitucionalização designa não só a imperativa interpretação do direito infraconstitucional sob a égide dos princípios, direitos e regras constitucionais, mas, igualmente, a imperativa conformação dos atos dos sujeitos de direito – inclusive quando titulares de competências públicas – a tais princípios, direitos e regras. Não só as relações entre os particulares e poderes públicos encontram-se tuteladas pela constitucionalização, as relações intersubjetivas da esfera privada também lhes são subordinadas³⁰.

Transportando a base teórica sobre o constitucionalismo para o direito processual é possível afirmar, tal qual outros ramos do ordenamento³¹, que o processual se constitucionalizou³², extraíndo-se, desta constatação, importantes corolários - o mais importante, no presente contexto, é a ratificação do caráter público do direito processual e seus institutos.

As idéias inicialmente esposadas, relativas à instrumentalidade, revelam que o direito processual não contém uma dimensão própria. Trata-se de instrumento por vezes necessário e indispensável para atuação do direito material; ou seja, para produção e reprodução do próprio direito, fator este que lhe confere aderência à ordem constitucional elevada à máxima potência, enfatiza Marcelo Cattoni (2001, p. 13). Declina Cândido Rangel Dinamarco: “É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a

³⁰ Por todos Daniel Sarmiento (2003, p. 193 e seguintes). Segundo Luís Roberto Barroso, “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. [...] Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente em suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.” (2006, p. 9).

³¹ Observa Cassio Scarpinella Bueno que “Não é nem pode ser novidade para ninguém que, para se tratar de ‘processo civil’, é insuficiente referir-se ao ‘Código de Processo Civil’. Se é que isso já foi tido por verdadeiro alguma vez em tempos idos, como, de resto, todos os outros chamados ‘ramos’ do direito, está inserido em um contexto bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como tratar de direito, qualquer ‘direito’, sem voltar os olhos também para a Constituição.” (2006, p. 41).

³² Em obra inédita pontua Hermes Zaneti Júnior: “A par disso, o direito se constitucionalizou. No conhecido movimento do pós-positivismo, com a principalização da Constituição [positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.] e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa: todo o direito hoje ou é direito constitucional [conforme Constituição] ou não é Direito. Essa unidade não está mais vazada nos termos das lógicas matemáticas, mas sim das lógicas discursivas e da hermenêutica que substituíram os antigos juízos de certeza e completude dos sistemas codificados.” (2005, p.91).

ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações que ela passa.” (2003, p. 33).

A experiência brasileira conduz a importante reflexão sobre a máxima da aderência precitada, isto porque na condição de Colônia o Brasil figurou como o *outro* em relação à metrópole, informando-se compulsoriamente pelo ordenamento luso – e suas respectivas influências. Posteriormente, na condição de sujeito de sua história, abeberou-se voluntariamente em ordenamentos estrangeiros, emancipando-se um paralelo entre o direito processual, que desde suas fontes mais remotas orientou-se por uma tradição, e o direito constitucional que se orientou por outra, desencadeando-se o que Cândido Rangel Dinamarco denomina paradoxo metodológico (2003, p.57).

Dito de outra maneira, o direito processual pátrio constitui-se tributário de ordenamentos informados pela “família”³³ romano-germânica do direito. Especificamente, após a Proclamação da República, o governo provisório, em 1890, pelo Decreto 763, determinou observar para os processos civis o Regulamento 737, de 1850, que estatuiu o processo das causas comerciais, caracterizando, pois, o direito processual, a partir do direito privado³⁴, enquanto a primeira Constituição republicana, Constituição de 1891, recolheu seus elementos da “família” do *common law*, notadamente do ordenamento norte americano, donde Rui Barbosa extraiu as balizas constitucionais gerando, pelo estabelecimento da justiça constitucional - aqui tangenciada em seu mais amplo sentido - e pela manutenção deste modelo nas Constituições seguintes, um “sistema jurídico híbrido”³⁵.

Um dos problemas desse hibridismo está na prevalência, ao menos inicial, da perspectiva privatista do direito processual e sua ciência decorrente do mimetismo estabelecido relativamente à “família” romano-germânica do direito³⁶. Daí a importante função desempenhada pelo constitucionalismo e constitucionalização do direito processual no sentido de re-ordenar, por uma perspectiva pública, o direito processual, ressalta Cândido Rangel

³³ Sobre as denominadas “famílias” do direito, ver René Davi (1998).

³⁴ Abordagem história completa deste período encontra-se em Moacyr Lobo da Costa (1970, p. 31).

³⁵ A expressão tributa-se a Hermes Zaneti Júnior (2005, p. 41 e 46).

³⁶ Mencionados aspectos do direito processual civil e de sua ciência foram objeto de Conferência realizada por José Carlos Barbosa Moreira, na qual o emérito jurista destacou o escopo didático dos processualistas brasileiros e respectiva produção científica, no início e decorrer do século XX, e a evolução do enfoque findo este mesmo século para o vínculo do direito processual ao ordenamento constitucional. (1997, p. 169).

Dinamarco (2003,p.67) -, circunstância que conduziu a dogmática a conformar-se a uma concepção principialista do direito.

Destaca-se nesse cenário a afirmação de Ada Pellegrini Grinover segundo a qual: “O Estado de direito só pode atingir seu real coroamento através desses instrumentos processual-constitucionais de tutela dos direitos fundamentais do homem” (1975, p. 6). Ressalta-se também a afirmação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de que o processo “[...] não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado” (2004, p. 2 e 3).

Essa nova metodologia de estudo do processo - *quando se afirma nova*,³⁷ *não implica necessariamente afirmar que a dogmática não se ocupou da perspectiva constitucional do direito processual*³⁸, *apenas se pretende assentar que houve no decorrer da fase da instrumentalidade uma densificação desta perspectiva, cujas proporções vêm conduzindo parte dos doutrinadores proporem tratar-se de uma teoria contemporânea*³⁹ -, somada à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, face ao neoconstitucionalismo, destaca grupos de direitos fundamentais ligados ao valor *efetividade* e ao valor *segurança jurídica* como “fonte específica de normas jurídicas processuais”, assevera Carlos Alberto Alvaro do Nascimento (2004, p. 12).

³⁷ Sobre a dogmática relativa ao processo constitucional ver José Frederico Marques (2000).

³⁸ Essas observações foram realizadas por Cândido Rangel Dinamarco: “Na realidade, a doutrina brasileira nunca foi inteiramente indiferente às ligações entre o processo e o plano constitucional, dado que já no século XIX um prestigioso processualista propunha o exame do processo civil em correlação com a preservação dos direitos individuais [João Mendes Júnior]. Nos anos cinquenta veio à luz uma série de manifestações de interesse pelos fundamentos constitucionais do processo, quando então se fez a afirmação de um direito processual constitucional, conceituado como ‘a condensação metodológica dos princípios introdutórios do processo em geral’ [José Frederico Marques]. A partir dos anos setenta sobrevieram obras de fôlego, colocadas em sede processual-constitucional, seja enfocando a garantia da ação e inafastabilidade da tutela jurisdicional, seja pondo em realce a cláusula *due process of law* ou ainda estudando a árdua questão ética das provas obtidas por meios ilícitos, etc. Em trabalhos dessa ordem, era inevitável a sugestão, ainda que implícita, de uma transmigração para o metajurídico mediante invocação dos valores do homem e imperiosidade de sua preservação no processo e mediante ele.”(2004, p. 281 e 282).

³⁹ Fala-se em formalismo-valorativo que é entendido como “[...] movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual [...]”, conforme Daniel Francisco Mitidiero (2005, p. 19). Seu método é o instrumental e a racionalidade é a prática. O formalismo valorativo evidencia “[...] o imbricamento entre o processo civil, a Constituição e a cultura [...]”, explica o autor (2005, p. 21), sendo o método mais adequado para enfrentar as questões teóricas e práticas do processo civil contemporâneo.

A coisa julgada constitui-se de direito fundamental relacionado tanto à efetividade quanto à segurança. Apenas como corte metodológico, enfatizar-se-á na presente abordagem a segurança jurídica cuja demonstração ocupa a seção seguinte.

1.4.2 Princípio da segurança jurídica

Emanam da expressão *segurança jurídica* dois significados importantes: o primeiro deles refere-se ao estado de espírito do sujeito de direito fundado nas possibilidades de fruição de bens jurídicos em seu mais amplo sentido; e, o segundo, concerne aos meios disponibilizados para assegurar aquele estado de espírito⁴⁰.

Na linha do que já fora exposto sobre o Estado Constitucional Democrático é pertinente acrescentar que a segurança jurídica situa-se como um de seus fundamentos, sua positivação como direito natural e imprescritível deu-se no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e seu conceito foi posteriormente definido na Constituição Francesa de 1793, nos seguintes termos: “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”.

No Brasil, a segurança, acrescida do termo *individual*, figurava como uma das bases da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos na Constituição de 1824, em seu artigo 179. A Constituição de 1891 reformulou a redação anterior e previu, no artigo 72, a segurança individual como direito assegurado pela Constituição, seguindo-se inúmeros artigos e incisos representativos daquela garantia. Idêntica redação encontra-se nas Constituições de 1934, artigo 113, *caput*; 1937, artigo 122, *caput*; 1946, artigo 141, *caput*; 1967, artigo 150, *caput*.

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, abstraiu o termo individual e reiterou a inviolabilidade à segurança, inserindo-a no título dos direitos e garantias fundamentais, no

⁴⁰ Essa distinção de perspectiva conduziu parte da dogmática a distinguir a segurança jurídica da certeza; a segurança se restringiria ao aspecto subjetivo acima tratado, enquanto a certeza referir-se-ia ao aspecto objetivo. As noções, todavia, se confundem, e o rótulo segurança constitui-se hábil para abarcar ambas, conforme observa Miguel Reale (2003, p. 87).

capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, outorgando-lhe todos os consectários de sua fundamentalidade, como a aplicação imediata prevista no § 1º, do artigo 5º, e a imunidade contra propostas de emenda constitucional tendentes a aboli-la, prevista no artigo 60, § 4º, IV.

A noção de segurança jurídica no contexto da evolução dogmática revela uma abrangente dimensão, identificando-se como algo inerente ao Estado de Direito. Desta forma, é possível classificá-la como um princípio: uma norma de conteúdo amplo que estabelece um estado ideal de coisas a ser realizado pela adoção de comportamentos. Ressalte-se que os princípios, em geral, encerram ou conteúdo axiológico ou político, e a segurança jurídica se afina ao conteúdo político dessa espécie normativa.

A inferência do conceito de princípio como espécie normativa na forma acima estipulada é herdeira do paradigma neoconstitucionalista, do caráter de sistema aberto de *princípios* e *regras* da Constituição, espécies que, conjuntamente, integram o gênero norma jurídica. Em outros termos, a partir desse novo paradigma, os princípios abandonam sua dimensão exclusivamente axiológica ou política e sem eficácia jurídica, para, ao lado das regras, representarem uma das espécies normativas, conforme Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso (2003, p. 337).

O desenvolvimento dessa tese vem sendo denominado *teoria dos princípios*, para qual contribuíram decisivamente Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2002, p. 13), em manifesta oposição ao positivismo jurídico. Ronald Dworkin enfatizou, para diferenciar os princípios das regras e concluir pelo conteúdo normativo dos princípios, o modo de aplicação de ambos, e afirmou que as regras são aplicadas no modo do tudo ou nada, enquanto os princípios contêm uma dimensão de peso. Robert Alexy, partindo das premissas de Ronald Dworkin, definiu o conceito de princípios como normas que estabelecem deveres de otimização aplicáveis em graus.

O caráter normativo dos princípios foi objeto, também, de recente trabalho realizado pelo doutrinador pátrio Humberto Ávila (2004), cujo ponto de partida consiste em extremar norma jurídica do texto normativo que, em suas palavras, revela-se como dispositivo. Afirma o

doutrinador – e com razão - que normas são resultados de interpretação, são construções de sentido, cujo suporte físico são os textos normativos. Não há, portanto, necessária coincidência entre um específico dispositivo e *a* ou *as* normas que dele se podem extrair. Em outros termos, é possível sacar de um dispositivo uma ou mais normas, ou nenhuma. É possível, também, colher uma só norma da soma de dois ou mais dispositivos, cujo isolamento não conduza necessariamente à mesma construção de sentido.

A semiótica trabalha esse fenômeno diferenciando os *enunciados* das *proposições*. Os *enunciados* são as formações frásicas com sentido, ou seja, a seqüência significativa de palavras que deverá submeter-se às regras sintáticas de determinado idioma. As *proposições* são os juízos ou significações extraídas do enunciado, podendo ocorrer que dois ou mais enunciados contêmam a mesma proposição, ou, então, que de um só enunciado extraiam-se duas ou mais proposições. Nessa linha de idéias, poder-se-ia identificar o texto normativo como enunciado e as normas como proposições.

O autor afirma também que, na esteira da dogmática que lhe antecedeu, notadamente a de Ronald Dworkin e Robert Alexy, as normas se constituem de um gênero do qual emanam espécies - as espécies normativas - dentre as quais as regras e os princípios, e, originalmente, propõe o doutrinador uma terceira espécie: *os postulados normativos aplicativos*. Humberto Ávila dedica sua obra à tentativa de propor critérios para dissociar cada uma das espécies desse modelo tripartite de normas.

A conexão entre (i) a noção de normas como proposições e dos textos normativos como enunciados, e (ii) o modelo tripartite aviltrado resulta na possibilidade de se extraírem princípios sem que lhes corresponda especificamente um determinado enunciado. O exemplo utilizado pelo autor refere-se justamente ao princípio da segurança jurídica, pontuando que “Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte físico.” (2004, p.22).

Como método de trabalho tendente a discernir cada espécie normativa, o autor elegeu a análise crítica de algumas proposições doutrinárias identificando os critérios utilizados por seus predecessores.

Realizadas as críticas, o autor propõe critérios para dissociação entre as regras e os princípios e pontua, de forma incipiente, que os princípios “remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados” (2004, p. 55). Não obstante o idealismo – por vezes antagônico - do qual emergem os valores, é possível determinar comportamentos em função de sua positivação, bem como avaliar se sua aplicação opera-se racionalmente ou não.

Em função dos valores, os princípios podem ser investigados de perspectivas distintas: uma delas consiste na assertiva de que se tratam de “alicerces ou pilares do ordenamento jurídico” (2004, p. 56); a outra perspectiva viabiliza a investigação de sua estrutura, dos comportamentos necessários à realização do estado ideal de coisas pelos princípios preconizado, das razões que justificam e legitimam sua aplicação racional. É nessa linha que o autor explora o tema.

O autor prossegue assentando que de um mesmo enunciado normativo pode-se sacar tanto uma regra quanto um princípio ou um postulado normativo, desde que o comportamento previsto seja analisado de diferentes perspectivas, porque “Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).” (2004, p. 60) Nessa esteira, Humberto Ávila propõe uma dissociação em alternativas inclusivas, ao invés de exclusivas, como fora proposto pelos doutrinadores que lhe antecederam.

O primeiro critério elaborado pelo autor consiste na natureza do comportamento prescrito na norma. Esse critério preleciona que: “Enquanto as *regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante à descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.” (2004, p. 63).

Adverte-se que, no contexto da obra analisada o autor ressalta que todas as espécies normativas são justificadas por um fim, e o alcance de fins só se opera por uma ação, isto é, por um comportamento. Ressalta o autor ainda que a dissociação em função do critério sugerido pertine à prescrição do comportamento que, nas regras, revela-se *prima facie* e nos princípios é inostensivo. Os princípios ostentam apenas o fim, o estado ideal de coisas, sem predeterminar especificamente qual ou quais comportamentos serão necessários ou indispensáveis à sua realização.

Exsurge dessas considerações o caráter deôntico-deontológico das regras e deôntico-teleológico dos princípios, concluindo, assim, o autor: “Isso permite que o aplicador saiba, de antemão, que tanto os princípios quanto as regras fazem referência a fins e a condutas: as regras prevêm condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm fins cuja realização depende de condutas necessárias.” (2004, p. 65).

Outro critério para essa dissociação aventada consiste na justificação que as espécies normativas exigem. As regras demandam uma análise referente à correspondência entre o suporte fático e a construção normativa, e os princípios uma análise referente à correlação entre o estado ideal de coisas estabelecido e os efeitos do comportamento adotado para atingi-lo. A proposta mitiga o critério de aplicação do tudo ou nada das normas, e mais ou menos dos princípios, ao consolidar que o núcleo da distinção reside no modo de justificação necessária para a sua respectiva aplicação.

Por fim, Humberto Ávila sugere o critério da medida de contribuição para decisão, aduzindo que os princípios aspiram auxiliar “ao lado de outras razões, para tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementariedade e de parcialidade.*” (2004, p. 69), e sinalizam qual a *melhor* solução. As regras têm a pretensão de colaborar determinando a decisão *correta*, e “O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes.*” (2004, p. 69).

Desses critérios, abstrai o autor a dissociação entre regras e princípios assentando que, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, os princípios são normas finalísticas. As regras são primariamente retrospectivas, com pretensão de decidibilidade e abrangência; os princípios são prospectivos, com pretensão de complementariedade e de parcialidade. Para aplicação das normas, exige-se a avaliação da correspondência entre a hipótese legal e o suporte fático respectivo, fundando-se sempre na finalidade da regra ou nos princípios subjacentes. Para aplicação dos princípios, exige-se a avaliação da correlação entre o estado ideal de coisas a ser atingido e os efeitos do comportamento havido como necessário à sua realização (2004, p. 71).

É destacada, também, a distinção entre princípios e valores. Inicialmente, são colocados em condição de igualdade sobre atribuírem, ambos, a qualificação positiva de um estado de coisas. Entretanto, os princípios situam-se no plano deontológico, estabelecem, ainda que inostensivamente, comportamentos tidos como necessários à sua promoção. Quanto aos valores, situam-se no plano axiológico ou teleológico, destituídos daquele *plus* presente nos princípios.

Quanto à eficácia dos princípios e das regras, Humberto Ávila distingue dois planos: o da eficácia interna, relativa ao conhecimento das demais normas do sistema normativo; e o da eficácia externa, concernente ao conhecimento dos fatos e provas.

O autor também procede a classificações em cada plano propondo que, internamente, os princípios atuem de forma direta, quando não prescindam da intermediação de outras normas e, neste contexto, desempenhem uma *função integrativa*, ou seja, ofereçam suporte e fundamento direto para as situações em que as previsões normativas sejam insuficientes quanto aos elementos necessários para promoção de dado fim.

Internamente, conforme o autor, os princípios podem atuar de forma indireta (mediante à intermediação de outras normas) e exercer, essencialmente, três funções: a *definitória*, nas hipóteses em que especificam um dado comando mais amplo e axiologicamente superior, os denominados sobreprincípios, em relação às normas mais restritas; a *interpretativa*, nas hipóteses em que restringem ou ampliam o conteúdo de outras normas; e a função

bloqueadora, nas hipóteses em que elidem elementos incompatíveis com o estado de coisas a ser promovido (2004, p. 79).

Externamente, de acordo com Humberto Ávila, os princípios atuam de forma objetiva e subjetiva. Objetivamente, referem-se aos fatos e às provas, extremando o autor duas eficácias: a *eficácia seletiva dos princípios e a eficácia argumentativa*. A noção empreendida pelo autor sobre a *eficácia seletiva* diz respeito à seleção - mediante o processo argumentativo - dos fatos pertinentes à determinada decisão, colhidos em função dos parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios, tal é a idéia de releitura axiológica do material fático. Uma vez selecionados, os fatos deverão ser submetidos a uma avaliação identificada como função *eficaz valorativa*. A outra eficácia pertinente ao plano externo objetivo é a *eficácia argumentativa*.

A eficácia externa dos princípios comporta atuação subjetiva, ou seja: “Relativamente aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, é preciso registrar que os princípios jurídicos funcionam como direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, qualificada também como *função de defesa ou de resistência (Abwehrfunktion)*.” (2004, p. 82). Nesta linha de idéias, os princípios se exteriorizam como direitos fundamentais.

Além disso, ao se estabelecerem comportamentos, mesmo que inespecíficos *prima facie*, “Os princípios também mandam tomar medidas para proteção dos direitos e liberdades, qualificada também de *função protetora (Schutzfunktion)*. Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível.” (2004, p. 82).

No que concerne à eficácia das regras no plano interno direto, sem intervenções de outras espécies normativas, destaca-se a *eficácia preliminarmente decisiva*. As regras encerram pretensão de decidibilidade, e explicitam - ainda que provisoriamente - o sentido da decisão antecipada pelo Poder Legislativo. Quanto ao plano interno indireto, em relação às normas mais amplas, as regras exercem uma *função definitiva*, “[...] na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios.” (2004, p. 83).

Essa função definitória também pode ser entendida como função de *concretização* dos princípios e, a partir de sua noção, o autor propõe uma releitura sobre o que comumente se afirma quanto à violação de regras ser menos gravosa do que a violação de princípios.

Primeiramente, o autor advoga a tese de que as regras contêm a função *eficacial de trincheira*, no sentido de que sua superação somente é autorizada por razões de sua própria justificação, que lhes são subjacentes, ou por princípios que lhes são sobrejacentes.

Em seguida, o autor alerta para o critério da hierarquia, aduzindo que se regras e princípios justajacentes – havidos no mesmo plano hierárquico – incorrerem em conflito, as regras deverão prevalecer, já que como espécie normativa a regra “cristaliza” valores; “[...] é mais reprovável violar a concretização definitória do valor na regra do que o valor pendente de definição e de complementação de outros, como ocorre no caso dos princípios.” (2004, p. 84).

E, por fim, ressalta Humberto Ávila que a pretensão de decidibilidade contida nas regras, em si, explicita uma decisão anterior tomada pelo Poder Legislativo, cuja valorização pelo ordenamento - mediante a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido - revela que “Descumprir o que já foi objeto de decisão é mais grave do que descumprir uma norma cuja função é servir de razão complementar ao lado de outras razões para tomar uma futura decisão.” (2004, p. 84).

Sobre a eficácia externa das regras, o doutrinador distingue a de estabelecer condutas, e a de estabelecer competências.

No que se refere aos postulados normativos aplicativos, o autor defende tratem-se de *metanormas*, de normas cujos deveres estabelecidos referem-se à estrutura de aplicação de outras normas (regras ou princípios). Sua qualificação como *metanorma* resulta da circunstância de situar-se em plano distinto das normas objeto de aplicação. Em outros termos, os postulados não estabelecem um estado ideal de coisas a ser realizado por intermédio de comportamentos (= princípios), como também não prescrevem comportamentos. Os postulados, entretanto, estruturam a aplicação dessas normas.

A distinção precitada dos planos serve à dicotomia entre os postulados e os princípios, na medida em que estes atuam como fundamento para aplicação de outras normas no mesmo plano destas, enquanto os postulados normativos aplicativos situam-se em um segundo plano, ou plano de segundo grau, referindo-se, imediatamente, às normas que serão objeto de aplicação, estruturando sua própria aplicação (2004, p. 88).

A classificação seguida na obra do autor identifica duas categorias de postulados: os inespecíficos ou incondicionais, e os específicos. Quanto aos inespecíficos, sua aplicação independe dos elementos que serão objeto de relacionamento, tais como: a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso. No que diz respeito aos postulados específicos, estes são pautados por determinados critérios, tais quais: a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Especial atenção dirige-se ao postulado da proporcionalidade, assim como à tentativa de distingui-lo da razoabilidade. Para o autor, a proporcionalidade se estabelece na relação causal entre o meio e o fim para o qual se orienta, identificando que o meio deverá ser adequado. Para tanto, o intérprete deverá responder à seguinte pergunta: *o meio é adequado para promover o fim?* O meio deverá também ser necessário; em decorrência questiona-se: *dentre os meios igualmente adequados não há outros menos restritivos de direitos fundamentais?* Por fim, o meio deverá ser proporcional, em sentido estrito, ao fim objetivado, questionando-se: *as vantagens trazidas correspondem às desvantagens?*

Resultam da exposição acima as seguintes conclusões: a segurança jurídica é princípio; princípios referem-se a valores; e, em decorrência disto, podem ser considerados sob duas perspectivas: como pilares ou linhas mestras do ordenamento, ou, como normas. Se considerados como normas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido por comportamentos. Contêm, portanto, caráter deôntico-teleológico.

Como espécie normativa, os princípios possuem eficácia tanto interna, em relação às demais espécies normativas, como externa, concernente ao conhecimento de fatos e provas; da perspectiva externa podem atuar subjetivamente e, nesse contexto subjetivo externo é que os

princípios se exteriorizam como direitos fundamentais;⁴¹ e o direito à coisa julgada se revela como uma dessas exteriorizações⁴².

1.4.3 Direito fundamental à coisa julgada

Dentre o complexo de noções ligadas à segurança jurídica, insere-se o direito fundamental à coisa julgada, artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Seu caráter principal resulta do “padrão”⁴³ político que lhe é inerente. A expressão *direito fundamental* originou-se na França no ano de 1770, afirma Antônio E. Perez Luño (2004, p. 29), contextualizada, portanto, no clima da Revolução que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

Sua concepção é remota e, por mais que não se queira imiscuir no universo de sutilezas da filosofia, constitui-se imperativo atribuir à filosofia clássica o germen do que na atualidade se encontra no centro das preocupações acadêmicas dos juristas: o direito fundamental.

A ética peripatética, no período que se denominou helenismo, marcado pelo pluralismo cultural, fora desenvolvida por uma das escolas filosóficas daquele tempo, o Estoicismo. Para os estóicos, a ética era “entendida, em um sentido prático, como o estabelecimento de regras do bem viver, da ‘arte de viver’”, consoante Danilo Marcondes (2002, p. 87). Advieram desta

⁴¹ Robert Alexy fora peremptório ao declinar sobre o caráter principal dos direitos fundamentais: “[...] *más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización.*” Tradução livre: “[...] muito além de sua formulação mais ou menos precisa, os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e que os princípios são mandatos de otimização.” (2002, p. 13).

⁴² Especificamente sobre a segurança jurídica, observa Luís Roberto Barroso: “No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.” (2001, p. 50 e 51).

⁴³ Tributa-se a expressão a Ronald Dworkin: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas].” (2002, p. 36)

concepção as “teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade.”, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 44).

Na filosofia medieval, a escolástica desenvolveu a noção de igualdade dos homens perante Deus, despertando a noção de dignidade humana e a idéia dos postulados suprapositivos, imanentes à natureza humana, que impunham limitação ao poder, os denominados direitos das liberdades, depreendendo-se, do pensamento tomista, a necessidade de positivação desses direitos, conclui Antônio E. Perez Luño (2004, p. 30). No que se refere à sua consolidação em textos ou documentos, na Idade Média, destaca-se a Magna Carta de 1215, subscrita pelo rei João Sem Terra, na Inglaterra, e também pelos bispos e barões ingleses.

Desenvolveram-se, nos séculos XVI e XVII, extensas teorias sobre o tema dos direitos naturais, cujas idéias centrais destinaram-se já no século XVIII à transposição da expressão *direitos naturais* para a expressão *direitos do homem* explicitada, pela primeira vez, na obra de Thomas Paine consoante Antônio E. Perez Luño (2004, p. 32). Nesse período, destaca-se também a transposição do regime privado - que os textos normativos conferiam aos direitos do homem - para o regime público, ampliando-se, por conseguinte, a dimensão subjetiva e objetiva daquelas liberdades.

Retornando ao constitucionalismo francês, a Constituição de 1793, codnominada *jacobina*, positivou uma verdadeira tábula de direitos do homem, inserindo, definitivamente, as declarações de direitos à história do constitucionalismo, o que foi observado por Antônio E. Perez Luño (2004, p. 37).

As teorias sobre os direitos fundamentais, no entanto, começaram a se desenvolver no século XX, em meados da década de setenta⁴⁴. Sem menoscabo a relevância das teorias desenvolvidas, bem como a riqueza da evolução histórica desde os direitos naturais, perpassando pelos direitos do homem e, ao final, da concepção contemporânea dos direitos fundamentais, constitui-se, neste ensaio, suficiente a mera definição aderida quanto ao conceito de direitos fundamentais .

⁴⁴ Por todos ver José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1302 a 1308).

Adverte-se que a definição do conceito de direitos fundamentais não prescinde de um dado contexto constitucional. Ao revés, conforme adverte José Joaquim Gomes Canotilho, a construção de um conceito deve ser empreendida “ [...] com base numa constituição positiva, e não apenas uma *teoria de direitos fundamentais* de carácter exclusivamente teórico.”(1998, p. 1309).

Recorrendo, por conseguinte, à dogmática pátria, adere-se à construção de Ingo Wolfgang Sarlet para quem os direitos fundamentais são “[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal) [...]”, somando-se, também, a este rol aquelas posições que “[...] por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...].” (2004, p. 89).

Erigida no ordenamento brasileiro como direito fundamental, a coisa julgada encerra dois conteúdos relevantes, que consistem na: *estabilidade das relações jurídicas* e *previsibilidade dos comportamentos dos sujeitos de direito*, inclusive dos que exercem competências públicas, isto é, dos poderes institucionalizados.

Resulta de sua dimensão intensa interrelação com os princípios do Estado Constitucional Democrático e da Inafastabilidade da Jurisdição⁴⁵, já que confere estabilidade ao provimento jurisdicional e assegura aos sujeitos tangidos que a solução de determinada causa não poderá ser objeto de revisões, ressalvadas as hipóteses previstas, proporcionando-lhes um estado de espírito livre de variantes impensáveis, servindo, por conseguinte, ao escopo social (= paz

⁴⁵ José Frederico Marques observa que: “A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar, - é o que se infere do art. 153, § 3º, da Lei Maior. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a res iudicata como garantia constitucional de tutela a direito individual. Por outro lado, essa garantia, outorgada pela Constituição, dá mais ênfase e realce àquela da tutela jurisdicional, constitucionalmente consagrada no art. 153, § 4º, para a defesa de direito atingido por ato lesivo, visto que a torna intangível até mesmo em face de *lex posterior*, depois que o Judiciário exaure o exercício da referida tutela, decidindo e compondo a lide.” (1985, p. 241).

social)⁴⁶, político (= afirmação de poder estatal) e jurídico (= concretização do direito substancial) do processo.

Sua natureza constitucional, por um lado, não veda que o legislador exerça sua competência sobre o conjunto das prescrições normativas segundo as quais rege-se a coisa julgada. Por outro, mencionado exercício de competência legislativa, seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional, contém limites constitucionais.

Isso porque o fenômeno da coisa julgada subsume-se, no ordenamento brasileiro, à categoria de núcleo de identidade constitucional, sobretudo porque expressa o princípio da segurança jurídica e do próprio Estado Constitucional Democrático⁴⁷. Assim, seu desenvolvimento constitucional e infraconstitucional submete-se ao que José Joaquim Gomes Canotilho denominou identidade reflexiva.

Noutros termos, toda constituição revela um *núcleo de identidade*. A evolução da humanidade requer um *desenvolvimento constitucional*, cuja articulação com o *núcleo de identidade* conduz ao conceito de *identidade reflexiva*. Em linguagem formal, propõe-se: identidade reflexiva = núcleo de identidade + desenvolvimento constitucional/revisão⁴⁸.

O constitucionalismo reflexivo, conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho, poderá basear-se em duas sugestões: primeiramente, deve “continuar a fornecer as *exigências constitucionais mínimas*” (2001, p. XXI); e, principalmente, “Uma constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma *teoria da justiça*, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares.” (2001, p. XXI).

⁴⁶ Desta-se, quanto ao escopo social, a observação feita por Cândido Rangel Dinamarco: “O importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados;” (2003, p. 195).

⁴⁷ Enfático posicionamento nessa linha de pensamento destaca-se em Nelson Nery Junior (2004, p. 38).

⁴⁸ Esclarece José Joaquim Gomes Canotilho que “Qualquer constituição possui um núcleo de identidade aberto ao desenvolvimento constitucional. Entendemos por núcleo de identidade o conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional. Desenvolvimento constitucional significa o conjunto de formas de evolução da constituição [nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas]. A articulação de identidade com desenvolvimento constitucional leva-nos ao conceito de identidade reflexiva que significa a capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e aos cidadãos.” (2001, p. XVIII).

Daí o risco de, por exemplo, se “colocar em xeque” a coisa julgada – aqui entendida como núcleo de identidade da Constituição e exigência constitucional mínima –, para revisá-la em favor das “ilhas de particularismos”, dentre as quais está a Administração Pública.

Outro relevante aspecto do direito fundamental à coisa julgada, positivado na Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI, refere-se ao significado da expressão “*a lei não prejudicará*”. Leitura descompromissada com o paradigma constitucional vigente poderia conduzir à equivocada interpretação dessa norma, como mera regra atinente à irretroatividade das leis⁴⁹, excluindo, portanto, o alcance do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal⁵⁰.

Isso significa interpretá-la no sentido de que a ordem constitucional apenas proíbe a retroatividade de possível norma tendente a abolir a coisa julgada do ordenamento, mas não proíbe a edição de norma que venha aboli-la, desde que não alcance as decisões cobertas pela coisa julgada anteriormente à sua vigência⁵¹.

Na linha das idéias já expostas, a coisa julgada, no ordenamento brasileiro, compõe o rol dos direitos fundamentais. Nas palavras de Leonardo Greco, “[...] a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como

⁴⁹ Esclarece José Carlos de Matos Peixoto: “Mas a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade. Desse ponto de vista distinguem-se, em direito civil, três graus de retroatividade: máxima, média e mínima. Dá-se retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova ofende a coisa julgada [sentença irrecorrível] ou os atos jurídicos consumados. [...] A retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas não cumpridas antes da sua vigência. [...] Enfim, a retroatividade é mínima [também chamada temperada ou mitigada], quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.” (1960, p. 231 e 232).

⁵⁰ Declina José Carlos Barbosa Moreira: “A exemplo de suas antecessoras, estabelece a Carta de 1988 que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ [art. 5º, XXXVI]. Leitura superficial desse texto verá nele simples regra de direito intertemporal: aí se consagra limitação tradicional à retroeficácia da lei. Todavia, por sob o singelo enunciado, palpita realidade bem mais rica. Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I [Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos] do Título I [Dos Direitos e Garantias Fundamentais]. Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, fine. Destinatários da garantia são, naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada e os terceiros eventualmente sujeitos a ela, mas não só esses: a garantia não é apenas individual, senão também coletiva. Protege-se igualmente a coletividade. Segundo já se registrou [supra, n.4], esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária [rectius: do aparelho estatal in genere]. Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.” (2005, p.14 e 15).

⁵¹ Eduardo Talamini acrescenta: “Assim, fica definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI do art. 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis. Ainda que não mediante fórmula explícita, o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada. E, revestindo-se de tal condição, a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição nem sequer mediante emenda constitucional [CF, art. 60, § 4º, IV].” (2005, p. 51).

instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º, da Constituição de 1988” (2004, p. 149)⁵², assim reconhecido, inclusive, pela Corte Européia de Direitos Humanos conforme notícia o referido autor (2004, p. 150)⁵³.

Sintetiza-se, pois, que a coisa julgada, no ordenamento brasileiro, contém status de direito fundamental, de caráter principal e conteúdo político, resultando, de sua tutela constitucional e natureza normativa, deveres dirigidos aos poderes instituídos e aos particulares no sentido de excluir a possibilidade de uma decisão contrária àquela já julgada e de impor o conteúdo daquela decisão a todas futuras decisões que a pressuponham⁵⁴, estabelecendo-se tais premissas como referencial teórico desta dissertação.

1.4.4 Revisão da coisa julgada pelo Código de Processo Civil, artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único

Consagra-se no contexto do desenvolvimento constitucional referente ao direito fundamental à coisa julgada, a reformulação do ordenamento experimentada pelo legislador pátrio, na qual se inserem as normas do Código de Processo Civil, artigo 741, parágrafo único, e artigo 475-L, § 1º, cujo precedente normativo fora a Medida Provisória n. 2.180-35 (2001).

Desde a edição da Medida Provisória n. 2.180-35 (2001), que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741, do Código de Processo Civil, foram publicados inúmeros artigos científicos confrontando o tema, inclusive, suscitando dúvida sobre a constitucionalidade formal e material da regra, mediante a propositura da ADI n. 2418-3 (2005), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁵² Leonardo Greco define a segurança jurídica como “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, [...]” (2004, p. 149).

⁵³ Notícia Leonardo Greco “Nesse sentido é a jurisprudência mais recente da Corte Européia de Direitos Humanos, que reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10/6/96; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14/12/99; e *Antonetto v. Itália*, julgado em 20/7/2000.” (2004, p. 150).

⁵⁴ Atribuem-se tais idéias ao processualista italiano Giuseppe Chiovenda (2002, p. 462).

Dado o antagonismo das posições doutrinárias, e, sobretudo, em decorrência da edição da Lei 11.232 (2005), que introduziu o art. 475-L, § 1º e reproduziu, agora por meio de lei, o conteúdo do parágrafo único ao art. 741 ao Código de Processo Civil, ambos objeto de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3740-1 (2006), encontra-se em aberto o debate, possibilitando-se e autorizando-se a expressão de novas contribuições, como se pretende com esta dissertação.

Propõe-se, com efeito, o seguinte questionamento: em que medida as regras dos artigos 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil se compatibilizam com o direito fundamental à coisa julgada material?

2 PROCESSO DE ELUCIDAÇÃO DA COISA JULGADA: A evolução da definição do conceito de coisa julgada

As definições se dão de várias formas, uma delas é a estipulativa. Luís Alberto Warat (1995, p. 59 e 60) enuncia que o processo de estipulação, mediante o qual é introduzido um termo no discurso científico, ou pelo qual se especifica mais exatamente o termo em uso, é chamado processo de elucidação⁵⁵.

No processo de elucidação da coisa julgada, como ocorre de forma habitual no estágio de arquitetura científica, distinguiram-se os critérios de uso dessa palavra remanescendo, atualmente, distintas definições no seio da dogmática pátria e estrangeira. Necessário, contudo, atribuir-se no presente contexto uma definição do conceito da coisa julgada que, não obstante as renúncias analíticas que o tema central impõe, contribua coerentemente com este trabalho e com as suas conclusões.

Adverte-se, também, que decorrem problemas do tema coisa julgada cuja incursão não se revela necessária para o desenvolvimento deste trabalho como, por exemplo: seus limites subjetivos e objetivos; sua eficácia preclusiva; seu regime em relação às demandas coletivas; sua incidência ou não em sentenças que pronunciam carência de ação, etc.

Com efeito, destina-se este capítulo à abordagem dos aspectos mais relevantes que contornaram a definição do conceito do instituto no decorrer de sua história, até a designação que será adotada nesta dissertação.

⁵⁵ Ressalta Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Quando essa estipulação, em vez de inovar totalmente [por exemplo, ‘ego’, ‘superego’, na psicanálise], escolhe um dos usos comuns, aperfeiçoando-o [norma como prescrição de um comportamento, dotada de sanção], então falamos em redefinição [Lantella, 1979:33]. As estipulações e as redefinições não podem ser julgadas pelo critério da verdade, mas por sua funcionalidade, o que depende, obviamente, dos objetivos de quem define.” (2003, p. 37).

2.1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO ADERIDO

2.1.1 Coisa julgada no direito romano e medieval

O rótulo *res* designava, no direito romano, conforme noticia Jorge Salomão (1966, p. 11), a noção de *coisa* que, modernamente, pode ser traduzida como relação jurídica. Vigia naquele tempo um postulado segundo o qual não poderia repetir-se uma mesma ação. Se a *res* havia sido *deducta*, ou houvesse sido *iudicata*, aos sujeitos de direito era vedado reiterar a *intentio* derivada da mesma causa, entre as mesmas partes. Segundo Celso Neves (1971, p. 10), trata-se do brocardo *bis de eadem re ne sit actio*, cuja *interpretatio iuris civilis* relacionou à *litis contestatio*.

A *litis contestatio*⁵⁶, tanto no período das ações da lei, como no formulário, marcava o fim do procedimento *in iure*, isto é, perante o magistrado. No período formular, a *litis contestatio* consistia na comunicação das partes ao pretor de que haviam concordado com a fórmula entabulada pelo magistrado, estabelecendo-se entre ambas um vínculo que, dentre outros consecutórios, impunha a consumação da *actio*, impossibilitando-se, a partir desse momento, sua repetição.

A violação do *bis de eadem re ne sit actio* autorizava, no período das ações da lei, já na primeira fase do processo, ou seja, *in iure*, fosse a *actio* repelida. No período formulário, o conhecimento da repetição transferiu-se ao juiz que a examinava mediante a oposição de exceção: a *exceptio rei in iudicium deductae*, caso a primeira *actio* ainda não houvesse sido

⁵⁶ Sobre o tema destaca-se a explanação de Gaetano Sciascia e Alexandre Correia, segundo a qual “O processo *in iure*, perante o magistrado, quer no período das ações da lei, quer no rito per formulas, termina com a *litis contestatio*. A expressão deriva do fato de que a contestação da lide se praticava formalmente perante testemunhas. Interessa-nos a *litis contestatio* no processo formular. Tendo o pretor redigido a fórmula que cabia à espécie, as partes concordavam em apresentar-se ao juiz. A *litis contestatio* clássica consiste exatamente na comunicação por parte do autor e na aceitação por parte do réu da fórmula da ação. Os efeitos principais da *litis contestatio* são o de estabelecer um vínculo em virtude do qual as partes devem aceitar a sentença do juiz, e o de extinguir a antiga relação jurídica que deu lugar à lide. Mais particularmente, indicamos a seguir os efeitos da contestação da lide: [I] Com a *litis contestatio* consuma-se a ação, i.e., depois desse momento o autor não pode propor outra ação baseada na mesma relação jurídica geradora da lide. O princípio da consumação processual é indicado pelo brocardo: *bis de eadem re ne sit actio*; quer dizer que não pode haver repetição de ação acerca do mesmo objeto.” (1957, p. 103 e 104).

julgada, ou *exceptio rei iudicata*, na hipótese de já se ter realizado o julgamento da primeira *actio*, observa Celso Neves (1971, p. 14), denunciando, com efeito, o caráter público da coisa julgada, acrescenta o autor (1971, p. 44).

Quanto às conseqüências advindas da procedência daquelas exceções, esclarecem Gaetano Sciascia e Alexandre Correia que, “[...] em Roma [*iudicia legitima*], anula direta e imediatamente [*ipso iure*] a segunda ação; nas causas com os *peregrini* e fora de Roma [*iudicia império continentia*] a segunda ação ficava paralizada mediante a *exceptio rei iudicatae*, em virtude da qual o réu repelia o autor que tivesse intentado uma segunda ação com o mesmo objeto.” (1957, p. 104).

No contexto do direito romano, portanto, a coisa julgada significava a relação jurídica sobre a qual já houvesse sido proferido julgamento, e, como em sua fase primitiva não havia um sistema de recursos que propiciasse a reforma da decisão, a *res iudicata*, desde sua verificação, dispunha do atributo de imutabilidade. Por conseguinte, em termos atuais, a coisa julgada romana poderia ser definida como a decisão judicial imutável⁵⁷. Posteriormente, por meio das previsões de reexame dos julgados, propiciou-se discernir ontologicamente a sentença e a coisa julgada, que passou a designar mais propriamente a imutabilidade do caso julgado, adverte Celso Neves (1971, p. 45).

Durante o período no qual se desenvolveu o direito medieval, afirmou-se o caráter público da coisa julgada. Nos Livros do *Fuero Juzgo*, ou seja, do *Código Visigótico* ou *Liber Judicum*, manteve-se a orientação das leis romanas⁵⁸.

Na formação do direito comum, destacou-se a distinção realizada por Modestino entre a coisa julgada, sentença e interlocutória, observa Celso Neves (1971, p. 56). Concluiu o autor que a dogmática, a partir da definição por este elaborada, “atribuiu à expressão duplo significado, ora referente à lide terminada pela sentença de juiz competente, ora relacionada à sentença

⁵⁷ O Ministro Moreira Alves assim a definiu no Recurso extraordinário n. 144.996: “A coisa julgada a que se refere o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna é, como conceitua o § 3º, do artigo 6º, da Lei de Introdução do Código Civil, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa.” (1997).

⁵⁸ Por todos ver Jorge Salomão (1966, p. 38).

que se fez firme pelo decurso do prazo para apelação, assinalando a diferença que há entre sentença e coisa julgada através da relação de *causa e efeito*.” (1971, p. 56 e 60).

Dessa noção, emana a máxima segundo a qual apenas as sentenças de mérito - aquelas que decidem a lide - são cobertas pelo atributo da coisa julgada. Assim, iniciou-se a preparação do caminho que, doravante, resultou na distinção entre sentença, trânsito em julgado e autoridade da coisa julgada.

2.1.2 Contribuição de Savigny para o direito moderno

Quanto ao direito moderno fora relevante a contribuição de Savigny. Para este autor, a solução da lide oferecida pela sentença deve ser uniforme. Entretanto, colocada em dúvida sua justiça, poder-se-ia submetê-la a novo exame cuja confirmação (da injustiça) possibilitaria sua substituição por nova sentença. Isto significa que a uniformidade da decisão, em Savigny, não se confunde com sua imutabilidade.

Pondera Savigny, entretanto, que em relação à segunda sentença também poder-se-ia colocar em dúvida sua justiça, reiterando-se sucessivamente a substituição de uma sentença por outra, defluindo, desta circunstância, dois riscos: um, de se imunizar dada sentença eivada de vício de julgamento; outro, de se eternizarem incertezas, incumbindo à determinada decisão de cunho político a opção por um destes riscos.

Ao longo da história da humanidade, adverte Savigny, prevaleceu a opção de se assumir o risco da imunização de hipotética injustiça, preservando-se a possibilidade de conferir maior grau de certeza ao direito, resultando, desta opção, a coisa julgada, definida pelo autor como “um instituto designado como *força legal* que outra coisa não é senão a *ficção da verdade*, [...]”, esclarece Celso Neves (1971, p. 108).

Savigny fora também responsável pela reformulação da *exceptio rei iudicatae*, no sentido de que a coisa julgada detinha um vetor negativo, consistente no impedimento de se reiterar uma ação anteriormente julgada, amparado pela exceção oposta pelo réu - e, neste sentido, havia

prevalecido a abordagem dogmática sobre o instituto -, mas detinha, igualmente, um vetor positivo, decorrente do conteúdo da sentença e sua imutabilidade, que assegurava ao autor deste se valer em futuras decisões⁵⁹.

Nessa linha de idéias, é possível afirmar que as noções sobre a coisa julgada e imutabilidade do conteúdo da decisão passaram a se sofisticar. E a contribuição de Savigny fora decisiva.

2.1.3 Contribuições da dogmática italiana

Quanto à concepção da coisa julgada, entretanto, não houve e não há ainda consenso entre os cultores que se dedicaram ao assunto. No decorrer das explicações, tem-se a impressão de que parte da controvérsia decorre das distintas premissas das quais partiram. Seus expositores propuseram-se a responder diferentes perguntas sobre o que venha ser a coisa julgada.

Reitera-se, neste momento, a advertência anterior quanto à renúncia que neste trabalho se fez sobre o exaurimento da abordagem histórica sobre o tema da coisa julgada. Apenas serão consignadas as idéias centrais e seus respectivos autores, com o objetivo de fundamentar em seguras bases a definição do conceito ora aderida.

A primeira formulação a ser externada nesta dissertação tributa-se ao doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda e tem como obra base *As Instituições de Direito Processual Civil* cuja primeira edição data de 1935. No prefácio desta obra, o autor mencionou tratar-se, fundamentalmente, de uma nova edição dos *Principii*, este concebido em 1906.

Chiovenda inicia sua exposição pontuando que o *bem da vida, o qual fora* deduzido pelo autor em uma determinada ação, após o seu julgamento, ou lhe é deferido ou lhe é denegado, e converte-se em coisa julgada mediante a vontade concreta de lei revelada pela sentença.

⁵⁹ “Procurou-se, por isso, reformular o instituto da *exceptio rei iudicatae*, de molde a assegurar a cada decisão do juiz a sua indubitável eficácia para o futuro, fundando-o não mais na simples existência da sentença, mas no seu conteúdo, concebendo-se – para assegurá-lo em cada lide futura – uma *replicatio rei iudicatae*. O princípio jurídico posto à base do instituto passa a exprimir-se pela seguinte fórmula: uma sentença posterior não deve contradizer o conteúdo de uma sentença já pronunciada.”, declina Celso Neves (1971, p. 110).

Giuseppe concluiu, assim, que “Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o *bem* julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz;” (2002, p. 447).

Chiovenda prossegue afirmando que o bem julgado torna-se incontestável e esta incontestabilidade seria a *autoridade da coisa julgada*, cuja justificação pelos romanos consistia na sua utilidade social, na segurança que oferecia ao gozo dos bens. Esclarece o autor, no entanto, que essa concepção fora contraposta na evolução dogmática que passou a atribuir relevância maior ao elemento lógico do processo, vislumbrou-se neste “[...] acima de tudo, questões a resolver e na sentença, antes de tudo, uma definição de questões [...]” (2002, p. 448), resultando novas explicações como a de que a coisa julgada consistia em um contrato entre as partes para aceitação da sentença, ou, ainda, de que consistia em uma verdade presumida atribuída à palavra do julgador.

A tese de ficção da verdade construída por Savigny fora justamente uma reação à noção de verdade presumida, construção que retomou a justificação romana sobre coisa julgada.

Chiovenda, então, formulou sua própria definição do conceito de coisa julgada e esclareceu que o instituto não se verte para a verdade dos fatos, mas para a existência de uma vontade da lei em dado caso concreto: “A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado.” (2002, p. 449).

No que concerne à imutabilidade imanente à noção de coisa julgada, o autor afirma tratar-se de uma eficácia própria da sentença justificada pela segurança da vida social e conclui que “A eficácia ou a autoridade da coisa julgada, é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.” (2002, p. 452).

Muito embora não tenha Chiovenda alinhado suas idéias especificamente para o campo da distinção entre efeitos e eficácia da sentença e sua relação com o fenômeno da coisa julgada, há em sua obra uma manifestação da qual se extrai a percepção do autor sobre a diferença

daquelas expressões, ao afirmar que as partes podem renunciar aos efeitos do julgado, mas não o poderiam pretender quanto à relação jurídica já decidida (2002, p. 463).

Particular importância para esta dissertação resulta da afirmação de Chiovenda sobre a interpretação realizada pelo julgador sobre os fatos ou a lei, e a irrelevância desse *prius* para a imutabilidade que a coisa julgada encerra. O autor destaca que “A coisa julgada resiste, ainda quando fundada numa interpretação da lei diferente da imposta pela lei interpretativa, porque, uma vez reconhecido ou desconhecido pelo juiz o bem da vida, este resultado deve permanecer intacto para sempre, [...]” (2002, p. 460).

Ugo Rocco, na Itália de 1917, também discorreu sobre o instituto contribuindo pessoalmente com a tese de que a coisa julgada consiste em causa extintiva ou de modificação do direito de ação. A emancipação da coisa julgada exonera o Estado da obrigação de prestar a jurisdição e, com isto, extingue o direito de ação que, por tal razão, não pode reviver (1917, p. 395).

Sobre a autoridade da coisa julgada, declinou tratar-se de uma eficácia ou força obrigatória da coisa julgada que, de um lado, apresenta-se como uma obrigação do cidadão de não reiterar a pretensão da atividade jurisdicional de conhecimento, correspondendo ao direito subjetivo do Estado de não prestar a atividade jurisdicional, e, de outro lado, apresenta-se como uma obrigação do Estado de não exercer a atividade jurisdicional, correspondendo ao direito subjetivo do cidadão de não se submeter ao exercício desta atividade do Estado (1917, p. 404).

Rocco sintetiza suas idéias afirmando que a coisa julgada constitui-se efeito de direito processual decorrente do fenômeno processual de extinção do direito de ação e da obrigação de prestação jurisdicional, e, além de produzir efeitos processuais (autoridade da coisa julgada), produz efeitos substanciais consistentes da fixidez e estabilidade do direito. O autor conclui, desta forma, que a coisa julgada é causa próxima ou direta da autoridade da coisa julgada, é causa remota ou indireta da estabilidade do direito (1917, p. 439).

Francesco Carnelutti contribuiu com o tema, discernindo em sua obra *Instituições do Processo Civil* editada em 1941 a imperatividade da sentença, ou a sua eficácia, que para si consistia a

coisa julgada material, da imutabilidade, correspondente à coisa julgada formal. Em outras palavras, declina o autor que a coisa julgada formal opera como condição suspensiva da coisa julgada material que, pelo autor, consiste na imperatividade do juízo. Acrescenta, ainda, sobre a eficácia da coisa julgada, afirmando tratar-se do julgamento pelo juiz que faz lei no caso concreto (1997, p. 138): uma lei especial.

Essa construção teve o mérito de se conceber a coisa julgada material como antecedente à coisa julgada formal e serviu de base para as idéias empreendidas por Liebman – doravante expostas.

Carnelutti observou, também, partindo do conceito segundo o qual consiste a coisa julgada de fundo o julgamento do mérito⁶⁰ - da lide -, que não haveria razão para limitá-la ao processo de conhecimento, pois, se o juiz formula um juízo de fundo em sede voluntária ou em sede cautelar, impõe-se ao juízo o conceito de coisa julgada (1997, p. 137).

Piero Calamandrei na obra Instituições de Direito Processual Civil, em 1949, registrou suas idéias sobre a coisa julgada destacando-se sua afirmação de que o instituto não cria nem presunção nem ficção de verdade; cria a irrevogabilidade jurídica do “mandado”, sendo, pois, alheia às premissas de verdade ou de verossimilhança que conduziram o sentido do julgamento (1996, p. 321).

Verifica-se outra contribuição, em Mario Vellani, que pontuou marcar-se a declaração de certeza contida na sentença coberta pela coisa julgada por um novo título de regulação da relação substancial (1963, p. 118).

No ano de 1935, duas contribuições essenciais ao tema exsurgiram na Itália. Trata-se dos trabalhos de Enrico Allorio e de Enrico Tullio Liebman. Allorio apresentou-se primeiramente, e, muito embora conhecesse a teoria de Liebman, ressaltou em nota de rodapé que seu artigo encontrava-se inteiramente composto quando lançado o livro por Liebman, reservando-se a comentá-lo em momento posterior (1935, p. 252).

⁶⁰ No Brasil, o CPC de 1939 previa, no art. 288, a não incidência da coisa julgada nas sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária, preventivos e preparatórios, bem como nos de desquite. Esta regra não fora recepcionada pelo CPC de 1973.

Allorio focalizou suas observações sobre a índole da coisa julgada, sobre tratar-se de instituto processual ou substancial, e definiu seu conceito afirmando constituir-se de eficácia normativa do acerto judicial. Seu ponto de partida foi a dicotomia existente na dogmática quanto ao escopo do processo: a composição da lide pela sentença ou a atuação do direito objetivo pela sentença.

Concluiu, então, o autor que a destinação do processo é a definição da lide. A atuação do direito consiste apenas no meio e limite para se atingir esse objetivo. Pontuou que, se a sentença põe termo a uma lide, trata-se de comando com efeito de direito substancial (1935, p. 225). A coisa julgada consiste em uma propriedade comum a todas as sentenças, justas ou injustas, aderindo, portanto, ostensivamente à teoria substancial da coisa julgada.

A tese de Liebman revolucionou a abordagem sobre o instituto da coisa julgada e, desde a apresentação do tema em seu livro *Efficacia e Autorità della Sentenza*, foi ressaltado que as doutrinas que lhe antecederam consideraram a coisa julgada “[...] mais ou menos clara e explicitamente, como *um dos efeitos* da sentença, ou como a sua *eficácia* específica, entendida ela, quer como complexo das conseqüências que a lei faz derivar da sentença quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita.” (2006, p. 3).

A base de construção da tese de Liebman repousa na negação de que coisa julgada seja efeito da sentença. Conforme ressaltado pelo autor, procedeu-se, desde os estudos desenvolvidos na Alemanha por Adolf Wach, em 1885, à classificação das ações justamente em função dos seus possíveis efeitos, tais como: declaratórios, constitutivos e condenatórios. Em razão disso, Liebman questionou o seguinte : “[...] se se define a coisa julgada como um efeito da sentença, quais são as relações dela com a variedade de efeitos que as sentenças produzem, segundo pertençam a uma ou a outra categorias mencionadas?” (2006, p. 8).

Esse questionamento resultou do pensamento dogmático presente à época do autor, pensamento este ostensivo em alguns autores, como Carnelutti na Itália e Hellwig na Alemanha, e inostensivo em outros, como Chiovenda, o qual, não obstante se opor àquele

pensamento, definia o conceito de coisa julgada de forma a deduzir-se que esta se vinculava ao efeito declarativo da sentença. Liebman discordava dessa máxima, inferindo que, se assim o fosse, os demais efeitos ou restariam desprovidos da imutabilidade, ou necessitar-se-ia ampliar a própria definição de coisa julgada para cobri-los.

Registrou o autor que havia um erro lógico na construção precitada - o de se considerar a coisa julgada como efeito da sentença - e, por conseguinte, como eficácia declaratória da própria sentença, pois, se por coisa julgada entendia-se a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, tal ente não poderia se colocar no mesmo plano dos efeitos dessa sentença, declinando, assim, que “Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável.” (2006, p. 23).

Peremptoriamente, afirmou Liebman que os efeitos hipotéticos de dada sentença podem se produzir independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que tal circunstância desnature sua essência. O autor concluiu, desta forma, que “A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças. Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.” (2006, p. 23).

Dessa premissa, inferiu Liebman que coisa julgada não é efeito da sentença, mas o modo de se manifestarem os efeitos, uma qualidade destes. E prossegue, aduzindo que a sentença vale como um *comando* que identifica como *eficácia*, como aptidão para produzir efeitos (2006, p. 50). A autoridade da coisa julgada atua sobre o comando ou sobre a eficácia da sentença no sentido de lhe conferir intangibilidade.

Em passagem manifestamente pertinente ao tema, declina Liebman que uma lei nova pode referir-se e aplicar-se às relações jurídicas já submetidas a julgamento, e “isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada [...]” (2006, p. 52).

A coerência das idéias de Liebman não o imunizou de críticas, dentre as quais se destaca a de Allorio que, essencialmente, cogitou que se por coisa julgada há de se entender a imutabilidade dos efeitos da sentença, dependeria essa do sujeito para o qual dirigir-se-ia tal imutabilidade - se para o julgador ou para as partes - pois, embora não possa o juiz modificar as situações submetidas ao seu julgamento, o mesmo raciocínio não poderia ser aplicado em relação às partes, que poderiam dispor dos efeitos da decisão, concluindo, então, que imutável não seriam os efeitos da sentença, mas o seu conteúdo. Logo, a teoria de Liebman teria o inconveniente de confundir a coisa julgada formal, que é a imutabilidade, com a coisa julgada material.

2.1.4 Contribuições da dogmática alemã

A doutrina alemã, na linha das idéias esposadas inicialmente por Konrad Hellwig e posteriormente sustentada por James Goldschmidt, concebe – e o verbo está sendo usado neste tempo porque ainda prevalece na dogmática contemporânea - a coisa julgada como eficácia da sentença, propriamente a eficácia declaratória. Nesta linha de pensamento, verte-se a teoria de Chiovenda acima delineada, bem como a de Pontes de Miranda e Celso Neves que abaixo serão abordadas.

Afirma James Goldschmidt que “[...] seu objetivo é a declaração de que o alegado no fundamento da demanda ou da reconvenção tem ou não a consequência jurídica pretendida naquela ou nesta pelo autor ou o autor por reconvenção, segundo a individualização jurídica dada à alegação pelo juiz.” (2003, p. 451).

2.1.5 Contribuições da dogmática brasileira

Na dogmática pátria, nove anos após a formulação de Chiovenda, Manuel Aureliano Gusmão concebeu a coisa julgada como expressão da verdade⁶¹, tomando-a no sentido de que “[...] Em

⁶¹ Enuncia Manoel Aureliano Gusmão que “O instituto da coisa julgada, que promana da tradicional e vetusta regra [VETUS PROVERBIUM] já fixada pelos Romanos anteriormente à lei das doze taboas – ‘DE EADEM RE NE SIT ACTIO’- tem, como o instituto da prescrição, o seu fundamento na ordem pública, cuja

sua acepção tecnica, porém, - RES JUDICATA – era o proprio direito reconhecido e fixado pela sentença; e, tomada nesse sentido, foi que aquella expressão passou para a doutrina até hoje vigente e para todas as legislações filiadas ao Direito Romano.” (1914, p. 7).

Outra expressiva formulação da incipiente dogmática brasileira sobre o tema decorre da obra de Guilherme Estellita. Para este autor, “Na coisa julgada o que sobreleva a tudo mais e lhe constitue a essencia mesma, é a autoridade, é a força, é a efficacia attribuida à decisão judicial. A inadmissibilidade de recursos é apenas um requisito à aquisição daquelle poder.” (1936, p. 9).

Quanto à justificação do fenômeno, Estellita declina que “[...] póde ser procurada sob dois aspectos diversos, embora entre si relacionados, o social e o juridico. [...] Sob o aspecto social, ver-se-á na coisa julgada uma providencia de politica juridica; sob o aspecto juridico, a immutabilidade e a obrigatoriedade das decisões judiciais.”(1936, p. 13).

A coisa julgada, na doutrina do direito brasileiro, informa-nos Guilherme Estellita, foi considerada, inicialmente, como presunção legal absoluta, noção empregada pelo Regimento 737, artigo 185. Fora João Monteiro ⁶² que repudiou esse conceito, afirmando tratar-se o instituto de uma criação da lei, tendo, todavia, abandonado tal idéia na elaboração do Código de Processo Civil de São Paulo e aderido à concepção da presunção legal, artigo 237.

Outras contribuições relevantes foram observadas nas obras de Jorge Salomão e de Celso Neves. Salomão enfatizou o instituto em relação às ações de estado e sua relatividade. Quanto a Celso Neves, este exauriu o enfoque histórico sobre a coisa julgada, definindo seu

manutenção requer que não se perpetuem a incerteza e a instabilidade das relações de direito. A insegurança dos direitos seria a implantação da anarchia, a completa desorganização da vida social. Para fugir a esse mal, tem-se reconhecido, em todos os tempos e em todos os povos, ser imprescindível se estabelecer na lei e se assegurar, de modo positivo e irragavel, que as decisões e sentenças proferidas pelos juizes e tribunaes, nos processos que lhes são submetidos, sejam recebidas e acatadas pelas partes contendoras como sendo a expressão da verdade, dando-se-lhe fiel e inteiro cumprimento, e que não possam ser indefinidamente renovadas as questões e demandas já uma vez decididas de modo definitivo. É do supremo interesse da ordem social que se garanta, pela efficaz applicação do principio da autoridade da coisa julgada, a certeza da estabilidade das relações da vida juridica, condição essencial da propria existencia dos estados e das nações.” (1914, p. 4 e 5).

⁶² Ver a síntese das idéias do autor referido em João Monteiro (1936, p. 745).

conceito como sendo um efeito da sentença que torna imutável o conteúdo declaratório da decisão judicial (1971, p. 443).

Pedro Batista Martins recepcionou a construção de Liebman, da seguinte maneira: identificou a coisa julgada como uma qualidade que se acrescenta ao comando e aos efeitos da sentença; destacou em seus comentários ao Código de Processo Civil de 1939 que a coisa julgada consiste em um “postulado de ordem política, sem o qual não haveria segurança nas relações sociais [...]” (1942, p. 307), extraíndo, desta assertiva, a consequência prática de vincular os demais órgãos do Estado.

Jorge Americano definiu o conceito de coisa julgada como “identificação entre o julgamento e a vontade da lei, expressa em caso concreto, por controvérsia entre partes.” (1958, p. 447).

Em Pontes de Miranda, a construção do pensamento exige preliminarmente breve elucidação de conceitos. Pontes declina que a classificação das sentenças resulta de sua força, isto é, de sua eficácia preponderante que poderá ser declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva (1998, p. 132). Além da força, as sentenças também dispõem de efeitos, sendo este binômio *força* e *efeito* duas classes de eficácia (1998, p. 174).

Eficácia, por sua vez, é a propriedade de ter força e efeitos (1998, p. 171) e concerne tanto ao processo quanto à demanda; à relação jurídica; ao conteúdo da sentença; aos efeitos anexos ou reflexos da decisão; à sentença como ato jurídico; e à sentença como fato (1974, p. 122).

Uma dessas eficácias, que o autor ora aponta como efeito e ora como força (1998, p. 176), e adverte que no Código de Processo Civil a palavra *efeitos* abrange os dois conceitos (1974, p. 122), trata-se da coisa julgada material, que corresponde ao elemento declarativo presente em todas as sentenças. Ressalta, ainda, que a força e o efeito de coisa julgada material não se confundem com as outras forças e efeitos da sentença. Esclarece que a coisa julgada material é dependente do trânsito em julgado, e não apenas da sentença (1974, p. 126).

No que diz respeito ao pensamento de Liebman, este pontuou que a recusa em considerar a coisa julgada uma eficácia da sentença consiste em erro, pois eleva a importância do fator

tempo e nega “[...] o caráter de força ou de efeito ao que não é força ou efeito *contemporâneo* à publicação da sentença.” (1998, p. 178).

Acrescenta, inclusive, que a função declarativa da sentença constitui condição *sine qua non* da coisa julgada material - mas há julgamentos declarativos que não produzem coisa julgada. Não há, portanto, identidade entre tais forças. Erro no qual alega o autor ter incidido Konrad Hellwig. Há, apenas, uma relação de causação. Conclui o autor, então, que a força declarativa ou efeito declarativo *mais* indiscutibilidade equivaleria à força ou efeito de coisa julgada material (1998, p. 177).

Ainda sobre a teorização de Liebman, aduz o Pontes de Miranda que a existência de elemento declarativo, anteriormente ao trânsito em julgado, não implica necessariamente na distinção entre coisa julgada e o elemento declarativo, e exemplifica: “A água é outra coisa que o hidrogênio, porém não essencialmente diferente: o hidrogênio *é*, e *está* na água, como elemento declarativo *é*, e *está*, na coisa julgada material.” (1998, p. 195). Quanto à teoria substancial ou processual da coisa julgada, prestigia o autor a processual.

Para Frederico Marques, “A coisa julgada é qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente.” (1985, p.237).

Seguindo as noções sobre a coisa julgada, antes defendidas por Chiovenda, bem como em expressa referência ao artigo 468, do Código de Processo Civil, Frederico Marques acentua que a ordem jurídica se projeta no pronunciamento jurisdicional com a força e a autoridade de lei especial para regular definitivamente dado caso concreto (1985, p.237). Declina o autor que “Trata-se de exigência da ordem pública e do bem comum, a fim de que a tutela jurisdicional entregue se torne estável, segura e de absoluta indeclinabilidade. Tem, por isso, a *res iudicata*, fundamento precipuamente político.” (1985, p. 237).

Em Moacyr Amaral Santos, a coisa julgada vem definida como “O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi proferida, pela *imutabilidade* dos seus efeitos.” (1983, p. 44). Seu fundamento político consiste na realização de justiça, mediante a

atuação da vontade concreta da lei. “A procura de justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por uma exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual não se possa argüir a injustiça da sentença, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.” (1983, p. 45). Esta seria a razão de ordem prática, de exigência social, portanto, o fundamento político da coisa julgada.

José Carlos Barbosa Moreira aderiu parcialmente à construção de Liebman, no sentido de diferenciar a autoridade da coisa julgada da eficácia da decisão, e, por conseguinte, do seu efeito declaratório, fixando-se apenas na imutabilidade para, desta, extrair a definição do conceito de coisa julgada (1971, p. 138).

Entretanto, Barbosa Moreira dirigiu uma crítica bem específica à teoria de Liebman, na linha das observações anteriormente lançadas por Allorio. Declinou que apenas o conteúdo da sentença restaria imunizado pela autoridade da coisa julgada, abstraindo, portanto, seus efeitos do âmbito de imutabilidade. Acrescenta o autor que “Não há confundir *res iudicata* com *auctoritas rei iudicatae*. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença trânsita em julgado, nem com o particular atributo [imutabilidade] de que ela se reveste, mas com a *situação jurídica* em que passa a existir após o trânsito em julgado.” (1971, p. 146).

Afirma, do mesmo modo, que a coisa julgada, situação jurídica, portanto, também manifesta uma eficácia própria, que não se confunde com a eficácia da sentença, e poderá restringir-se ao processo no qual foi proferida, na hipótese de coisa julgada formal, ou poderá estender-se a futuros processos, na hipótese de coisa julgada material (1961, p. 16 e 17).

Outra formulação encontra-se em Ovídio B. da Silva que, na linha das idéias esposadas por Pontes de Miranda, afirma recair a imutabilidade sobre o efeito declaratório de uma sentença (2005, p. 467). Em outras palavras, para o autor, as partes não dispõem da declaração emanada do comando decisório (2003, p. 81), diferindo, neste ponto, da definição acima transcrita elaborada por José Carlos Barbosa Moreira para quem podem as partes dispor de todos os efeitos da sentença, inclusive do declaratório. O que não podem as partes é pretender do Poder Jurisdicional um novo comando sobre a declaração emitida.

Cândido Rangel Dinamarco alinha-se ao pensamento de Liebman, declinando que as críticas que lhe foram dirigidas no que diz respeito aos efeitos, ou melhor, à não imunização dos efeitos da sentença pela coisa julgada, seriam injustas na medida em que a coisa julgada impede que as partes neguem a existência do que foi decidido, embora possam, tratando-se de direitos disponíveis, ajustar direitos e obrigações de forma diferente daquela estabelecida pela decisão (2004a, p. 302).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart pontuam que seria incorreta a classificação binária da coisa julgada, em formal e material. Conectam a noção de coisa julgada formal, identificada como imutabilidade da sentença de mérito na mesma relação processual, à de preclusão, e concluem existir apenas a coisa julgada material (2003, p. 659) e a definem como “[...] imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional.” (2003, p. 659).

Daniel Mitidiero (2004, p. 198), seguindo doutrina que lhe antecedeu em Pontes de Miranda, também distingue duas classes de eficácia da sentença: sua força (que lhe é intrínseca) e seus efeitos (que lhes são extrínsecos). Conclui, assim, tratar-se a coisa julgada de indiscutibilidade, ou seja, de contestações juridicamente relevantes, cuja incidência se opera sobre a força da sentença.

Mais recentemente, Eduardo Talamini concebeu a coisa julgada como um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença. Declina que, com o trânsito em julgado, “constitui-se uma situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença” (2005, p. 45), e desta “eficácia constitutiva anexa” é que se opera a “qualidade consistente na imutabilidade do *decisum*.” (2005, p. 45). E conclui Talamini que por coisa julgada dever-se-ia compreender não um efeito da sentença, mas um efeito do trânsito em julgado.

2.2 COISA JULGADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A mais remota fonte do ordenamento brasileiro, as Ordenações Afonsinas, em seu Livro III, Título LXVII, dispunham que proferida sentença definitiva não poderia ser “mais revogada, pois o Juiz deu per ella fim a todo o seu juizo.” (1984, p. 247). As Ordenações Manuelinas, no Livro III, Título LXVIII, faziam remissão à expressão coisa julgada prevendo que após a apelação “passará a tal sentença em cousa julgada” (1984, p.249). Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXV, reiteraram-se as previsões que lhe antecederam (1985, p. 667).

A presença do instituto marcou-se igualmente no Regulamento 737, de 1850, artigo 185⁶³, na Consolidação das Leis do Processo Civil, de Antônio Joaquim Ribas, com força de lei a partir da Resolução Imperial de 1876, no artigo 497, § 2º⁶⁴, no Código Civil de 1916⁶⁵ e na Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942⁶⁶.

O Código de Processo Civil de 1939 previa, em seu artigo 287, cujo teor consignava “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.”, a autoridade da coisa julgada, embora não definisse seu conceito. A inferência resulta do artigo 288 com o seguinte enunciado “Não terão efeito de

⁶³ Conforme Eduardo Talamini, o artigo 185, do Regulamento 737, de 1850, acentuava o caráter de presunção legal absoluta decorrente da noção de coisa julgada (2005, p. 269).

⁶⁴ Continha o art. 497, § 2º, o seguinte teor: “São efeitos da sentença definitiva: § 2º - Fazer certo o direito entre as partes.”. Antônio Joaquim Ribas, com o auxílio de seu filho Julio A. Ribas, procedeu ao comentário da regra aduzindo que “Todo o processo tem origem as asseverações e pretensões [sic] contradictorias das partes. Ao juiz incumbe fazer cessar essa controvérsia declarando qual a parte que tem por si o direito, e tornar effectiva a sua decisão, ainda contra vontade da parte vencida. Mas, o juiz póde dar uma decisão injusta, quer por erro na apreciação da regra de direito ou das provas, quer por prevaricação, peita ou suborno. O que cumpre fazer-se em casos taes? Subjeitar a questão a novo processo, ou tornar irretratável a decisão do juiz? Qualquer dos alvires traz graves inconvenientes. O primeiro produzirá como consequência a incerteza perpetua dos direitos; pois que cada decisão estaria sujeita a ser reformada por outra decisão contraria. O segundo faria que se tornasse irrevogável uma decisão injusta, e que a força da auctoridade publica se pozesse [sic] em serviço da injustiça, para oprimir a justiça. Entre estes dous males a experiência dos séculos tem preferido o segundo que, aliás, se procura attenuar por meio dos recursos, e dos diferentes graos de jurisdição. Foi assim que se estabeleceu a auctoridade da cousa julgada, ou a ficção da verdade que protege as sentenças passadas em julgado, contra qualquer pretensão contrária.” (1879, p. 361 e 362).

⁶⁵ Como um dos efeitos da transação, art. 1030, nos seguintes termos: “A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”, conforme transcrição de Theotonio Negrão. (1997, p. 185).

⁶⁶ Contendo o § 3º, do art. 6º, o seguinte enunciado: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”, nos termos da reprodução realizada por Theotonio Negrão (1997, p. 24).

coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.”, que restringe o âmbito da regra antecedente mencionando a expressão coisa julgada.

No tocante ao Código de Processo Civil vigente, expressou-se na Exposição de Motivos do Projeto que a definição do conceito de coisa julgada pelo artigo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não se isentava de críticas, pontuando-se que no Código de Processo Civil, cujo projeto se apresentava à Câmara dos Deputados em agosto de 1972, perfilhou-se o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman (1974, p. 17).

Disponha o art. 471 do Projeto o seguinte teor: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (1974, p. 94).

O deputado Célio Borja, relator geral da comissão especial destinada a relatar o projeto do Código de Processo Civil, opinou pela supressão do artigo transcrito, justificando-se que mencionada norma pretendia a definição da coisa julgada, e que as definições legais decorreriam de relevância prática que não vislumbrada em relação à coisa julgada. Acrescentou, ainda, que a definição não reproduzia com fidelidade o pensamento de Liebman, já que este a considerava como qualidade da sentença e dos seus efeitos (1974, p. 373). A comissão especial, contudo, rejeitou a supressão pretendida emitindo parecer contrário.

Em decorrência disso, o teor do artigo 471 do Projeto fora mantido, modificando-se, apenas, a sua numeração - o artigo 471 passou a ser artigo 468 - Esta alteração foi submetida, posteriormente, ao Senado Federal.

O senador Nelson Carneiro, por sugestão do desembargador Luiz Antônio de Andrade, do Tribunal de Justiça da Guanabara, propôs a supressão do art. 468, utilizando-se das mesmas justificativas apresentadas pelo deputado Célio Borja, acrescentando-lhe que a proposta doutrinária de Liebman havia sido rejeitada por numerosos processualistas brasileiros (1974a, p. 1120). Igualmente, a proposta foi rejeitada.

O senador Benedito Ferreira, no entanto, propôs reforma à redação nos seguintes termos: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (1974a, p. 1121).

Em referência à sua justificativa, declinou o senador que “Modernamente, no entanto, resolveu-se pela eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença e não o seu efeito, na realidade mero reflexo do ato judicial.” (1974a, p. 1121).

A redação proposta pelo senador acabou sendo acolhida pelo Congresso Nacional, resultando na redação do artigo 467, do Código de Processo Civil.

Ainda que na Exposição de motivos do Código de Processo Civil tenha o autor do Projeto reiterado a afirmação de que se havia recepcionado a teoria de Liebman no código, atenta reflexão sobre a regra revela que esta mais se aproxima da definição elaborada por Chiovenda. José Carlos Barbosa Moreira observou este aspecto, afirmando tratar-se inclusive de uma antítese à tese Liebman (2004, p.48).

2.3 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA E SEUS PLANOS DE INCIDÊNCIA

As concepções alinhadas na seção precedente demonstram o quão difusa – ainda em tempos atuais – constitui-se a definição do conceito de coisa julgada⁶⁷. Há, porém, um ponto comum entre as explicações sobre o tema: a coisa julgada material refere-se a um tipo específico de

⁶⁷ Observa J.J. Calmon de Passos: “Os estudiosos tentaram oferecer justificção jurídica à coisa julgada e, nesse particular, as divergência têm sido acentuadas. Inúmeras teorias foram construídas e pode-se ter como certo que nenhuma delas conseguiu nem mesmo a maioria expressiva dos mestres do processo. Entre nós, de alguns anos para cá, por força das influências decisivas que teve sobre muitos dos nossos eminentes mestres do processo, a posição de Liebman mereceu prevalência, estando, de certo modo, consagrada no texto do atual CPC.” (1977, p. 35).

decisão, a sentença de mérito⁶⁸, que por sua vez é ato cuja competência exclusiva verte-se ao Poder Jurisdicional.

Consoante explicações anteriores, no direito romano a coisa julgada significava a relação jurídica sobre a qual já houvesse sido proferido julgamento, e, como em sua fase primitiva não havia um sistema de recursos que propiciasse a reforma da decisão, a *res iudicata*, desde a sua verificação, dispunha do atributo de imutabilidade. O uso comum da expressão coisa julgada para designar sua qualidade, ao invés de se utilizar corretamente o rótulo autoridade da coisa julgada, defluiu, portanto, de um contexto histórico.

Posteriormente, ainda que em função das previsões de reexame dos julgados, tenha se propiciado discernir ontologicamente a *sentença* da *autoridade* da coisa julgada, a sofisticação dogmática não foi capaz de elidir, em termos mais genéricos, a utilização do signo *coisa julgada* para comunicar simultaneamente o (i) *comando decisório*, (ii) *sua imutabilidade*, e, ainda, (iii) a *situação jurídica* advinda desta imutabilidade.

Antes de se expressar a definição do conceito de coisa julgada a que se adere neste trabalho, impõem-se breves esclarecimentos quanto à terminologia de alguns institutos que se conectam ao tema.

O primeiro deles se refere à sentença e seu conteúdo: “O conteúdo é algo que não pode faltar ao ato, sob pena de comprometer-lhe a existência.”, observa José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 175). Constitui-se a sentença de ato jurídico, artigo 162, § 1º, do Código de Processo Civil, todo ato jurídico, espécie que é de fato jurídico em sentido *lato*. Comporta, segundo Pontes de Miranda (1998, p. 22), distintos planos: de existência, de validade e de eficácia que exigem, respectivamente, a presença de elementos, requisitos e fatores.

⁶⁸ Embora o tema não comporte análise detida nesta investigação, ressalta-se que Cândido Rangel Dinamarco atenta para a hipótese das decisões parciais sobre questões de mérito, discorre o autor “Como já dito, não esteve nas cogitações do legislador de 1973 a ocorrência de decisões parciais sobre questões de mérito. Para ele, as decisões interlocutórias pronunciar-se-iam exclusivamente sobre pontos relacionados com a ação, os pressupostos processuais e, em geral, sobre os requisitos para o julgamento do mérito. Jamais, sobre o *meritum causae*. As sentenças, sim, é que serão de mérito ou terminativas conforme o caso [art. 162, § 1º]. Contrariando o alvitre e as previsões do legislador, contudo, *de fato* o juiz da causa decidiu interlocutoriamente uma questão de mérito. Essa decisão é viciada, mas existe, é interlocutória e é também, em virtude do conteúdo ostentado, *de mérito*. Ela é tanto uma decisão de mérito quanto a sentença que, entre outras questões, examina a da prescrição e a reconhece ou rejeita.” (2003a, p. 285).

No que diz respeito ao plano de existência,⁶⁹ para que o ato sentença exista, deverá preencher determinados *elementos de existência*, e, para, além de existir, valer, ou seja, para que exista validamente, exige-se que o ato sentença preencha *requisitos de validade*. Esse plano de validade, porém, constitui-se irrelevante para a definição do conceito de coisa julgada, razão pela qual se satisfaz com sua singela menção. Observa Pontes de Miranda que “A sentença, se existe, é *justa* ou *injusta*, *válida* ou *nula*.” (1970, p.156)

Mas, além de existir (e valer), para que a sentença seja eficaz, deverá reunir *fatores de eficácia*, símbolo lingüístico que, por si só, enseja que em breves linhas se esclareça o significado⁷⁰. Entende-se por eficácia a propriedade ou aptidão para produção de certos efeitos no mundo fenomênico. Deflui, comumente, dessa definição a relação entre a noção aristotélica sobre potência (*δυναμις*) e ato (*ενεργεια*), identificando-se a eficácia como potência e os efeitos como ato, conforme enuncia Eduardo José da Fonseca Costa (2005, p.208).

Os efeitos operam-se externamente à sentença, estão relacionados com o mundo fenomenológico, com a realidade. Por conseguinte, não integram o conteúdo da sentença e, com este, não se confundem. O que se manifesta, no bojo da sentença, desde que proferida, são os fatores de eficácia, que são bastante distintos dos efeitos.

Em outros termos, conforme esclarecimentos de José Carlos Barbosa Moreira: na semente se contém a aptidão para planta. Entretanto, semente (= eficácia) constitui-se de objeto distinto da planta (= efeitos). Esclarece, ainda, Barbosa Moreira: “Também quanto a esta se distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e vários efeitos que, nascendo dela, se manifestam fora, se projetam *ad extra*.” (1989, p.177).

⁶⁹ Pontes de Miranda aponta como inexistentes as seguintes sentenças: “[...] a) a sentença proveniente de autoridade pública não judiciária civil; b) a sentença que não foi publicada, nem consta, do jornal oficial, ou do jornal em que se costuma publicar o expediente do foro, ter sido publicada, nem foi proferida em audiência; c) a sentença publicada sem ser proferida em demanda civil a cuja instrução e debate imediatamente se ligue (*e.g.*, proferida ao mesmo tempo que pronúncia penal, ou a que se ditou em processo diferente daquele a que se destinavam as notas; é *ineficaz* no caso de impossibilidade física, lógica, jurídica e moral, no conteúdo da sentença, como a que manda cortar a terra pelo meio, ou atribuir o domínio a um cavalo, ou decreta a escravidão, ou permite o incesto ou o castigo a fogo, ou a venda de documentos secretos do Estado a país estrangeiro): d) a sentença *contra* pessoa que goze de exterritorialidade, etc.” (1970, p. 157)

⁷⁰ Sobre as significações do termo ver Eduardo José da Fonseca Costa (2005).

Em decorrência disso, é possível afirmar que a coisa julgada consiste em instituto distinto do conteúdo da sentença, distinto dos fatores de eficácia que a sentença, desde que proferida, dispõe. E, por fim, instituto distinto dos efeitos que decorrem da sentença e se projetam para o mundo fenomenológico.

Outro aspecto relevante para a definição do conceito de coisa julgada ora aderido diz respeito à sua classificação, como formal e material. Ressaltou-se, no início desta seção, que a coisa julgada refere-se a um ato específico do Poder Jurisdicional - a sentença. A circunstância de a sentença vir a decidir ou não o mérito da causa será determinante para que se emancipe apenas a coisa julgada formal, ou, além desta, se emancipe também a coisa julgada material.

Adota-se a classificação binária, não obstante o dissenso de parte da dogmática que não distingue a coisa julgada formal da preclusão⁷¹ e, por conseguinte, conclui haver apenas a coisa julgada material.

Justifica-se a adoção, não por razões ontológicas, pois a coisa julgada formal constitui-se de uma espécie de preclusão, consoante observação clássica de Chiovenda, na medida em que “[...] se verifica a preclusão definitiva das questões propostas [ou proponíveis] quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado [coisa julgada *em sentido formal*] é como essa sentença se denomina.” (2002, p. 450).

Em outras palavras, a coisa julgada formal, entendida como estabilidade da *relação jurídica processual* objeto de sentença, *concernente ao próprio processo na qual fora proferida*, trata-se da preclusão máxima. A respeito disto, conclui Marcelo Abelha Rodrigues: “[...] a relação jurídica processual finda fica estável, de modo que não é mais possível movimentá-la.” (2003, p. 339).

Justamente dessa estabilização endoprocessual da sentença decorre a afirmação de que a coisa julgada formal conduz à noção de preclusão, constituindo-se, pois, de uma modalidade deste instituto (= preclusão) e não de uma modalidade da coisa julgada. Entretanto, por tratar-se de

⁷¹ Entre os que não distinguem a coisa julgada formal da preclusão Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart (2003, p.659).

preclusão dotada de uma característica própria e incidente sobre um ato específico, autoriza-se a ciência, sem prejuízo, denominá-la de uma forma especial.

Infere-se, por essas razões, que a coisa julgada formal pode ser conceituada como instituto que confere estabilidade à *relação jurídica processual* objeto de sentença, *concernente ao próprio processo na qual foi proferida*. Diferentemente da coisa julgada material, cujo conceito será a seguir definido, a coisa julgada formal é comum a todas as sentenças⁷² e marca-se no tempo pelo trânsito em julgado, “Por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável a de imutável.”, sintetiza José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 145).

A coisa julgada material, por outro lado, emancipa-se apenas a partir de sentenças que decidem o mérito da causa, que decidem a relação jurídica *material* controvertida⁷³, conferindo estabilidade à relação jurídica material objeto do processo e ao quanto decidido desta relação material, distinguindo-se, também neste aspecto, da coisa julgada formal, cuja abrangência da estabilidade restringe-se à relação jurídica processual.

Sem embargo de preciosismo, adverte-se que, por vezes, o mérito poderá versar sobre questões de direito processual⁷⁴, como ocorre comumente nas ações rescisórias, nos embargos à execução baseada em título judicial, etc. Nesta linha, para designar o mérito da causa, preferível seria utilizar-se a expressão *direito substancial* em vez de *direito material*. Entretanto, por fidelidade aos símbolos lingüísticos manejados desde o início do trabalho, mantém-se o emprego da expressão *direito material* para designar o mérito da causa, advertindo-se que o mérito poderá versar também sobre matéria relativa ao plano do direito processual.

⁷² Diferentemente, propõem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart: “A ‘coisa julgada formal’ opera-se em relação a qualquer sentença, a partir do momento em que precluir o direito do interessado em impugná-la internamente à relação processual.” (2003, p.659).

⁷³ Galeno Lacerda, em 1953, defendeu a tese de que as decisões pertinentes às condições da ação, isto é, as denominadas sentenças de carência da ação dizem respeito à lide, e por esta razão inferiu tratar-se de sentença de mérito, sobre a qual deve incidir a coisa julgada material. (1990). Neste mesmo sentido enveredaram-se outros autores como José Carlos Barbosa Moreira (1967) e Adroaldo Furtado Fabrício (1990), entre outros.

⁷⁴ Esclarece José Roberto dos Santos Bedaque que “As situações fáticas, das quais são extraídas conseqüências jurídicas, podem estar previstas na legislação substancial ou processual.” (1991, p. 49).

Desta forma, enquanto a coisa julgada formal concerne a todas as sentenças – as que decidem e as que não decidem o mérito -, a coisa julgada material constitui-se de instituto relacionado exclusivamente às sentenças que decidem o mérito, ressalvada a hipótese do artigo 269, III, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema propõe Paulo Henrique dos Santos Lucon “Assim, há sempre coisa julgada formal, mas nem sempre coisa julgada material. Se há coisa julgada material, há coisa julgada formal. No entanto, se há coisa julgada formal, não há necessariamente coisa julgada material.” (2006, p. 40).

Merecem consideração neste trabalho, seja em função da importância da obra, seja em razão de ter sido recentemente publicada, as noções sobre coisa julgada externadas por Eduardo Talamini, que a concebeu como um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença. Declina o autor que com o trânsito em julgado “constitui-se uma situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença” (2005, p.45), e desta “eficácia constitutiva anexa” é que se opera a “qualidade consistente na imutabilidade do *decisum*.” (2005, p. 45). Conclui Talamini que por coisa julgada dever-se-ia compreender não um efeito da sentença, mas um efeito do trânsito em julgado.

É inegável que o trânsito em julgado marca o início da coisa julgada. Sem dúvida, trata-se de acontecimento do qual depende a coisa julgada para se manifestar. Contudo, identificar a coisa julgada como “efeito anexo” do trânsito em julgado, com todo respeito ao doutrinador, soa contraditório com as próprias idéias que defendeu, segundo as quais a coisa julgada não se refere a todas as sentenças.

Em outros termos, se o trânsito em julgado é comum a todas as sentenças, tanto as que decidem o mérito como as que não o decidem, e, se a coisa julgada (material) não alcança todas as sentenças, refere-se apenas às sentenças que decidem o mérito da causa, a coisa julgada (material) não poderia consistir em efeito anexo do trânsito em julgado.

Igualmente, ao mencionar que se trata de efeito anexo do *trânsito em julgado*, impunha-se esclarecer qual o efeito do *trânsito em julgado* seria o *principal* para que ao mesmo se pudesse anexar à coisa julgada.

Por outro lado, a expressão *efeito anexo*, trabalhada, dentre outros, por Pontes de Miranda, liga-se à sentença não ao *trânsito em julgado*⁷⁵, notadamente porque se constitui de fenômeno decorrente de ato jurídico e não de fato jurídico, categoria na qual se insere o *trânsito em julgado*.

Finalmente, destaca-se que o *trânsito em julgado* não se relaciona com o conteúdo da sentença nem com a autoridade desta. Daí o inconveniente de se estabelecer a conexão realizada pelo autor entre a coisa julgada e o *trânsito em julgado*.

A expressão coisa julgada, portanto, à qual, neste momento, acrescenta-se o símbolo *material*, conota na dogmática não só a sentença de mérito após o *trânsito em julgado*, mas uma qualidade que a torna imutável para uns, ou, indiscutível para outros, ou seja, a *autoridade* da coisa julgada material conforme enuncia Eduardo J. Couture (1997, p. 104), como, também, uma particular *situação jurídica* que decorre desta autoridade.

Em outras palavras, a expressão coisa julgada material designa, simultaneamente: (i) conteúdo decisório de mérito; (ii) sua imutabilidade ou indiscutibilidade e, ainda, (iii) uma situação jurídica decorrente dessas circunstâncias.

⁷⁵ Pontes de Miranda trabalha dois conceitos consistentes nos efeitos anexos e efeitos reflexos da sentença. Os efeitos anexos, explica, são efeitos que não resultam do conteúdo decisório, mas decorrem da sentença por imperativo legal, isto é, manifestam-se *ope legis* e exemplifica: “São, por exemplo, apontados como efeitos anexos, privatísticos: a) os frutos dotais que correspondem ao ano corrente são divididos entre os dois cônjuges, ou entre um e os herdeiros do outro, proporcionalmente à duração do casamento, no decurso do mesmo ano; e daí em diante pertencem ao cônjuge [efeito anexo à sentença de desquite]; b) a comunhão de bens dissolve-se com a sentença de desquite; c) a cessação da tutela, ou do pátrio poder da mãe, se o filho vence a ação de filiação; d) a dissolução da sociedade pelo fato de ter sido decretada a falência; e) a reparação do dano resultante da execução, sofrido pelo demandado na ação executiva, que efeito anexo à sentença que reformou ou anulou aquela que provisoriamente executou; f) a obliteração *ex tunc* da execução provisória, se foi anulada ou reformada a sentença provisoriamente executada; g) a hipoteca judiciária.” (1970, p. 215 e 216). Quanto aos efeitos reflexos “[...] não são anexados por lei, mas tornados inevitáveis, [...] (1970, p. 220), e distingue um do outro assinalando “No fundo, a diferença entre os efeitos anexos e os reflexos – que chamaríamos conexos, se a palavra conexão não tivesse sentido mais técnico e menos comum – está em que a lei, quanto àqueles, intencionalmente os cria, ocorrendo certas circunstâncias relativas aos bens da vida e, quanto a êsses, é a vida que os cria, devido à entremistura das incidências das leis. A *nexidade* é comum àqueles e a esses: ali, propositada; aqui, ocasional.” (1970, p. 220 e 221).

O que ora se propõe é discernir mencionados institutos e extratar, apenas de um deles, a característica definitiva da *coisa julgada material*.

É importante esclarecer, antes de se prosseguir, que em quaisquer dos termos – imutável ou indiscutível – a *autoridade* da coisa julgada material exclui a possibilidade de uma decisão contrária àquela já julgada, bem como impõe o conteúdo daquela decisão a todas as futuras decisões que a pressuponham, adverte Chiovenda (2002, p. 462).

O alcance dessa autoridade restringe-se ao conteúdo decisório da sentença, excluindo-se, em razão disto, tanto o que lhe é anterior - como os fundamentos e questões prévias - quanto o que lhe é posterior, como os efeitos que dela podem promanar. Pontua-se que a coisa julgada material *de per se* também contém outras eficácias, dentre as quais, a preclusiva prevista no artigo 474, do Código de Processo Civil. Tais enfoques, no entanto, distanciam-se do núcleo do presente trabalho.

As premissas precitadas possibilitam as seguintes conclusões: a sentença que dispõe de um dado *conteúdo decisório de mérito* adquire, após o trânsito em julgado, a qualidade de imutável ou indiscutível, comumente designada como *autoridade* da coisa julgada. Esta autoridade implica em uma situação jurídica toda especial em relação àqueles que a mesma tocou. Apenas em relação a esta situação jurídica, emprega-se, no presente contexto, a expressão *coisa julgada material*.

Nessa linha de idéias, adere-se à definição do conceito da coisa julgada material atribuída por José Carlos Barbosa Moreira. De acordo com o autor, consiste a coisa julgada material em *situação jurídica que se emancipa após o trânsito em julgado da sentença de mérito*, cuja eficácia própria, que não se confunde com a eficácia da sentença, *determina a imutabilidade do conteúdo desta*, em suas próprias palavras “Não há confundir *res iudicata* com *auctoritas rei iudicatae*. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença trântita em julgado, nem com o particular atributo [imutabilidade] de que ela se reveste, mas com a *situação jurídica* em que passa a existir após o trânsito em julgado.” (1971, p. 146).

A incursão pelas definições de conceitos expostas na seção 2.1 e 2.2 revela que, majoritariamente, a dogmática trabalha a noção de coisa julgada material como invólucro protetor do ato sentença. A perspectiva desta dissertação dirige tal proteção ao sujeito de direito, isto é, às partes que a mesma tocou.

A quem referir a coisa julgada material, figurará em situação ativa de prevalência em relação ao Estado e ao particular, em virtude da qual restará protegido pelo direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Observe-se que tanto o vencedor quanto o vencido poderão valer-se dessa situação de prevalência. O direito fundamental à coisa julgada refere-se, portanto, a ambos os pólos da relação jurídica.

Sobre a “natureza jurídica” da coisa julgada, é importante esclarecer que tratando-se o direito de objeto cultural, e, portanto, sua ciência de ciência cultural, não seria tecnicamente correto falar-se em *natureza* dos institutos jurídicos. Por conseguinte, evitar-se-á a expressão natureza da coisa julgada, cedendo-se à opção de apenas situá-la em um dos planos do direito, isto é, se cuida de fenômeno relativo ao plano processual, e, portanto, se se trata de instituto processual, ou se refere ao plano material, e, portanto, se se trata de instituto material ou substancial, ou, ainda, se cuida de instituto cuja incidência pertine a ambos os planos, em uma daquelas zonas cinzentas denominadas pontos de estrangulamento entre o direito processual e o direito material⁷⁶.

Na medida em que se concebe a coisa julgada material como situação jurídica ativa de prevalência em relação ao Estado e ao particular, em virtude da qual restará o sujeito de direito protegido pelo direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, não se poderia negar a intensa carga material que ao instituto concorre. Por outro lado, ao defluir de fatos, atos e situações havidos no bojo de uma relação jurídica processual o instituto concerne necessariamente ao plano do direito processual.

⁷⁶ Nas palavras de Celso Neves tratar-se-ia de uma posição ambivalente. (1971, p. 437)

A soma dessas explicações resulta em situar-se a coisa julgada material em ponto de interseção entre os planos de direito material e processual⁷⁷, ressaltando-se, por fim, que as situações das quais decorrem conseqüências jurídicas e sobre as quais oferece o Estado tutela jurisdicional podem encontrar-se no bojo do direito material, ou, no bojo do direito processual.

⁷⁷Observa Eduardo Talamini: “A situação jurídica que se constitui com o advento da coisa julgada não concerne ao direito material, mas ao processo. É a proibição de que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto processual e, ainda, a determinação de que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processos subsequentes para os quais o objeto do processo anterior funcione como questão prejudicial. Em ambos os casos, trata-se de diretrizes cogentes para os órgãos da jurisdição e para o exercício das garantias jurisdicionais. Nesse sentido, a concepção ora exposta está mais próxima da teoria ‘processual’ da coisa julgada.” (2005, p. 45 e 46).

3 PRINCIPAIS TESES SOBRE A REVISÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

A imutabilidade imanente ao fenômeno da coisa julgada material comporta, na previsão originária do Código de Processo Civil, duas exceções: (i) sua elisão para desconstituição da sentença pela via da ação rescisória, artigo 485, hipótese na qual, além da desconstituição, *poderá* exsurgir um novo comando sobre a mesma lide; (ii) sua elisão para desconstituição da sentença, por falta ou nulidade de citação, quando o processo correu à revelia, pela via dos embargos à execução fundada em título judicial, artigo 741, I.

Por construção jurisprudencial e também dogmática admite-se, ainda, a via da denominada *querela nullitatis*, na qual objetiva-se a declaração de inexistência da relação jurídica processual anterior por ausência de um ou mais elementos de existência desta como, por exemplo, a citação de litisconsorte necessário.

Parte da dogmática brasileira⁷⁸, tendo como precedente obra monográfica portuguesa, subscrita por Paulo Manuel da Costa Otero (1993), e paradigma do Superior Tribunal de Justiça, consistente no recurso especial n. 240712 (2000), iniciou um movimento favorável à extensão das hipóteses de elisão da coisa julgada material. Pode-se organizar esse movimento em três correntes: (i) “(...) revisão legislativa das balizas ou meio de sua revisão,”; (ii) “flexibilização *de lege lata* das hipóteses de cabimento da rescisória,”; (iii) “e a quebra da coisa julgada independentemente dos meios típicos rescisórios.”, sintetiza Eduardo Talamini (2005, p. 23).

A primeira corrente acima identificada restou positivada no ordenamento brasileiro, mediante a inserção no Código de Processo Civil do artigo 475-L, § 1º, relativo à fase de cumprimento de sentença condenatória em obrigação de pagar quantia; e artigo 741, parágrafo único, relativo às execuções movidas contra a fazenda pública, pela Lei n. 11.232 (2005), cujo precedente normativo fora a Medida Provisória n. 2.180-35 (2001).

⁷⁸ Ver, por todos, obra organizada por Carlos Valder do Nascimento na qual se consolidou os primeiros artigos científicos sobre o tema (2004).

Destina-se esta seção à análise da obra portuguesa de Paulo Manuel da Costa Otero, da tese originalmente desenvolvida no Brasil sobre o presente tema, por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, e do paradigma do Superior Tribunal de Justiça, cujo voto condutor foi proferido pelo Ministro José Augusto Delgado.

Contribuições dogmáticas de outros autores também serão objeto de apreciação, na medida em que se revelarem importantes para análise crítica do tema. Igualmente, proceder-se-á ao cotejo de outros paradigmas do Superior Tribunal de Justiça e, também, do Supremo Tribunal Federal que tangenciam o assunto, como fonte das inferências e explicações consignadas.

3.1 O CASO JULGADO INCONSTITUCIONAL DE PAULO MANUEL DA COSTA OTERO

Realizou o autor, na obra *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, o que identificou como “Tipologia do caso julgado inconstitucional” (1993, p. 65), destacando – inicialmente - três possíveis situações de decisão judicial eivadas de inconstitucionalidade: (i) primeiramente, descreve a circunstância de determinada decisão haver conteúdo que viole direta e imediatamente uma norma constitucional, isto é, norma com assento na Constituição; (ii) identifica, igualmente, a possibilidade de a decisão haver aplicado norma inconstitucional; (iii) e, por fim, ventila a hipótese de a decisão recusar a aplicação de norma constitucional, sob a escusa de que tal norma seja inconstitucional, sem que verdadeiramente o seja.

Quanto à segunda hipótese ventilada – a de aplicação de norma infraconstitucional inconstitucional –, distingue o autor duas variantes possíveis: a primeira, consistente na aplicação de norma que, ao tempo da aplicação, já havia sido reconhecida como inconstitucional com força obrigatória geral; e a segunda, consistente na aplicação de norma que, ao tempo da aplicação, ainda não havia sido reconhecida como inconstitucional com força obrigatória geral (1993, p. 70).

Quanto à terceira situação descrita pelo autor – de se recusar aplicação de norma constitucional por crer o julgador tratar-se de norma inconstitucional, sem que o seja -, também são destacadas duas variantes. A primeira, quando ao recusar a aplicação de norma constitucional incidente, por outra norma não incidente seja esta – a norma aplicada – inconstitucional. Neste cenário, incorrer-se-ia no mesmo vício acima identificado, isto é, estar-se-ia diante de situação em que houve a aplicação de norma inconstitucional, sendo irrelevante o fato do julgador, em fundamentação, ter afastado a aplicação de norma constitucional.

Há, porém, a variante segundo a qual a norma aplicada seja tal qual a norma não aplicada conforme a Constituição. Em tais hipóteses, o erro de julgamento verificar-se-ia apenas em relação à identificação da norma aplicável, sem, contudo, incorrer-se em violação à Constituição.

Nessa linha de idéias identifica o autor que, verdadeiramente, apenas duas situações tangenciam o tema o qual denominou caso julgado inconstitucional: as decisões que violam direta e imediatamente normas Constitucionais, assim como aquelas decisões que aplicam normas inconstitucionais (1993, p. 75).

Conecta-se diretamente ao objeto desta dissertação a segunda circunstância delineada, pois, no entendimento a ser desenvolvido, as regras do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, concernem ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente das normas brasileiras atinentes ao controle de constitucionalidade, há no ordenamento português a previsão constitucional de que as decisões de controle com força obrigatória geral contêm eficácia *ex tunc*.

Necessário é o esclarecimento quanto ao tratamento que o ordenamento português, em sua Constituição, dispensa ao tema do “caso julgado inconstitucional”, pois não há no ordenamento brasileiro semelhante norma constitucional.

No que concerne às decisões judiciais que aplicam norma objeto de controle de constitucionalidade, há, ainda, em Portugal, previsão constitucional, artigo 282º, n.3, 1ª parte, consoante destaque do autor (1993, p. 83), que excetua a eficácia *ex tunc* referente às decisões judiciais transitadas em julgado, antes do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma aplicada. Assim, “Por outras palavras, em princípio, salvo decisão do Tribunal Constitucional, tratando-se de norma penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, e apenas se for de conteúdo menos favorável ao argüido, a declaração de inconstitucionalidade não determina a destruição dos casos julgados.”, pontua Paulo Manuel da Costa Otero (1993, p. 49).

E o ponto nodal da obra em análise consiste justamente em responder ao seguinte questionamento: “[...] será que desta disposição da Constituição se poderá extrair um princípio geral que permite ressalvar as restantes situações de casos julgados inconstitucionais ou, pelo contrário, estamos perante uma disposição excepcional que, por isso mesmo, permite inferir um princípio geral inverso?” (1993, p. 83).

Aduz o autor, em resposta à questão colocada, que a previsão constitucional portuguesa constitui-se de norma *excepcional*, e acrescenta tratar-se a não ressalva de norma geral. Afirma, por conseguinte: “1º) Não podem ser ressalvados os casos julgados fundados em norma já declarada inconstitucional com força obrigatória geral à data da respectiva decisão; 2º) Também não podem ser ressalvados os casos julgados de decisões judiciais directa e imediatamente violadoras da Constituição.” (1993, p. 84).

Dessas premissas, extrai Otero que a ressalva constitucional, em relação ao caso julgado inconstitucional, procede à convalidação dos efeitos deste; relativamente à própria norma inconstitucional, convalida os efeitos desta (1993, p. 88); relativamente ao Tribunal Constitucional, atua como norma limitativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; e, por fim, em relação à própria Constituição, procede uma auto-ruptura, ao permitir que o “princípio da constitucionalidade” seja objeto de “[...] uma derrogação quanto aos casos julgados, aplicadores de normas inconstitucionais [...]” (1993, p. 90).

Quanto às demais situações não cobertas pela ressalva constitucional - as decisões fundadas em norma já reconhecida como inconstitucional ao tempo da decisão, e as decisões que violem diretamente normas constitucionais -, distingue o autor a questão da imodificabilidade do julgado, da questão relativa à sua obrigatoriedade. Afirma que a impossibilidade de modificação da decisão que transitou em julgado não se confunde com a exclusão de seus efeitos obrigatórios (1993, p. 94).

Para analisar esse binômio, Paulo Otero formula quatro combinações possíveis, relacionadas às conseqüências dos casos julgados inconstitucionais não ressalvados pela Constituição portuguesa.

Mencionadas combinações foram formuladas atendendo a dois critérios: o primeiro, da decisão inconstitucional dispor de conteúdo normativo; e o segundo, de ter ou não sido proferida pelo Tribunal Constitucional. Resultam desses critérios quatro hipóteses: “1) inconstitucionalidade dos acórdãos, com força obrigatória geral, do Tribunal Constitucional; 2) inconstitucionalidade das decisões normativas dos restantes tribunais; 3) inconstitucionalidade das decisões individuais do Tribunal Constitucional; 4) inconstitucionalidade das decisões individuais dos restantes tribunais.” (1993, p. 94 e 95).

No que diz respeito à primeira combinação - inconstitucionalidade dos acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional -, desdobra o autor duas questões: a primeira, concernente à possibilidade ou não do Tribunal Constitucional realizar controle direto de suas decisões com força obrigatória e geral; a segunda, pertinente à possibilidade de recusa da decisão inconstitucional do Tribunal Constitucional pelos demais tribunais.

Entende o autor que ao Tribunal Constitucional, por ausência de previsão legal ou constitucional, não seria possível exercer o controle de constitucionalidade de seus próprios acórdãos e acrescenta que tal possibilidade modificaria a qualidade do *ato decisão*, de jurisdicional para legislativo.

Sobre a possibilidade de recusa da decisão inconstitucional do Tribunal Constitucional pelos demais tribunais, Otero defende não lhes ser possível sobrepor-se às decisões proferidas com

força obrigatória e geral pelo órgão dotado de competência constitucional para este tipo de controle.

Nessa linha de idéias, Paulo Otero propõe: “será que isto significa que a Constituição possibilita, ainda que implicitamente, ao Tribunal Constitucional a derrogação da ordem constitucional resultante da Constituição Formal?” (1993, p. 100). O autor responde negativamente, aduzindo que as decisões com força obrigatória e geral vinculam os demais tribunais apenas a recusar a aplicação da norma reconhecida como inconstitucional, mas não derogam as normas Constitucionais. Conclui, então, que as decisões de controle contêm natureza predominantemente processual e não material.

Quanto à autovinculação do Tribunal Constitucional, admite o autor que, em determinado caso concreto, apreciando recurso em fiscalização concreta, poderia o órgão deixar de aplicar o acórdão inconstitucional, “excepto existindo outros valores constitucionais que determinassem solução diferente.” (1993, p. 102 e 103).

Finaliza Paulo Otero sua abordagem quanto à primeira variante proposta, acrescentando que a impossibilidade do Tribunal Constitucional exercer controle abstrato de suas próprias decisões de controle não elide a possibilidade de que, em controle relativo à nova norma de idêntico teor, não possa rever o seu entendimento anterior proferindo decisão antagônica à primeira.

No que se refere à segunda combinação - inconstitucionalidade das decisões normativas dos restantes tribunais -, sem maiores delongas, o autor entende ser possível o controle direto de constitucionalidade.

Quanto à terceira combinação - inconstitucionalidade das decisões individuais do Tribunal Constitucional -, o autor procede a três divisões de possíveis decisões, considerando o conteúdo de cada uma destas. Distingue a decisão *de provimento - de acolhimento da inconstitucionalidade*; a decisão *de não provimento - que rejeita a inconstitucionalidade*; e a decisão *interpretativa*.

Nesses termos, a decisão do Tribunal Constitucional de provimento será inconstitucional quando acolher – indevidamente – a alegação de inconstitucionalidade. A norma, portanto, é constitucional.

A decisão de não provimento, por outro lado, será inconstitucional quando a norma for inconstitucional e o Tribunal Constitucional rejeitar indevidamente a inconstitucionalidade argüida.

No âmbito do próprio Tribunal Constitucional, o autor afirma que, embora seja determinada decisão imodificável pela preclusão das vias de reforma, o Tribunal Constitucional, em futuras causas, não se encontra vinculado ao caso julgado inconstitucional anterior. Isto significa que o Tribunal pode rever seu posicionamento anterior, pois não se encontra vinculado à decisão precedente.

Quanto aos demais tribunais, pergunta-se: será que as decisões individuais e inconstitucionais do Tribunal Constitucional os vinculam, ou, “Em que medida a inconstitucionalidade da decisão do Tribunal Constitucional limita a vinculatividade da mesma pelos restantes tribunais?” (1993, p. 109).

Em resposta, aduz o autor que nas decisões do Tribunal Constitucional, as quais reconhecem no caso concreto a inconstitucionalidade da norma sem que a mesma o seja, os demais órgãos que atuem ou venham a atuar naquele processo estarão vinculados à decisão do Tribunal Constitucional. Com efeito, não poderão aplicar a norma tida pelo Tribunal Constitucional como inconstitucional.

Diferente solução o autor atribui às decisões do Tribunal Constitucional que reconhecem no caso concreto a constitucionalidade de norma inconstitucional. Observa que “uma coisa é obrigar a desaplicar uma norma não inconstitucional, remetendo para o aplicador a escolha de uma outra norma igualmente constitucional; outra coisa, bem diferente, consiste em obrigar a aplicar uma norma inconstitucional, em vez de uma outra conforme com a Constituição.” (1993, p. 113).

Em princípio, e por princípio, o autor aponta para a solução de que os demais tribunais devem obediência ao Tribunal Constitucional e, por conseguinte, deverão atuar conforme a decisão inconstitucional. Entretanto, adverte que: “Segundo entendemos, a Constituição permite aos tribunais recusarem obediência às decisões do Tribunal Constitucional que impliquem o dever de aplicar uma norma inconstitucional, em duas situações: [...]” (1993, p. 113).

A primeira situação destacada refere-se à recusa dos demais tribunais em aplicar norma ainda não promulgada, referendada ou publicada, mesmo que em sentido contrário pronuncie-se o Tribunal Constitucional.

A segunda situação concerne às decisões do Tribunal Constitucional que afrontem diretamente normas constitucionais relativas a direitos, liberdades ou garantias fundamentais.

Por fim, sobre as decisões interpretativas, pontua o autor que “[...] segundo o artigo 80º, nº 3, da L.T.C., determinam ter a decisão recorrida de se harmonizar com a interpretação que à respectiva norma lhe for dada pelo Tribunal Constitucional.” (1993, p. 115).

Otero também destaca que as decisões interpretativas poderão referir-se ao acolhimento da inconstitucionalidade, ou à rejeição desta. Na hipótese de acolhimento da inconstitucionalidade, a decisão será inconstitucional em duas circunstâncias: (i) quando a decisão *a quo* considerar uma norma constitucional em determinado sentido e o Tribunal Constitucional entender que o sentido atribuído é inconstitucional e, mais ainda, que todos os possíveis sentidos seriam inconstitucionais; ou (ii) quando a decisão *a quo* considerar uma norma inconstitucional e o Tribunal Constitucional, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade, o faz em sentido diverso do órgão que lhe antecedeu, sendo tal sentido desconforme à Constituição.

Conduzem as variantes a duas situações: “no primeiro caso, a decisão do Tribunal Constitucional determina a procura de uma nova solução normativa para a resolução do caso presente; no segundo caso, pelo contrário, a decisão recorrida já se fundamentava numa outra norma, só que aquela que foi afastada por inconstitucionalidade se baseou num juízo argumentativo-interpretativo diferente do seguido pelo Tribunal Constitucional.” (1993, p.

116). Entende o autor que na primeira hipótese o órgão *a quo* deverá obediência ao Tribunal Constitucional. Contudo, em relação à divergência do fundamento, entende que o princípio da independência interpretativa e aplicadora do direito lhe outorga não se utilizar dos mesmos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional, pois o resultado de ambos pronunciamentos seria idêntico.

Sobre a decisão interpretativa do Tribunal Constitucional, que rejeita a inconstitucionalidade acolhida pelo órgão *a quo*, o autor ressalta a possibilidade de duas circunstâncias: (i) o órgão *a quo* considera inconstitucional determinada norma e o Tribunal Constitucional entende possa tal norma ser interpretada conforme à Constituição, ou, (ii) o órgão *a quo* considera constitucional determinada norma e o Tribunal Constitucional confirma tal decisão utilizando-se, todavia, fundamentação distinta.

Na primeira hipótese, Paulo Manuel defende que o órgão *a quo* deve obediência ao pronunciamento do Tribunal Constitucional, exceto nas hipóteses já desenvolvidas anteriormente de se aplicar norma ainda não promulgada, referendada ou publicada, ou, que afrontem diretamente normas constitucionais relativas a direitos, liberdades ou garantias fundamentais.

Na segunda hipótese, pontua Otero que também deva incidir o princípio da independência interpretativa e aplicadora do direito que lhe outorga não se utilizar dos mesmos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional, pois o resultado de ambos pronunciamentos seria idêntico.

Quanto à última combinação proposta - inconstitucionalidade das decisões individuais dos restantes tribunais -, propõe o autor que, em relação às normas infraconstitucionais inconstitucionais, o ordenamento português prevê a fiscalização de sua validade a qualquer tempo, impondo-se igual tratamento às decisões inconstitucionais.

Nessa linha de idéias, firma Paulo Otero o entendimento de que a imodificabilidade do caso julgado dependerá de sua constitucionalidade e propõe: “Por tudo isto, propendemos a reconhecer a possibilidade de interposição de um recurso extraordinário atípico de todas as

decisões judiciais directa e imediatamente inconstitucionais, sempre que se tenham esgotados os respectivos recursos ordinários.” (1993, p. 121).

Fundamenta o autor suas proposições em três ordens argumentativas. A primeira ordem firma-se na distinção do regime jurídico das decisões meramente ilegais, daquelas inconstitucionais, pois a inconstitucionalidade não se convalida pelo trânsito em julgado, sendo sempre admissíveis meios para sua modificação.

Outro fundamento decorre da noção histórica de decisão proferida contra direito expresso que, ao tempo do Estado Estamental, não dispunha de qualquer efeito, justificando-se igual solução com maior precisão no Estado Constitucional de Direito quando inconstitucionais.

Por fim, firma-se na noção do Estado Democrático de Direito e a concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

3.1.1 Análise crítica da tese desenvolvida por Paulo Manuel da Costa Otero

No Brasil - *ressalta-se desde já, mas advertindo-se que o tema será abordado com maior profundidade na seção n. 4 -*, inexistente norma que determine o *dies a quo* dos efeitos decorrentes das decisões de controle de constitucionalidade com os atributos de força obrigatória geral.

Entretanto, fez-se tradição que⁷⁹ não havendo um regramento explícito, vige a eficácia *ex tunc*⁸⁰, salvo nas situações circunscritas no artigo 27, da Lei 9868 (1999) e artigo 11 da Lei 9882 (1999).

⁷⁹ Registra-se o paradigma da ADI n. 652-5 (1992)

⁸⁰ Ressalta-se posição discordante do Ministro Leitão de Abreu, noticiada por Teori Albino Zavascki (2001, p. 48) e por Gilmar Mendes (1990, p. 278), que defendeu contra eficácia *ex nunc* as sentenças proferidas em controle de constitucionalidade de normas pelo STF, conforme expressou no Recurso Extraordinário n. 79.434 (1992).

No tocante às decisões judiciais que apliquem normas inconstitucionais, igualmente, não há norma que ressalve uma ou mais hipóteses. O que se extrai é que a coisa julgada material, protegida pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não pode ser tangida, salvo nas circunstâncias originalmente previstas no Código de Processo Civil (artigo 485 e 741, I), que não concernem ao controle de constitucionalidade.

Abstraindo-se, por ora, da análise sobre a constitucionalidade formal e material das regras do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, seu conteúdo implica o tema do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, e em certa medida, inauguram uma regra de exceção – ou de ressalva em fidelidade à obra em apreço - à intangibilidade da coisa julgada material, protegida pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Logo, no ordenamento brasileiro, há manifesta inversão dos termos *norma geral* e *norma excepcional* em relação ao ordenamento português sobre a *quaestio* do “caso julgado inconstitucional”.

Enquanto Paulo Otero conclui que a *ressalva constitucional* do ordenamento português sobre o respeito às decisões que apliquem norma inconstitucional com trânsito em julgado ao tempo do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma aplicada constitui *norma de exceção*, e, pois, a *não ressalva* dos demais “casos julgados inconstitucionais” constitui *norma geral*, no ordenamento brasileiro ocorre o inverso.

A norma geral com assento constitucional - artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal - protege a coisa julgada material. As normas excepcionais infraconstitucionais do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ressalvam as hipótese das decisões fundadas em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou aquelas fundadas em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A redação atribuída às regras brasileiras apresenta, ao menos, três deficiências. A primeira refere-se ao fator tempo: não se explicitou, como no ordenamento português, sobre a relação temporal entre o trânsito em julgado e a decisão de controle de constitucionalidade.

A segunda deficiência apresentada na redação diz respeito a não previsão de violação direta à Constituição. Os antecedentes das regras prescrevem sobre *aplicação de norma declarada inconstitucional ou aplicação em sentido tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*, silenciando sobre decisões que *violem diretamente a Constituição*.

E, a terceira, diz respeito às decisões com eficácia (preponderante) declaratória e constitutiva – para os que acolhem a teoria ternária⁸¹ – além da mandamental e da executiva *lato sensu* – para os que acolhem a teoria quinária (ver seção 4.2.2.2) – que, igualmente, contenham inconstitucionalidade, mas que não se sujeitam à tangibilidade da coisa julgada material senão na forma originalmente prevista pelo Código de Processo Civil⁸².

É possível, inclusive, concluir que as sentenças com eficácia preponderante condenatória em obrigação de pagar quantia, cujo cumprimento se dê por outra via distinta daquela prevista nos artigos 475-I e seguintes, do Código de Processo Civil, e, artigos 730 e seguintes, do Código de Processo Civil, não estariam sujeitas ao regime da elisão da coisa julgada material

⁸¹ Donaldo Armelin declina que “Nesse caso de coisa julgada concernente à decisão reconhecida como inconstitucional, o decidido subsiste, mas não será exequível. Disso se infere que as decisões de natureza declaratória e constitutiva não serão afetadas pela restrição imposta pela mencionada Medida Provisória, o que gera um tratamento diferenciado de situações. Deveras, enquanto nas sentenças transitadas em julgado nas ações declaratórias ou constitutivas sua eficácia plena não é tolhida, naquelas de natureza condenatória a exequibilidade da sentença é inibida.” (2003, p. 55).

⁸² Teori Albino Zavascki propõe a aplicação dessas regras subsidiariamente às ações executivas *lato sensu*, aduzindo que, “Todavia, isso não significa que o sistema processual esteja negando ao executado o direito de se defender, nesses casos. Com efeito, não se pode descartar que, na prática de atividades executivas de sentenças relativas a obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, haja excessos ou impropriedades ou outras das hipóteses elencadas no art. 741 do CPC. Se não se assegurasse ao demandado o direito de se opor a tais medidas, estar-se-ia operando ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa [CF, art. 5º, LV]. Ao contrário de negar o direito de se defender, o atual sistema o facilita. É que, inexistindo ação autônoma de execução, a defesa do devedor pode ser promovida e operacionalizada como mero incidente do processo, dispensada a propositura da ação de embargos. Bastará, para tanto, simples petição, no âmbito da própria relação processual em que for determinada a medida executiva. Terá o devedor, ademais, a faculdade de utilizar as vias recursais ordinárias, notadamente a do agravo, quando for o caso. Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para os embargos à execução fundada em título judicial, de que trata o já referido art. 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexigibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que nos termos do art. 644 do CPC, haja aplicação subsidiária desse dispositivo às ações executivas *lato sensu*.” (2005, p. 90).

contemplado no artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Isso significa que, apenas em relação às sentenças com eficácia preponderante condenatória e que se sujeitassem aos procedimentos do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, seria legítima a elisão da coisa julgada material nos termos versados nessas regras.

Reforça-se, com isso, a assertiva cujo fundamento encontra-se exposto na seção n. 4, segundo a qual o artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil encontram-se submersos no contexto do controle de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal, e não no contexto – mais amplo e nobre – de proteção à Constituição.

Dito de outra forma, supostas violações à Constituição, em regra, deverão ser resolvidas soberanamente no bojo do processo em que se formará a coisa julgada material, mediante o manejo dos recursos e outros meios, hipotética e limitadamente cabíveis, ou, quando muito, pela via da ação rescisória, enquanto as decisões decorrentes de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de incidência do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõem de alcance infinitamente superior: *a tangibilidade do direito fundamental à coisa julgada material a qualquer tempo, desde que pelas vias disponibilizadas pelas regras processuais mencionadas.*

3.2 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA SEU CONTROLE, DE HUMBERTO THEODORO JÚNIOR E JULIANA CORDEIRO DE FARIA

Atribui-se aos processualistas mineiros, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, a inserção e ampliação na dogmática brasileira do debate em torno da formação de coisa julgada a partir de decisões que violem a Constituição Federal.

O primeiro trabalho, conforme advertência dos próprios autores (2005, p. 73), no qual se reportaram ao tema, consiste no parecer elaborado em favor do Estado de São Paulo, tendente à defesa dos interesses deste Estado perante o recurso especial n. 240712 (2000), julgado em 15 de fevereiro de 2000, que será objeto de detida análise na seção 3.3.

Em função do acolhimento do parecer pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese se difundiu mediante publicação de artigo científico na Revista Ibero-Americana de Direito Público, em 2001, e posterior realização de evento nacional promovido pela Advocacia Geral da União neste mesmo ano (2005, p. 73).

Diante das críticas em tom acadêmico e respeitoso que a tese recebeu, os autores se dedicaram novamente em artigo científico, reiterando as idéias centrais que originaram o parecer, rebatendo, em idêntico tom, as críticas recebidas. Com base neste último trabalho – por ser o mais completo até a presente data – realizar-se-á a análise da tese desenvolvida pelos processualistas mineiros.

O desenvolvimento de suas idéias parte de duas premissas: (i) a de que o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, encerra apenas regra de sobre-direito, isto é, “[...] consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.” (2005, p. 88), reservando-se às normas infraconstitucionais a regulação sobre a coisa julgada; e, (ii) a de que o poder jurisdicional está, tal qual aos demais poderes públicos, vinculado ao princípio da constitucionalidade, tratado pelos autores na perspectiva do efeito negativo do ato inconstitucional. Em outros termos temos, se as normas que resultam de ato do poder legislativo estão sujeitas, a qualquer

tempo, ao controle de constitucionalidade, as decisões que resultam de ato do poder jurisdicional encontram-se sujeitas a idêntico controle, essa noção de “déficit institucional” foi extraída do trabalho de Paulo Otero (1993).

Dessas premissas, os autores propõem que “a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*.” (2005, p. 90).

Embora cogitem os autores que inúmeras são as hipóteses em que se emancipa a coisa julgada inconstitucional, restringem-se à análise da decisão que viole normas constitucionais, ou seja, com assento na Constituição.

Na linha das idéias defendidas por Paulo Otero, consignam que a decisão desconforme à Constituição existe, faltando-lhe, porém, requisito de validade. “Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo, estando sujeito ‘em regra geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros actos jurídicos inconstitucionais.’” (2005, p. 98).

Fixada a possibilidade de revisão da coisa julgada inconstitucional propõem os autores o problema concernente ao meio ou instrumento hábil ao seu exercício. Inicialmente, pontuam que o Superior Tribunal de Justiça admite a ação rescisória “para desconstituir a coisa julgada inconstitucional” (2005, p. 99), e transcrevem alguns paradigmas confirmando essa afirmação⁸³.

Advertem os processualistas, todavia, que a desconstituição da coisa julgada inconstitucional não está sujeita às limitações impostas ao manejo da ação rescisória, sobretudo em seu aspecto temporal. Os autores ainda exemplificam, com a hipótese de ausência de citação em processo antecedente, afirmando que as ações judiciais tendentes à desconstituição de coisa julgada formada em circunstâncias tais não estão sujeitas ao prazo decadencial da ação rescisória.

⁸³ Os paradigmas são: Recurso especial n. 36017-PE (2000); e Ação rescisória n. 870-PE (1999).

Mais ainda, Humberto Theodoro e Juliana Faria pontuam que, tratando-se a inconstitucionalidade da decisão de nulidade cognoscível de ofício, ainda que eleita a via rescisória ou outra via – inadequada – não importará na “impossibilidade de conhecer-se do vício.” (2005, p. 102). Ressalte-se que posteriormente ao trabalho ora analisado, o Superior Tribunal de Justiça na ação rescisória n. 771-PA (2006) modificou o entendimento anterior, e concluiu que a ação rescisória não é o meio hábil para declaração de inexistência de relação jurídica precedente, devendo o interessado manejar a denominada *querela nullitatis*.

Por fim, defendem a idéia de que o reconhecimento da inconstitucionalidade de decisão sobre a qual incida a coisa julgada “pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória [não sujeita a prazo], em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.” (2005, p. 102).

Mencionadas afirmações foram reiteradas após a edição da Medida Provisória n. 2180-35, de agosto de 2001, precedente normativo do artigo 475-L, § 1º, relativo à fase de cumprimento de sentença condenatória em obrigação de pagar quantia, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ou seja, mesmo diante da expressa ressalva contida nessas regras, segundo a qual sua incidência circunscreve-se às hipóteses das decisões fundadas em lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundadas em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, os autores concluem que: “No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.”(2005, p. 105).

No tocante à eficácia da decisão que reconhece a coisa julgada inconstitucional, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria manifestam-se no sentido de que deverão ser respeitados “os atos praticados sob seu império”, (2005, p. 109). Isto significa para os autores que a eficácia da decisão que reconhece a coisa julgada inconstitucional será *ex nunc*, não retroagirá, portanto, ao tempo da coisa julgada inconstitucional sob o fundamento de que “[...]”

se a coisa julgada não pode ser contrária à Constituição; em tema de constitucionalidade, a Supremacia da Constituição não poderá se sobrepor à segurança jurídica, à certeza que deve nortear as relações jurídicas.” (2005, p. 115).

Quanto aos antagonismos dogmáticos, os autores consignaram réplicas pontuais, iniciando-se com a posição adotada por Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio Baptista da Silva.

Segundo suas assertivas, Ovídio Baptista da Silva sustentou que a coisa julgada não poderia ser vulnerada por injustiças da sentença, afastando, por esta razão, a “relativização” do instituto. Em resposta, aduzem os autores que a injustiça decorrente do caso julgado inconstitucional “[...] gera uma espécie de invalidade que a ordem constitucional no Estado Democrático de Direito não pode tolerar.” (2005, p. 116). Trata-se, portanto, de injustiça cuja qualificação – ofensa à Constituição Federal – merece meio diferenciado de controle a legitimar a “relativização da coisa julgada”.

Sobre os antagonismos propostos por Luiz Guilherme Marinoni, ressaltam os processualistas mineiros que, para mencionado doutrinador, a sentença não poderia ser comparada com a lei, em função do seu escopo de pacificação e estabilização das relações sociais conflituosas, sendo, com efeito, insubsistente a razão pela qual se vem defendendo a “relativização da coisa julgada”.

Em réplica, pontuam os autores que inexistente hierarquia entre a inconstitucionalidade da lei e da sentença, e que não seria compreensível permitir-se elisão da coisa julgada para hipótese de simples ilegalidade, como ocorre pela via da ação rescisória, e não se permitir tal elisão quando a ilegalidade decorrer de violação à Constituição Federal. Acrescentam, também, que maior insegurança decorre da instabilidade da ordem constitucional.

Outra posição doutrinária referida na obra em análise constitui-se de artigo cuja autoria é de José Carlos Barbosa Moreira. Inicialmente os autores suas objeções explicitando o porquê de alcunharem o tema de coisa julgada inconstitucional – expressão criticada por José Carlos Barbosa Moreira. Declinam que a inconstitucionalidade, de fato, emerge da sentença e não da imutabilidade de seu conteúdo decisório. Todavia, por hábito, é freqüente “[...] tomar o

continente pelo conteúdo [...]” (2005, p. 117), e concluem: “[...] quando se fala em coisa julgada contrária à Constituição, o que realmente se está afirmando é que uma sentença transitada em julgado praticou a ofensa.” (2005, p. 117).

Seguidamente, os autores responderam à afirmação de José Carlos Barbosa Moreira, no que se refere aos meios de controle de constitucionalidade das decisões judiciais consistentes nos recursos em geral, notadamente o recurso extraordinário, e na ação rescisória.

Esclareceram Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria que a jurisprudência acolhe a *querela nullitatis* quando extrapolado o biênio da ação rescisória para fins de elisão da coisa julgada, exemplificando com as hipóteses “[...] de inventário e partilha com omissão de herdeiros, ações sujeitas a litisconsórcio necessário, processadas sem participação de algum litisconsorte e tantas outras. O exemplo clássico que se extrai da literalidade do Código de Processo Civil, artigo 741, inc. I [...]” (2005, p. 118). Por fim, inferem os autores pela impertinência da afirmação de que os únicos meios reconhecidos pelo ordenamento para o ataque à coisa julgada seriam aqueles apontados pelo processualista carioca.

Destacam, ainda, os autores, particular expressão de José Carlos Barbosa Moreira quanto à sugestão *de lege ferenda* em se admitir, para as sentenças violadoras da Constituição Federal, ação rescisória sem prazo decadencial. Defendem que, “basta considerar como nula a sentença que infringe norma constitucional e tratar seu vício como matéria de embargos à execução ou de ação declaratória comum [*querela nullitatis*], como em outros casos de nulidade de sentença, de menor gravidade, já vem sendo admitido pela jurisprudência [...]” (2005, p. 119).

Por fim, sobre o receio manifestado por José Carlos Barbosa Moreira relativo à sucessão de demandas em cascata ou espiral sem fim, uma tendente ao afastamento da coisa julgada anterior sob fundamento de inconstitucionalidade da decisão, aduzem os autores que as regras de preclusão do Código de Processo Civil, consolidadas no artigo 473 e no artigo 471, bastariam para afastar tal receio. Para tanto, distinguem duas situações: [...] a questão constitucional nunca examinada da que já foi objeto de decisão judicial pelo órgão competente.” (2005, p. 120).

Na primeira hipótese - quando já houve pronunciamento sobre a questão constitucional -, entendem que ao sucumbente remanescerá tão somente à ação rescisória. Na segunda hipótese - quando ainda não houve pronunciamento sobre a questão constitucional - poderá o sucumbente valer-se dos embargos à execução ou da *querela nullitatis*. A coisa julgada, em hipóteses tais, não representará obstáculo ao poder jurisdicional.

3.2.1 Análise crítica da tese desenvolvida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria

A ciência do direito, ou a dogmática jurídica, vale-se de dois enfoques para análise de seu objeto: o zetético e o dogmático. Tercio Sampaio Ferraz Junior destaca que “O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas.” (2003, p. 41).

Ambos os enfoques defluem do mesmo ponto de partida que, pela investigação zetética, configura-se como uma evidência, e, pela investigação dogmática, configura-se como uma premissa estabelecida, um dogma. Sintetiza Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Nesse sentido, a zetética parte de *evidências*, a dogmática parte de *dogmas*.” (2003, p. 43).

As disciplinas dogmáticas, ensina Tercio Sampaio Ferraz Junior, “[...] são regidas pelo que chamaremos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas [...]” (2003, p. 48). Ocorre que “A dogmática apenas *depende* desse princípio, mas não se *reduz* a ele.” (2003, p. 49).

Logo, é possível e pertinente proceder a uma análise, em si, zetética em relação a uma disciplina dogmática. Em outras palavras, as proposições deverão pautar-se sob o enfoque teórico, mas a racionalidade não.

Justifica-se o intróito para esclarecer-se que as premissas das quais partiu a tese desenvolvida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria são diametralmente opostas à premissa do presente trabalho, o que não impede a análise crítica ora empreendida - pelo contrário, a justifica.

Consoante explicações anteriores, partem os autores das seguintes afirmações: (i) a de que o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, encerra apenas regra de sobre-direito; e, (ii) a de que o poder jurisdicional está, tal qual aos demais poderes públicos, vinculado ao princípio da constitucionalidade, tratado pelos autores na perspectiva do efeito negativo do ato inconstitucional, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Tratar-se-á, primeiramente, da premissa identificada no item (i), passando-se, em seguida, à análise do item (ii).

3.2.1.1 Colisão entre a segurança jurídica exteriorizada no direito fundamental à coisa julgada material e a justiça das decisões

Na linha das idéias externadas desde o primeiro capítulo, seção 1.4.3, constitui-se a coisa julgada material de direito fundamental positivado na Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI. As expressões “a lei não prejudicará” não induzem, no contexto do paradigma constitucional vigente, à interpretação desta norma como mera regra atinente à irretroatividade das leis, embora do enunciado normativo possa, conforme doutrina de Humberto Ávila sobre as hipóteses inclusivas das espécies normativas (seção 1.4.2), extrair não apenas o direito fundamental à coisa julgada, como, também, e sem prejuízo deste, a regra sobre irretroatividade de leis.

É inegável, seja pela análise da própria Constituição Federal e o status conferido tanto pelo *caput* do artigo 5º, ao mencionar como garantia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade da segurança, quanto pela norma do inc. XXXVI, específica quanto à proteção conferida à coisa julgada - seja pela análise sistemática de outras normas e suas

construções de sentido na tradição brasileira - que não se está meramente diante de regra de sobre-direito⁸⁴ mas, também, e essencialmente, diante de direito fundamental⁸⁵.

Destaca-se como fonte dogmática a comparação empreendida por Eduardo Talamini entre as normas do inc. XXXVI e do inc. XXXV. Esta dispõe, no início de seu enunciado, “a lei não excluirá”; e aquela prescreve que “a lei não prejudicará”. Entretanto, não há, no país, em tempos atuais, quem defenda tratar-se o inc. XXXV de norma atinente à irretroatividade das leis.

Pelo contrário, o núcleo da norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, comumente denominada direito de *acesso à justiça* ou de *inafastabilidade da tutela jurisdicional*, conota o direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional, não havendo razão, ainda que etimológica, para elidir igual caráter – de direito fundamental – à norma do inc. XXXVI.

Eduardo Talamini declina: “Além disso basta comparar a disposição com outras contidas no próprio artigo 5º da Constituição: o inciso XXXV prevê apenas que a ‘lei não excluirá’ o acesso à justiça – e no entanto ninguém duvida que a garantia ali consagrada vai muito além disso, [...]” (2005, p. 50). E conclui o autor: “Assim, fica definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI, do artigo 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis. Ainda que não mediante fórmula explícita, *o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada*. E, revestindo-se de tal condição, a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição, nem sequer mediante emenda constitucional [Constituição Federal, artigo 60, § 4º, IV].” (2005, p. 51).

Nessa ordem de idéias, refutam-se duas premissas utilizadas pelos processualistas mineiros. Primeiramente, a de que a coisa julgada material não tem assento constitucional, e,

⁸⁴ Adotou-se, neste contexto, ao invés da expressão normas de sobre-direito ou de super-direito, a expressão postulado normativo aplicativo para designar a espécie de normas que regulamentam a estrutura e aplicação de outras espécies normativas na esteira das idéias esposadas por Humberto Ávila (1999, p. 166).

⁸⁵ Propõe Leonardo Greco: “Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.” (2004, p. 149)

principalmente, a de inferioridade hierárquica do direito fundamental à coisa julgada em relação ao “princípio da constitucionalidade.” (2005, p. 120).

Necessário se faz atentar que as proposições defendidas por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, essencialmente, sustentam-se na noção de que, encontrando-se em pauta o direito à coisa julgada e o *princípio da constitucionalidade*, impõe-se prevalecer (em regra) o princípio da constitucionalidade. Em outros termos, entre o princípio da segurança jurídica e a supremacia constitucional, impõe-se prevalecer (em regra) a supremacia constitucional.

Consoante exposto no item 1.4.2 e respectiva combinação com o item 1.4.3, firmou-se a idéia de que a segurança jurídica é princípio. Princípios, na perspectiva adotada, são normas que estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido por comportamentos.

No tocante à sua eficácia externa subjetiva, o princípio da segurança jurídica funciona como direito subjetivo, exteriorizando-se como direitos fundamentais, e o direito à coisa julgada constitui-se de uma dessas exteriorizações.

Ressaltou-se a atuação dos princípios, e ora se reitera por comodidade didática. Essa atuação pode se dar em dois planos: o interno e externo. No plano interno, ou seja, em relação às demais espécies normativas, os princípios atuam de forma indireta e direta.

A atuação dos princípios de forma direta se dá quando estes não prescindem da intermediação de outras normas e, neste contexto, desempenham uma *função integrativa*, ou seja, oferecem suporte e fundamento direto para as situações em que as previsões normativas são insuficientes quanto aos elementos necessários para promoção de dado fim.

E, de forma indireta, dá-se quando os princípios atuam mediante a intermediação de outras normas; em circunstâncias tais exercem, essencialmente, três funções: *definitória*, nas hipóteses em que especificam um dado comando mais amplo e axiologicamente superior, ou seja, os denominados sobreprincípios; *interpretativa*, nas hipóteses em que restringem ou

ampliam o conteúdo de outras normas; e *bloqueadora*, nas hipóteses em que elidem elementos incompatíveis com o estado de coisas a ser promovido.

Destacou-se, outrossim, com fundamento na obra de Humberto Ávila (2004), que além dos princípios vigem outras duas espécies normativas: as regras e os postulados normativos aplicativos.

Os postulados normativos aplicativos são metanormas, cujos deveres estabelecidos referem-se à estrutura de aplicação de outras espécies normativas (regras ou princípios). Em razão disto, situam-se em plano distinto das demais normas, pois sua atuação se dá em função delas.

A distinção do plano no qual situam-se as regras e princípios, daquele plano no qual situam-se os postulados normativos aplicativos, possibilita diferenciar os postulados normativos aplicativos dos princípios, quando estes atuam exercendo função *integrativa*, *definitória*, *interpretativa* ou *bloqueadora* em relação a outras normas.

Enquanto os postulados normativos aplicativos situam-se em um *segundo plano*, ou *plano de segundo grau*, referindo-se imediatamente às normas que serão objeto de aplicação, estruturando sua própria aplicação, os princípios, mesmo quando atuam em relação a outras espécies normativas para integrá-las, defini-las, interpretá-las ou bloqueá-las, atuam *no mesmo plano das normas*.

Essas considerações conduzem à resposta quanto à espécie normativa a qual se subsume a supremacia constitucional – ou princípio da constitucionalidade como preferem os autores da tese analisada -: trata-se de *postulado normativo aplicativo*, porque estrutura a aplicação das demais normas.

Humberto Ávila propõe que “Os chamados princípios de solução de antinomias [hierarquia, cronologia e especialidade] podem ser melhor definidos como critérios normativos ou meta-regras de aplicação normativa, [...]” (1999, p.166).

As meta-regras “[...] explicam e determinam como e por que entre duas normas aplicáveis às mesmas circunstâncias fáticas deve ser escolhida uma delas [a hierarquicamente superior, a editada posteriormente ou a que regula mais especificamente à situação, p.ex.], sem serem cumpridos em vários graus mediante ligação com fins.”, conclui Ávila (1999, p. 166).

Na hipótese da supremacia constitucional, o postulado normativo aplicativo determina seja a norma constitucional aplicada, quando entre esta e outra norma infraconstitucional se instaurar antinomia.

Retomando as premissas da tese defendida por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, bem como as do início da elaboração desta dissertação, não seria possível o proposto conflito entre a supremacia constitucional e o princípio da segurança, exteriorizado como direito fundamental à coisa julgada, para que prevalecesse um entre ambos.

O princípio da segurança jurídica em sua exteriorização como direito fundamental à coisa julgada encontra-se em plano distinto do postulado normativo aplicativo da supremacia constitucional, embora ambos tenham assento na Constituição.

A primeira espécie normativa (= princípio) prescreve “[...] conteúdos direta ou indiretamente relacionados à conduta humana.”, esclarece Humberto Ávila (1999, p. 166).

Especificamente em relação ao direito fundamental à coisa julgada, exteriorização que é do princípio da segurança jurídica, é possível afirmar que tal espécie normativa prescreve *deva a coisa julgada material ser respeitada pelos poderes públicos e pelos particulares*.

A segunda espécie normativa (= postulado normativo aplicativo) refere-se à estrutura de aplicação das demais espécies normativas, segundo a qual as normas constitucionais prevalecerão sobre normas infraconstitucionais.

Com isso, afasta-se a possibilidade de colisão dessas espécies normativas, pois, situando-se em planos distintos, jamais poderiam entrar em conflito.

O mesmo, no entanto, não ocorre entre o princípio da segurança jurídica e o da justiça das decisões. Delineia Pontes de Miranda que uma sentença é injusta “a) quando aplica ao caso concreto lei que não incidiu ou deixa de aplicar a que incidiu; ou b) quando viu no caso concreto o que ele não é e aplica a lei que incidiria sobre o caso que ela viu, e não a que incidiria sobre o caso concreto.” (1970, p. 157).

Portanto, aplicar norma ou ato normativo inconstitucional, ou aplicar norma constitucional em sentido contrário à Constituição Federal, em última análise, representaria injustiça da decisão. Entre imunizar tal injustiça e estabilizar a relação material pela coisa julgada, ou seja, entre o conflito de princípios (justiça e segurança), seria possível ter a preferência por um deles.

Daí a razão dos autores citados por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, como Ovídio Baptista da Silva⁸⁶, Luiz Guilherme Marinoni⁸⁷ e José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸, e mais Cândido Rangel Dinamarco⁸⁹, Donaldo Armelin⁹⁰, Nelson Nery Junior⁹¹,

⁸⁶ Ovídio Baptista da Silva declina que “A coisa julgada cederia à injustiça contida na primeira sentença, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos. A injustiça destruiria a ‘primeira coisa julgada’, mas a sentença que a reconhecesse seria, *ipso iuri*, justa e não-abusiva! Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta ‘Segunda coisa julgada’? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da Segunda sentença? Porventura, a coisa julgada, ...?”. (2004, p. 13).

⁸⁷ Luiz Guilherme Marinoni, igualmente, pontua: “A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz ou que entender por ‘justiça’ e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio [l’uomo della strada], o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris.” (2004, p. 182 e 183).

⁸⁸ José Carlos Barbosa Moreira manifesta-se nessa mesma linha de idéias: “Fora de semelhantes lindes, simplesmente não tem propósito tentar repor em questão a justiça do julgamento. Ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um point of no return. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material e, se ela não servir para isso, a rigor, nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial.” (2005, p. 12)

⁸⁹ O processualista paulista Cândido Rangel Dinamarco acentua ainda que “Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcaçora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.” (2002, p. 9).

⁹⁰ Pensamento também registrado por Donaldo Armelin: “De todo o exposto supra pode-se concluir que os princípios respaldados da justiça e segurança jurídica harmonizam-se no sistema jurídico, com prevalência deste último valor no instituto da coisa julgada material. Isto decorre não apenas da relevância da segurança jurídica para a higidez do tecido social como, ainda, da adoção pelo sistema processual da suficiência da verdade formal para lastrear as decisões judiciais. Essa prevalência, contudo, embora seja a regra, não deveria subsistir nas

José Augusto Delgado⁹², Alexandre Freitas Câmara⁹³, Sergio Gilberto Porto⁹⁴, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁹⁵ entre outros, trabalharemos a questão da elisão da coisa julgada na hipótese de inconstitucionalidade das decisões, da perspectiva da justiça das decisões.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, entretanto, reportam-se à questão da justiça das decisões. Argumentam que, dada a especial qualificação da injustiça da decisão na hipótese de sua inconstitucionalidade, acrescentando que sua gravidade supera em muito a mera ilegalidade da decisão, ou seja, quando esta se manifesta contrária às normas infraconstitucionais, e, defendendo a idéia segundo a qual a permanência de decisões inconstitucionais abalaria a própria estabilidade das relações sociais, deve prevalecer o princípio da justiça das decisões, cuja combinação com a supremacia constitucional legitimaria a revisão da coisa julgada material a qualquer tempo.

A inferência oferecida, todavia, diverge da solução que vem sendo adotada pela teoria dos princípios para hipótese de conflito normativo em que princípios ou direitos fundamentais colidem. Apenas no caso concreto, cotejando os elementos da causa, procedendo-se à ponderação das normas colidentes, é que se poderia concluir pela prevalência de uma ou outra norma.

O antagonismo à tese desenvolvida defluiu da inevitável aferição de elementos concretos das decisões às quais concorre situação de inconstitucionalidade para que, mediante a ponderação

hipóteses macroscópicas de afronta da decisão transita em julgado aos demais princípios fundamentais e informativos do sistema, notadamente quando expressamente engastados na estrutura da Constituição Federal.” (2003, p. 85).

⁹¹ De forma enfática, pronuncia-se Nelson Nery Junior: “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização [*rectius*: desconsideração] da coisa julgada.” (2004, p. 45).

⁹² José Augusto Delgado aduz: “Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais.” (2005, p. 50).

⁹³ Em idêntico sentido, Alexandre Freitas Câmara: “Um ponto, porém, deve ficar claro desde logo: nesta exposição buscar-se-á pôr em confronto dois valores de grande importância para qualquer sistema processual, a segurança [representada pela coisa julgada material] e a Justiça [que servirá de fundamento para as propostas de relativização da coisa julgada].” (2005, p. 127).

⁹⁴ Sérgio Gilberto Porto consigna: “Contudo, em última *ratio*, está, como se percebe, novamente – agora, porém, com outra roupagem e por outra via – posto em discussão o conflito que aflige desde sempre aos operadores, ou seja, o choque de opções representado de um lado pela justiça concreta e de outro pela segurança jurídica decorrente da lei, ainda que a custa de uma eventual e aparente injustiça individual.” (2003, p. 9).

⁹⁵ Declina Paulo Henrique dos Santos Lucon “Não se pode, por isso, admitir ‘relativização’ ainda que tenha havido grave injustiça. Isso porque existe no sistema jurídico brasileiro ‘o direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada.’” (2006, p. 42).

dos princípios envolvidos, sobrelevando-se que a espécie refere-se a um direito fundamental, ao final ceda à prevalência de um deles⁹⁶.

Para tanto, o julgador deverá proceder à análise de outros postulados normativos aplicativos, tais como: a ponderação; a concordância prática; a proibição de excesso; a igualdade; a razoabilidade; e a proporcionalidade⁹⁷.

Isso porque nem sempre, em nome do princípio da justiça das decisões, será mais justa a revisão da coisa julgada. Somente a hipótese concreta poderá oferecer resposta a esse questionamento.

Com efeito, a tese que – em parte – tornou-se regra no ordenamento pátrio pela Medida Provisória n. 2180-35 e, posteriormente, pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, não reflete a melhor solução possível, tampouco se revela fiel à teoria dos princípios, para as hipóteses de colisão entre princípios e direitos fundamentais.

Outro agravante resulta da comparação entre as regras do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e as demais hipóteses de impugnação às decisões judiciais cobertas pela coisa julgada material, artigo 485, 741, I, do Código de Processo Civil, e pela via da *querela nullitatis*, notadamente a previsão do artigo 485, V, quando a lei, diga-se, norma, tiver assento na Constituição Federal.

O cabimento da ação rescisória, com base em doutrina e jurisprudência já sedimentadas, não decorre da injustiça da decisão rescidenda, mas da subsunção de determinado caso concreto às hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Civil.

⁹⁶ Eduardo Talamini propõe: “Portanto, e com a devida vênia, na ‘coisa julgada inconstitucional’ há, sim, a contraposição de valores igualmente constitucionais. E essa colisão não tem como ser resolvida mediante um critério prévio e abstrato de simples relação hierárquica. Ressalvados os meios típicos de rescisão da sentença [ação rescisória, embargos ex art. 741, par.ún. etc], a solução do conflito depende da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade [cap.13].” (2005, p. 390).

⁹⁷ Anteriormente já havia se manifestado nesse sentido Donaldo Armelin “São situações em que a justiça não poderia deixar de prevalecer, mas que não são passíveis de uma qualificação objetiva, a ponto de permitir um denominador comum caracterizante. Devem ser elas examinadas em sua casuística para a aferição de sua excepcionalidade justificadora da prevalência dos princípios que respaldam valores mais elevados, na constelação axiológica, sobre a segurança jurídica. É a predominância da justiça no caso concreto, que permite inferir pela via indutiva a supremacia desse valor em situações excepcionais, em que o grau de injustiça apresenta-se em elevado teor, justificando a qualificação dessas decisões como teratológicas.” (2003, p. 72).

Uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória consiste na violação a dispositivo de lei, artigo 485, V, do Código de Processo Civil, porém, uma coisa é admitir-se o cabimento da ação rescisória, na forma e meios expressamente previstos e “Outra, bem diversa, é admitir que, *a qualquer momento*, se possa declarar que um título executivo judicial já não vale mais, não obstante tenha transitado em julgado, porque, imagino, passados doze anos, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a lei que fundamenta aquela sentença.”, observa Cassio Scarpinella Bueno (2006a, p. 111).

Conclui, assim, Cassio Scarpinella Bueno: “Um fato pretérito consolidado e estável juridicamente não pode ser apagado para o futuro. Muito menos quando todos os seus efeitos já tenham sido sentidos na ordem prática.” (2006a, p. 111).

Donaldo Armelin pontua, por outro lado, que “Não há rescisória calcada apenas na injustiça da decisão e sim, independentemente dela, em uma das hipóteses constantes do elenco taxativo inserido naquele dispositivo legal. Tais hipóteses contemplam *errores in procedendo* e *errores in judicando*, sem estabelecer distinções quanto aos efeitos do reconhecimento de uns e de outros, no que concerne ao juízo *rescindens*.” (2003, p. 57).

No que se refere ao cabimento da *querela nullitatis* e do artigo 741, I, do Código de Processo Civil, igualmente, não decorrem da injustiça da decisão que, inclusive, poderá ser justa em tais hipóteses. Isto porque, com fundamento nos direitos fundamentais ao contraditório e ao devido processo legal, artigo 5º, LV e LIV, pela via da *querela nullitatis*, declara-se a inexistência da sentença por erro de procedimento, não tendo o conteúdo do *decisum* qualquer influência para a elisão da coisa julgada material.

Portanto, em determinada sentença proferida em processo no qual forem violadas regras relativas ao contraditório ou ampla defesa, por exemplo, poderá ter-se aplicado corretamente o direito incidente, configurando-se, a despeito do vício processual, como sentença justa.

Justificar a inserção das regras do artigo 475-L, § 1º, e, artigo 741, parágrafo único, no Código de Processo Civil, pelo princípio da justiça das decisões, importa admitir que o

ordenamento, em situações congêneres, comporta soluções distintas. Focalizando-se na hipótese da ação rescisória por ofensa da decisão à Constituição Federal, infere-se que subsistem no ordenamento brasileiro dois pesos e duas medidas para circunstâncias idênticas, concernentes à inconstitucionalidade das decisões.

Em decorrência, na linha das idéias já expostas, a razão justificadora da inserção dessas regras, embora deflua da justiça das decisões, impõe uma observação, a injustiça decorrente da incompatibilidade entre o controle de constitucionalidade difuso e concreto e o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão disponha de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, é mais relevante para o ordenamento brasileiro do que as demais injustiças.

Por essas razões afirma-se – e já se registrou anteriormente – que o artigo 475-L, § 1º, e o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, encontram-se submersos no contexto do controle de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal, e não no contexto de proteção à Constituição.

3.2.1.2 Controle de constitucionalidade das decisões judiciais

Passa-se ao cotejo da segunda premissa do trabalho ora em comento, a de que as decisões do poder jurisdicional estão sujeitas ao controle de constitucionalidade a qualquer tempo, em grau de igualdade ao que ocorre com os atos dos demais poderes, especialmente do Legislativo.

Adverte-se, desde já, que a relevância do problema concernente ao controle de constitucionalidade de normas e sua interseção com o controle de constitucionalidade das decisões judiciais demandou, no presente contexto, detida explanação que, por conveniência metodológica, fora empreendida na seção n. 4. Com efeito, por ora, abordar-se-ão, tão somente, os aspectos mencionados no artigo ora analisado.

Reitera-se, inicialmente, que *coisa julgada material* e *conteúdo da decisão* são símbolos lingüísticos distintos e desempenham, no sistema processual, papéis diferentes que têm sido, *data venia*, baralhados por parte da dogmática pátria sob o signo da coisa julgada inconstitucional.

A situação jurídica nova, da qual se reveste o fenômeno identificado por coisa julgada material, jamais será inconstitucional como bradam alguns cultores do tema. O que pode ou não ser inconstitucional é o conteúdo da sentença, que não se confunde com autoridade da coisa julgada, ou imutabilidade⁹⁸.

Duas situações podem ocorrer: (i) ou não se emancipou, no processo antecedente, questão sobre a inconstitucionalidade de norma ou ato normativo com o qual pretendeu o autor ou reconvinte sustentar sua pretensão, ou mesmo sobre a inconstitucionalidade da própria pretensão, situando-se a suposta inconstitucionalidade como fundamento da sentença; (ii) ou, do contrário, a questão fora objeto de decisão prévia em relação ao dispositivo da sentença, situando-se, igualmente, como fundamento desta, no sentido de antecedente lógico.

Situando-se a inconstitucionalidade no fundamento da sentença, situar-se-á em seu conteúdo, não em sua imutabilidade, tampouco na coisa julgada material identificada como situação jurídica decorrente da imutabilidade. Exsurge conclusão indelével: o vício do suposto erro de direito, por aplicação de lei ou ato normativo inconstitucionais, ou por ofensa da decisão à própria Constituição Federal, lhe é anterior, e o sistema originário do Código de Processo Civil prevê mecanismos hábeis ao controle da constitucionalidade do conteúdo de sentenças: (i) se já ocorreu o trânsito em julgado, poder-se-á valer-se o sucumbente da ação rescisória, artigo 485, V, do Código de Processo Civil; (ii) se em curso o processo, poder-se-á valer-se o sucumbente do recurso extraordinário, artigo 102, III, *a*, da Constituição Federal, ou da reclamação prevista no artigo 102, I, *l*, ou outro meio hipoteticamente cabível⁹⁹.

⁹⁸ José Carlos Barbosa Moreira pontua: “Pois bem: se ‘inconstitucional’ significa ‘incompatível com a Constituição’ [e que mais poderia significar?], não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de ‘inconstitucional’. Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade [ou na de seus efeitos, ou na de um e outros], é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional.” (2005, p. 6).

⁹⁹ As idéias são de José Carlos Barbosa Moreira: “A sentença que ofenda a Constituição comporta impugnação por meio de recursos previstos no ordenamento positivo; um deles se ordena precipuamente a essa impugnação:

Destaca-se entendimento externado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto que proferiu na reclamação pendente de julgamento n. 4335-AC (2007) segundo o qual, até a decisão proferida em controle difuso, em que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado em caráter definitivo a inconstitucionalidade de norma, ensejaria o manejo da reclamação evidenciando-se, com isso, a amplitude de meios disponibilizados pelo ordenamento para que a decisão fundada em norma inconstitucional seja reformada, antes mesmo de consumada a situação jurídica coberta pela coisa julgada material.

Por outro lado, argumentar-se-ia que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sumulado no verbete n. 343 afastaria o cabimento da ação rescisória quando a interpretação sobre a constitucionalidade ou não de normas fosse controvertida nos tribunais. O próprio Supremo Tribunal Federal, conforme recurso extraordinário n. 235794 (2002), recurso extraordinário n. 328812 (2003), dentre inúmeros outros paradigmas, já pacificou o entendimento no sentido de que o verbete dirige-se apenas à controvérsia interpretativa sobre normas infraconstitucionais.

Sobre o tema, pontua Cassio Scarpinella Bueno: “Certo é que o fato de haver, à época em que proferida a decisão, controvérsia sobre a *constitucionalidade* da lei que funda determinada ação não é óbice para eventual ação rescisória. São tranqüilas a doutrina e a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, quanto à inaplicabilidade, para hipótese, da Súmula 343 daquela Corte.” (2006a, p. 111).

A superveniência do prazo decadencial para a ação rescisória e do prazo para interposição de recurso extraordinário ou outro meio hipoteticamente cabível importará na estabilização da decisão, ainda que proferida nas circunstâncias acima delineadas, em nome do direito fundamental à coisa julgada.

Propõem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria que, apenas na hipótese de se ter proferido decisão sobre a questão da inconstitucionalidade, operar-se-ia a estabilidade da decisão, conforme as regras dos artigos 473 com o seguinte teor “É defeso à parte discutir,

o recurso extraordinário ex. art. 102, III, letra a, da Carta da República. Se porventura transitar em julgado com a mácula, caberá ação rescisória para desconstituí-la: [...]. Seja como for, esses – e não outros quaisquer – são os meios de controle da constitucionalidade das decisões judiciais previstos no ordenamento” (2005, p. 19).

no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.” e artigo 471, *caput* “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: [...]” do Código de Processo Civil (2005, p.120).

Ou seja, se não houve pronunciamento sobre a questão constitucional, poderá o sucumbente valer-se dos embargos à execução ou da *querela nullitatis*. A coisa julgada, em hipóteses tais, não representará obstáculo ao controle de constitucionalidade das decisões judiciais pelo próprio poder jurisdicional.

De certa forma, o entendimento dos processualistas se reproduziu nas regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, mediante as quais dever-se-á afastar-se a coisa julgada material, quando exercido controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sentido diverso daquele adotado pela sentença.

Equipararam-se as decisões judiciais às normas jurídicas abstratas, ignorando-se os elementos individuais e concretos pertinentes às decisões, ignorando-se, inclusive, os mesmos elementos considerados como relevantes para o próprio controle abstrato, nos termos do artigo 27, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A teorização sobre validade ou invalidade de normas jurídicas, plano no qual se insere o controle de constitucionalidade de normas, não se confunde com a teorização sobre a validade ou invalidade de decisões judiciais. Adverte Calmon de Passos: “Ali estamos no campo da *produção originária* do direito, de sua constituição [*criação*], aqui, no de sua *aplicação* [dispor prático que nos transfere do plano do pensamento *validade* para o plano da *faticidade*]. Essa dicotomia não pode ser descurada em nenhum momento da reflexão do jurista até porque exige teorização diferenciada.” (2002, p. 25). Nesta linha Luiz Guilherme Marinoni também registrou suas idéias (2004, p. 165 e 166).

Não se trata, pois, nos termos expostos no trabalho analisado, de hierarquia entre o controle de constitucionalidade de normas e o controle de constitucionalidade de decisão judicial. A diferença reside nos atos em si (há exigência de distintos meios de controles em relação aos supostos vícios).

3.3 PARADIGMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tese elaborada por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, fundamentada essencialmente na obra de Paulo Manoel da Costa Otero, fora acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n. 204.712 (2000), cujo voto condutor do acórdão coube ao Ministro José Augusto Delgado.

Figuravam como partes na mencionada ação a Fazenda do Estado de São Paulo e James Ross e Outros, respectivamente, autora e réus.

Proposta pela Fazenda do Estado de São Paulo, objetivava a ação a “declaração de nulidade da sentença”, cumulada com pedido de repetição de indébito e pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender o pagamento de valores objeto da sentença supostamente nula.

Duas as causas de pedir excogitadas: (i) primeiramente, a sentença, cuja declaração de nulidade se pretendeu, procedeu à homologação de transação judicial em ação de desapropriação movida pelo Estado de São Paulo, contra os réus que os contemplava, com valores correspondentes à indenização devida pela expropriação. Na realidade, porém, o imóvel expropriado já compunha o patrimônio público estadual, fato comprovado pela exibição de certidão das matrículas imobiliárias expedidas pelo competente Cartório de Registros; (ii) homologou mencionada sentença para fins de indenização, valor superior à justa indenização.

Deferida liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela consistente na suspensão dos pagamentos da indenização homologada, interpuseram os réus agravo de instrumento, opondo, dentre outras defesas, a de coisa julgada.

O Tribunal de São Paulo revogou a tutela motivando o manejo de recurso especial pela Fazenda do Estado de São Paulo, no qual fora acolhida a tese da recorrente que, em linhas gerais, pode ser sintetizada pelo voto condutor do acórdão proferido nos seguintes termos: “Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.” (2000).

Na sessão de julgamento, o Ministro Humberto Gomes de Barros proferiu voto dissidente, pedindo vênia para entender “[...] pela inviabilidade jurídica dessa ação rescisória mascarada de declaratória [...]” (2000).

Os recorridos interpuseram recurso extraordinário e, posteriormente, agravo de instrumento perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando a reforma do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Junto ao Supremo Tribunal Federal foi negado seguimento ao agravo n. 404938 (2006), por decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, mantendo-se, em decorrência, o antecedente acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

Outro paradigma do Superior Tribunal de Justiça consiste no recurso especial n. 602.636 (2004), igualmente conduzido por voto do Ministro José Delgado, no qual figuravam como partes o Incra – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e Lúcia Mara Pierdoná e Outros.

Tal *decisum* acolheu a tese da desconsideração da autoridade da coisa julgada, para determinar a produção de nova perícia destinada a re-avaliação de imóvel expropriado, dado o decurso do tempo entre a primeira avaliação e o trânsito em julgado da sentença de desapropriação.

Os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça foram justamente os princípios constitucionais da razoabilidade, moralidade, proporcionalidade e da justa indenização nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.

Perante o Supremo Tribunal Federal, igualmente, o recurso extraordinário n. 105.012-8 (1988) acolheu-se a desconsideração para determinação de nova avaliação do imóvel expropriado, porque havia decorrido 23 (vinte e três) anos entre a expropriação e a indenização a ser paga pela União.

Anteriormente, perante o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n. 93.412-0 (1982), houve o decurso de 17 (dezessete) anos entre a expropriação e a indenização a ser paga pela União, tendo o órgão determinado nova avaliação do imóvel.

3.3.1 Análise crítica dos paradigmas

Evidencia-se que todos os paradigmas referem-se a causas em que a administração pública se investe como parte – sobretudo prejudicada pelas decisões cobertas pela autoridade da coisa julgada.

As normas utilizadas como fundamentos para elisão da coisa julgada, tais como o princípio da justa indenização, razoabilidade, moralidade, etc., encontram-se positivadas justamente na Constituição Federal, artigo 37, capítulo destinado à regulamentação da administração

pública, e artigo 5º, XXIV – nesta hipótese tutela os particulares em relação ao Estado; trata-se do princípio da justa indenização.

Isso significa que não se afastou a coisa julgada material em função de aplicação de norma inconstitucional, assim reconhecida em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A análise dos casos concretos conduziu o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a entenderem pela prevalência de outras normas princípios, ao invés de entenderem prevalente o direito fundamental à coisa julgada¹⁰⁰.

Cândido Rangel Dinamarco, na tentativa de sistematizar a tese da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, concluiu que determinadas decisões constituem-se juridicamente impossíveis porque atentatórias à moralidade administrativa¹⁰¹.

Tais elementos configuradores da ofensa a princípios constitucionais - como o da moralidade administrativa - os quais, hipoteticamente, legitimam a elisão da coisa julgada material, conforme se evidenciou pelos paradigmas, somente poderão ser avaliados em determinado caso concreto, não sendo necessário, como não o foi naqueles casos concretos, observadas as vias adequadas para tanto, a existência de regra geral que possibilite o órgão jurisdicional em fazê-lo.

¹⁰⁰ Tal posicionamento encontra-se em consonância com a noção de que inexistem direitos ou garantias absolutas, conforme pontua Sérgio Gilberto Porto: “Efetivamente, o movimento que tem por suporte a idéia de que inexistente garantia constitucional absoluta, frente a eventual conflito que poderá existir entre uma e outra, fez nascer, mais uma vez, no berço germânico, a idéia da proporcionalidade, como forma de superar eventual antinomia constitucional, em face do conflito entre garantias ou princípios, [...]” (2003, p. 6)

¹⁰¹ Declina Cândido Rangel Dinamarco: “As premissas postas acima autorizam a firme conclusão de que a garantia constitucional da justa indenização, tendo uma feição bifronte em sua destinação ao expropriante e ao expropriado, implica simultaneamente repúdio a indenizações absurdamente aquém do real e também repúdio a indenizações absurdamente acima do real. Esse é um imperativo da interpretação dessa garantia em consonância com os postulados da isonomia e moralidade administrativa, também residentes na Constituição da República. [...] Do contexto da proposta aqui formulada resulta que a desconsideração da *auctoritas rei judicatae* não se legitima pela mera oposição entre a sentença e a Constituição, mas pelos maus resultados dos julgamentos. O repúdio a esses maus resultados, quando colidentes ao menos com a garantia constitucional do acesso à justiça [Const., art. 5º, inc. XXXV], é o real e legítimo fundamento da relativização da coisa julgada material – e não a inconstitucionalidade em si mesma. Essa colocação conduz à extrema excepcionalidade das hipóteses de relativização, a ser promovida também por meios extraordinários, sabendo-se que para o afastamento das decisões fundadas em disposições legais declaradas inconstitucionais existem remédios postos pela ordem jurídica, os quais independem desse esforço interpretativo originado na iniciativa pioneira do Min. José Delgado.” (2002, p. 24).

Pretende-se demonstrar com essas assertivas que os precedentes analisados não poderiam inspirar as regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, porque dizem respeito a situações totalmente distintas daquelas que, concretamente, foram objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu no recurso especial n. 71052 (2005), cujo voto condutor fora proferido coincidentemente pelo Ministro José Augusto Delgado, que apenas o caso concreto legitima o afastamento da coisa julgada para prevalência de outra norma constitucional incidente.

Em decorrência, e na esteira de pensamento já registrado nesta dissertação (seção n. 3.1.1), afirma-se que as regras do artigo 475-L, § 1º, relativo à fase de cumprimento de sentença condenatória em obrigação de pagar quantia, e artigo 741, parágrafo único, relativo às execuções movidas contra a fazenda pública, inseridas no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232 (2005), referem-se não ao contexto de proteção à Constituição Federal, mas ao controle de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal.

4 ARTIGO 475-L, § 1º e ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 PRECEDENTES NORMATIVOS: DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1997-37 À MEDIDA PROVISÓRIA N. 2180-35

Diferentemente do que ocorrera com as relações intersubjetivas privadas, tendo o Código Civil Brasileiro perdido sua qualidade de centro normativo ao ceder à ploriferação de microssistemas repletos de valores¹⁰², o Código de Processo Civil, mediante sucessivas reformas, permanece como centro normativo das relações jurídicas processuais, emanando da Constituição Federal sua identidade valorativa e principal.

Dentre as denominadas reformas processuais havidas desde o ano de 1994, a que concerne ao presente contexto refere-se à Lei 11.232 (2005) que introduziu o artigo 475-L, § 1º, e o parágrafo único, do artigo 741, ao Código de Processo Civil.

Antepõe-se à Lei 11.232 (2005) outros atos normativos mediante os quais se inseriu no ordenamento a essência da regra relativa à revisão da coisa julgada material, cuja versão “congelada”¹⁰³ pela Emenda Constitucional n.32, artigo 2º (2001), fora a de n. 2180-35 (2001).

Ressalta Cassio Scarpinella Bueno, em referência à Medida Provisória 2180-35 (2001), que “A medida provisória em análise foi editada pela primeira vez no dia 13 de janeiro de 1999, sob o número 1.798. Foi quando tudo começou.” (2005, p. 2), passando o autor a comentar particular e fundamentalmente todos os sucessivos atos normativos no que denominou de “breve” histórico da Medida Provisória 2180-35 (2001).

¹⁰² Sobre o tema, excelente exposição de Gustavo Tepedino em Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁰³ A expressão é de Cassio Scarpinella Bueno (2005, p. 2).

Analisar-se-á, nesta seção, apenas os atos normativos que tangenciaram o tema da coisa julgada. Entretanto, revela-se importante consignar observação realizada pelo autor (2005, p. 1) quanto a versarem os múltiplos atos normativos, que serão analisados, sobre normas relativas a relações processuais em que o poder público figure como parte - embora a prescrição normativa inserta no ordenamento não se restrinja aos processos em que o poder público figure como parte.

A primeira versão da Medida Provisória 2180-35 (2001) que abordou o tema da revisão da coisa julgada foi a Medida Provisória n. 1997-37 (2000) que previu em seu artigo 3º, que ao artigo 741, do Código de Processo Civil, seria acrescentado um parágrafo único com o seguinte teor: “Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (2000).

Após um mês, em 4 de maio de 2000, editou-se a Medida Provisória n. 1984-17, cujo artigo 10 alterou a redação do parágrafo único que passou a dispor do seguinte enunciado: “Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível, o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (2000).

Essencialmente, a Medida Provisória n. 1984-17 (2000) ampliou a hipótese de incidência do parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil para abranger, também, a atribuição de sentido de normas pelo Supremo Tribunal Federal, a denominada interpretação conforme a Constituição.

Em 28 de julho de 2000, entrou em vigor a vigésima versão da Medida Provisória n.1984, portanto a Medida Provisória 1984-20 (2000), que alterou novamente a redação do parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil, que passou a prescrever: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” (2000).

A alteração do enunciado pode sugerir, aparentemente, que a atuação do Supremo Tribunal Federal seria exigida para declaração de inconstitucionalidade, e que a interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal poderia decorrer da atuação de qualquer outro órgão jurisdicional. Incorreta é a inferência, bastando mencionar que a atribuição do sentido constitucional de normas com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante incumbe ao Supremo Tribunal Federal e não a qualquer outro órgão judiciário.

Eduardo Talamini atribui as falhas de concordância do texto normativo à modificação da redação, e acentua que o novo enunciado “Não se destinou a dispensar que o reconhecimento da incompatibilidade tenha sido feito pelo Supremo.” (2002, p. 57). Conclui o autor que “É o Supremo que detém a função de dar a última palavra em matéria de constitucionalidade e está investido do poder de proferir decisões com eficácia *erga omnes* e força vinculante ou aptas a assumir tais qualidades com o concurso do Senado.” (2002, p. 57).

A conclusão do autor, portanto, verte-se na afirmação de que “[...] em princípio, não é o entendimento de qualquer juiz ou tribunal e muito menos da própria parte – acerca da inconstitucionalidade de uma dada interpretação que dá ensejo aos embargos, ex artigo 741, par. ún.” (2002, p. 57).

Em 27 de dezembro de 2000, outra medida provisória fora editada, a Medida Provisória n. 2102-26 (2000), que revogou a Medida Provisória 1984-25 (2000), reiterando-lhe, porém, o enunciado normativo concernente ao parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil.

Em 26 de janeiro de 2001, a vigésima sétima versão da Medida Provisória n. 2102 (2001) substituiu a que lhe antecedeu, dando ensejo à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2418-3 (2001) pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em síntese, fundamentou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2418 (2001) na ausência de urgência que justificasse a inserção da regra no ordenamento pela via da medida

provisória, violando-se, em decorrência disto, o artigo 62 da Constituição Federal. A ação não foi julgada até o momento, e seu último andamento data de outubro de 2004 e informa encontrarem-se os autos conclusos com o Relator.

Posteriormente, editou-se a Medida Provisória n. 2180 - que preservou o texto normativo da Medida Provisória 1984-20 (2000) -, cuja última versão, a Medida Provisória 2180-35, de 24 de agosto de 2001, restou “congelada” em decorrência da EC n. 32, artigo 2º (2001).

Com a Lei 11.232 (2005), inseriu-se o artigo 475-L e respectivo § 1º, bem como o parágrafo único do artigo 741, com enunciados idênticos: “Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.” (2005).

A Lei 11.232 (2005), no diz respeito às regras em foco, foi objeto de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, registrada sob o n. 3470-4 (2006) na qual, em síntese, alega-se violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e ressalta-se que, ao se manter tais regras no ordenamento, todas as decisões judiciais que exercessem controle (difuso) de constitucionalidade de normas seriam provisórias, dependendo sempre da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que concretamente já incidisse a coisa julgada material.

A ação foi distribuída, em 30 de maio de 2006, ao Ministro Cezar Peluso. Foram ouvidos, até o dia 4 de dezembro de 2006, o Congresso Nacional e a Advocacia Geral da União, encontrando-se os autos com vistas ao Procurador Geral da República, desde 26 de setembro de 2006.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 475-L, § 1º e ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.2.1 Inspiração legislativa

As regras do artigo 475-L, § 1º e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo Araken de Assis (2004, p. 51), foram inspiradas no § 79-2, da Lei do Tribunal Constitucional alemão. Secundou-lhe no entendimento Eduardo Talamini, registrando que as sentenças cíveis alemãs “[...] permanecem íntegras no caso de declaração de inconstitucionalidade com nulidade. No entanto, a execução de tais decisões já não será admissível.” (2005, p.431).

Alinha, enfaticamente, o autor que “Se mesmo assim advier a execução judicial, caberão embargos, nos termos da legislação processual [§ 79, n.2]. Essa regra é a principal fonte inspiradora do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil brasileiro.” (2005, p. 431).

De fato, constitui-se a previsão do ordenamento alemão da principal fonte de inspiração das regras em comento. Destaca-se, porém, um precedente do próprio ordenamento brasileiro em decorrência do qual se poderia elidir a coisa julgada material.

Dispunha a Constituição Federal de 1937, artigo 96, *caput*: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.”. E, em seu parágrafo único, previa: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a

confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” (1937).

Tal previsão constitucional foi fundamento para edição do Decreto-lei n. 1.564, de 5 de setembro de 1939¹⁰⁴, mediante o qual o então Governo do Estado Novo determinou em seu único artigo: “São confirmados os textos da lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.” (2006).

Em síntese, a questão envolvia a constitucionalidade ou não da tributação de imposto de renda sobre os salários pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. Deu-se o conflito após a implantação do imposto porque as orientações inicialmente prestadas pela Delegacia Geral do Imposto de Renda previam a isenção dessas rendas e, em momento futuro, deixaram de consignar expressamente a isenção, emancipando-se o início da tributação da renda. Posteriormente, a partir do Decreto n. 19.723, de 20 de fevereiro de 1931,¹⁰⁵ previu-se expressamente a tributação.

Os funcionários públicos de todo o país, irresignados com essa medida, pretenderam na via judicial a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 19.723 (1931) tendo, ao final, sido pacificada a controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal, favoravelmente aos funcionários, com base no artigo 10 da Constituição de 1891¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Mencionado estatuto legal consignava o seguinte teor: “Decreto-lei nº 1.564 de 5 de setembro de 1939 confirma os textos da lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo. Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, decreta: Artigo único. São confirmados os textos da lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.” (MEMÓRIA, Receita Federal: 1930 a 1939 a adaptação do imposto. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acessado em 4 dez. 2006).

¹⁰⁵ Sobre o tema ver: MEMÓRIA Receita Federal: 1930 a 1939 a adaptação do imposto. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br>. Acessado em 4 dez. 2006.

¹⁰⁶ Dispunha o art. 10 da Constituição de 1891 o seguinte teor: “É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente.” (1981).

No entanto, conforme noticia José Carlos de Matos Peixoto, “Fundado nesse dispositivo, o decreto-lei n. 1.564 de 5 de setembro de 1939 cassou as decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais que julgaram inconstitucional, por ofensa do artigo 10 da Constituição de 1891 [...]” (1960, p. 231).

Analisando-se detidamente a Constituição de 1937 percebe-se que, ao contrário de todas as Constituições precedentes e subseqüentes, a proteção à coisa julgada não fora arrolada como “direito e garantia” dos cidadãos. A ausência da previsão constitucional - explícita - poderia conduzir à inferência de que tal direito não estaria protegido ou, ao menos, não estaria protegido por norma constitucional naquele contexto.

A interpretação *a contrario sensu*, do próprio artigo 96, *caput*, da Constituição de 1937, contudo, revela o inverso, isto é: que, apesar da ausência daquele direito no rol dos direitos e garantias dos cidadãos, a coisa julgada detinha proteção constitucional, já que a norma do artigo 96, *caput*, constitui-se manifestamente norma de exceção.

Em outras palavras, somente na específica hipótese de ter sido declarada a inconstitucionalidade de norma que no entendimento do Presidente da República fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la ao exame do Parlamento que, na hipótese de confirmá-la por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornaria sem efeito a decisão do Tribunal.

O que de fato ocorreu, e por razões históricas, foi que as expressões *decisão do Tribunal* foram estendidas para todas as decisões que haviam reconhecido a inconstitucionalidade. Esta circunstância, entretanto, não torna falsa a observação realizada quanto a tratar-se de norma de exceção, isto porque a hipótese do artigo 96, *caput*, da Constituição de 1937, consubstancia justamente as causas que envolvem controle judicial de constitucionalidade – rol no qual se inserem as decisões de outros órgãos que deixem de aplicar determinadas normas, por entenderem tratar-se de normas inconstitucionais. Logo, as decisões alheias a este âmbito, das quais adviesse coisa julgada material, estariam, *a contrario sensu*, protegidas da respectiva cassação.

É importante essa observação, considerando-se dois aspectos: (i) a coisa julgada (material), mesmo no período do Estado Novo, figurou no ordenamento brasileiro como direito constitucional; (ii) sua elisão, como decorrência de controle de constitucionalidade, nos termos do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil – embora tenha sido conferida a soberania ao Parlamento, em detrimento do controle judicial –, não se constitui de previsão original no ordenamento brasileiro.

A par das considerações sobre o precedente histórico, as regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, encerram conteúdo distinto, já que as hipóteses de incidência, os meios e as formas previstas para elisão da coisa julgada são bastante específicos, cuja análise realizar-se-á na seção subsequente.

4.2.2 Alcance e abrangência

Um dos aspectos polêmicos sobre as regras processuais analisadas refere-se ao seu alcance e à sua abrangência - às suas hipóteses de incidência.

Pertinente à observação lançada por Cassio Scarpinella Bueno, quanto às condições do controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, consigna o autor: “A regra não deixa claro em que condições se deve dar essa manifestação daquele Tribunal: se em sede de controle concentrado ou difuso e, mais, se em sede de controle difuso, faz-se necessária ou não a manifestação do Congresso Nacional para os fins do artigo 52, X, da Constituição Federal.” (2006a, p. 110).

Pontua-se, inicialmente, que a análise das hipóteses de incidência dessas regras deverá, na esteira do que vem sendo desenvolvido, orientar-se a partir da noção da coisa julgada material como direito fundamental.

Reitera-se que, se por um lado a coisa julgada material consiste em direito fundamental protegido pelo artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, por outro, as normas do artigo 475-

L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, subsumem-se a espécie normativa de *regras* cuja razão que lhes justifica decorre de um princípio, o da justiça das decisões. Conforme doutrina de Humberto Ávila (seção 1.4.2) todas as espécies normativas são justificadas por um fim, e o fim que justifica as regras processuais analisadas é justamente a justiça das decisões.

Entretanto, por tratar-se de regras restritivas do direito fundamental à coisa julgada, propõe-se, como única via de compatibilidade Constitucional das regras analisadas, sua interpretação restritiva, respondendo-se, neste sentido, ao problema central objeto do presente trabalho.

Ou seja, tais regras devem ser interpretadas restritivamente, conforme acentua Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente.” (2003, p. 296). Em idêntico sentido, manifesta-se Daniel Mitidiero ao tratar do que denominou de “nova execução” (2005, p. 2).

Do contrário, isto é, admitir-se sua ampla abrangência, seja para gravar as situações jurídicas decorrentes de sentenças com eficácia preponderante distinta da condenatória, ou mesmo para gravar situações jurídicas decorrentes das sentenças condenatórias que não estão abrigadas nos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, estar-se-ia diante de manifesta inconstitucionalidade das regras, porque nessas circunstâncias a coisa julgada material teria sido abolida, o que é vedado pela Constituição Federal, artigo 60, § 4º, IV. Em outras palavras, a constitucionalidade dessas regras depende e só se sustenta por sua aplicação restritiva.

Nessa linha de idéias, defende-se que há limites importantes para incidência das regras que, didaticamente, serão abordados por três distintos critérios. O primeiro deles diz com o comando sentencial; o segundo com a eficácia preponderante da sentença; e o terceiro com o exercício do controle judicial de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em termos gerais, poder-se-ia antecipar o posicionamento a ser desenvolvido, restringindo o âmbito de incidência das normas às hipóteses em que o (i) *comando sentencial*, do qual decorreu o (ii) *título executivo*, fundamentou-se em lei ou ato normativo sobre os quais (iii) *posteriormente* tenha o Supremo Tribunal Federal exercido controle judicial de normas, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, incluem-se neste rol das ações declaratórias de inconstitucionalidade, as declaratórias de constitucionalidade, as ações de descumprimento de preceito fundamental, e o conteúdo das súmulas vinculantes.

4.2.2.1 Comando sentencial

Reitera-se, inicialmente, que *coisa julgada material* e *conteúdo da decisão* são símbolos lingüísticos distintos. A imutabilidade e a situação jurídica nova da qual se reveste o fenômeno identificado por coisa julgada material jamais será inconstitucional. O que pode ou não ser inconstitucional é o conteúdo da sentença que, com a autoridade da coisa julgada, ou com a imutabilidade, não se confunde¹⁰⁷.

Por outro lado, do enunciado normativo das regras do art. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, extrai-se que o título executivo judicial deverá estar *fundado* em lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou *fundado* em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo, tidas pelo Supremo como incompatíveis com a Constituição Federal.

Ressaltando-se que o artigo 458, do Código de Processo Civil, prescreve como partes do conteúdo sentencial o relatório, a motivação e o dispositivo (ou decisório), é coerente se inferir - a partir do texto legal mencionado - que suposta inconstitucionalidade situar-se-á na parte denominada motivação da sentença.

¹⁰⁷ Sobre o tema, declina José Carlos Barbosa Moreira: “Pois bem: se ‘inconstitucional’ significa ‘incompatível com a Constituição’ [e que mais poderia significar?], não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de ‘inconstitucional’. Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade [ou na de seus efeitos, ou na de um e outros], é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional.” (2005, p. 6).

Todavia, nos termos do artigo 469, I, do Código de Processo Civil, os motivos, ainda que importantes para o dispositivo, “não fazem coisa julgada”, recobrando-se, pois, a infelicidade da expressão “coisa julgada inconstitucional”, bastante propagada por parte da dogmática brasileira assim como da estrangeira.

Impõe-se, não obstante as anteriores considerações, a análise da previsão da elisão da coisa julgada material nas hipóteses versadas. Recorre-se, para empreitada, à teoria da sentença, especificamente ao campo dos capítulos da sentença.

Prescreve o artigo 458, do Código de Processo Civil, como dito acima, deva a sentença conter três partes: relatório, motivação e dispositivo (ou decisório), e, “No interior de cada um desses elementos estruturais é que se podem identificar partes, ou capítulos, suscetíveis de uma separação útil.”, ressalta Cândido Rangel Dinamarco (2004b, p. 16). Entretanto, o autor não entrevê utilidade na identificação de partes ou capítulos senão no dispositivo, ou, como prefere, no decisório da sentença.

Cândido Rangel Dinamarco desenvolve seu entendimento a partir da disciplina dos recursos (2004b, p. 31), embora entenda que o tema não pertence à teoria dos recursos, mas à teoria das sentenças. Prossegue o autor aduzindo constituir-se fundamental a análise do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e especial “do qual emana alguma insinuação de que, no tocante a essa problemática, se legitimasse o isolamento de *capítulos da motivação*;” (2004b, p. 32).

Pontua inicialmente o autor que, diferentemente do ordenamento italiano, não há, no ordenamento pátrio, o denominado *recurso no interesse da lei* (2004b, p. 32), pois aos Tribunais Superiores brasileiros vertem-se recursos “ditos de *direito*” porque investidos encontram-se tais órgãos no “poder de redecidir a causa ou o incidente julgado pelo tribunal *a quo* [cassando e substituindo o acórdão recorrido, não apenas cassando-o como no sistema das cortes de cassação].” (2004b, p. 32).

Conclui Cândido Rangel Dinamarco: “Constitui objeto do recurso extraordinário ou do especial, portanto, a *pretensão a um novo julgamento e não mera correção nas premissas*

lógicas do acórdão recorrido.” (2004b, p. 32). Portanto, o exame dos fundamentos da decisão recorrida destina-se apenas para “*limitar o objeto do recurso extraordinário e especial, sem que os fundamentos em si mesmos constituam seu objeto.*” (2004b, p. 32).

Nessa linha de idéias, define o autor os capítulos da sentença como sendo “*unidades autônomas do decisório da sentença* – o que importa, de um lado, incluir todas as unidades elementares portadoras de concretos preceitos imperativos sobre a causa e sobre o processo e, de outro, excluir as soluções dadas, na motivação sentencial, às questões de fato ou de direito.” (2004b, p. 37).

Outra observação importante lançada por Cândido Rangel Dinamarco refere-se ao binômio *autonomia e independência*. Declina o autor que “Na teoria dos capítulos de sentença *autonomia não é sinônimo de independência*, havendo capítulos que comportariam julgamento em outro processo e também, em alguns casos, um capítulo que não o comportaria [o que rejeita preliminares].” (2004b, p. 34).

Se lhe concorre razão ao identificar apenas no dispositivo a utilidade dos capítulos da sentença, tendo em mira a disciplina dos recursos; de outra forma, no âmbito das regras do artigo 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, constitui-se de grande importância estender a divisão por capítulos à motivação da sentença.

É bastante importante também trabalhar os conceitos de independência e autonomia dos capítulos internamente, ou seja, em relação a cada parte da sentença (motivação e dispositivo), bem como entre as partes em si (motivação *versus* dispositivo) para que, apenas ao capítulo da motivação no qual se verifique a inconstitucionalidade, e aos capítulos interna e externamente dependentes dele, apliquem-se as normas sob foco.

Em comentários ao artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, advertem Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei sobre as possíveis defesas a serem opostas nos embargos à execução, ressaltando três indagações. A primeira, nos seguintes termos: “a) a defesa nos embargos pode ser fundada em questão prejudicial resultante diretamente do mérito, nas sentenças condenatórias;” (2006, p. 255).

Nessa primeira hipótese, a decisão de mérito, portanto, o dispositivo que gerou a possibilidade de execução fora condicionado pela decisão de questão prejudicial realizada no capítulo da motivação. Se contiver a decisão da prejudicial os vícios da inconstitucionalidade nos limites determinados na regra, declina-se pela incidência desta. Há manifesta dependência entre o dispositivo e a motivação.

Quanto à segunda indagação discorrem os autores: “b) a defesa nos embargos pode incidir sobre uma ação declaratória, contendo um capítulo de natureza não condenatória [por exemplo, o capítulo referente aos honorários em uma ação declaratória de inexigibilidade de tributo, posteriormente julgado constitucional pelo STF];” (2006, p. 255).

Nessa segunda hipótese, há dependência entre o dispositivo condenatório relativo aos honorários e o dispositivo declaratório, pois a condenação honorária não poderia comportar julgamento independente em outro processo. Se entre o capítulo decisório declaratório e a motivação há nexos de dependência, conclui-se que os embargos deveriam, nos limites da regra, ser julgados procedentes.

Na última indagação, consignam os autores: “c) a defesa nos embargos pode, ainda, estar relacionada a norma processual restritiva, posteriormente julgada inconstitucional pelo STF, que poderia influir na decisão [por exemplo, vedação legal de prova testemunhal, que vem a ser afastada pela Corte Suprema].” (2006, p. 255).

Nessa última hipótese, não há dependência entre o decisório e a resolução, na motivação, de questão logicamente antecedente quanto à realização ou não de instrução oral, mediante a oitiva de testemunha. A prova poderia ou não ser determinante ao julgamento, e, ainda que o fosse, serviria para comprovação do fato e não do substrato jurídico objeto da decisão. Infere-se, por conseguinte, pelo não provimento dos embargos na casuística proposta.

Outras limitações que se impõem à incidência dessas normas defluem do artigo 471¹⁰⁸ e artigo 473, do Código de Processo Civil. Conforme assertivas já lançadas na seção 3.2.1.2, duas situações podem ocorrer: (i) ou não se emancipou, no processo antecedente, questão sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com o qual pretendeu o autor ou reconvinte sustentar sua pretensão, situando-se a suposta inconstitucionalidade como fundamento da sentença; (ii) ou, do contrário, a questão fora objeto de decisão prévia em relação ao dispositivo da sentença, situando-se, igualmente, como fundamento, no sentido de antecedente lógico desta¹⁰⁹.

Sustenta-se que, se houve o pronunciamento negativo do órgão judiciário quanto à inconstitucionalidade, a via para sua argüição, após o trânsito em julgado da sentença de mérito, será a ação rescisória.

Argumentar-se-ia que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sumulado no verbete n. 343, ainda em vigor - vinculando, portanto, o respectivo Tribunal – elidiria o cabimento da ação rescisória, quando fundar-se a decisão em norma de interpretação controvertida nos tribunais.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, afastou a incidência do verbete n. 343 para a hipótese de interpretação controvertida dessas normas, conforme inúmeros precedentes, dentre os quais o recurso extraordinário n. 89108 (1980) e o agravo regimental no recurso extraordinário n. 32881 (2002).

¹⁰⁸ Propõe José Maria Tesheiner, como nova hipótese de revisão da sentença, a inserção de um parágrafo ao artigo 471, do Código de Processo Civil, que considere, também, a orientação jurisprudencial ou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal como modificação no estado de direito. Explica o autor: “Para nós, que entendemos que a jurisprudência constitui, sim, fonte de direito, esse dispositivo contém a solução do problema. Se o contribuinte [ou o fisco] obtém declaração, com base em determinada interpretação, mas a jurisprudência vem a se fixar em sentido oposto, há de caber a revisão do julgado, porque houve modificação do direito. Esta é, pois, a nossa primeira proposta: que se inclua, no art. 471, parágrafo esclarecendo que se considera modificação no estado de direito a fixação da jurisprudência em outro sentido, por súmula do tribunal competente [que seria o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; o Superior Tribunal de Justiça quanto à lei federal; o Tribunal de Justiça, no que diz respeito à lei local]. Observe-se que não se estaria a rescindir a sentença. A ação seria rigorosamente de revisão do julgado, com efeitos *ex nunc* ou retroagindo, no máximo, à data da propositura da ação revisional.”(2001, p. 190 e 191).

¹⁰⁹ Ver Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei (2006, p. 254).

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria também se manifestaram no sentido de que, quando já houver pronunciamento sobre a questão constitucional, ao sucumbente permanecerá tão somente a ação rescisória, “É que o Poder Judiciário já terá feito, de forma definitiva, o controle de constitucionalidade que lhe competia.” (2005, p. 120).

Ressalta Luiz Guilherme Marinoni outro aspecto da mesma questão, aduzindo que “Isso quer dizer que ou a Súmula n. 343 não vale para nada – nem mesmo para as leis infraconstitucionais – ou ela deve ser aplicada também à matéria constitucional. Mas, pensar na eliminação da Súmula 343 significa dar extensão desmedida ao art. 485, V do CPC, equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação da sua própria essência.” (2004a, p. 171 e 172).

Conclusivamente, entretanto, firmam-se os entendimentos de que a incidência das regras do artigo 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, em relação ao critério *comando sentencial*, verificar-se-á: (i) na hipótese de dependência entre um ou mais capítulos decisórios com um ou mais capítulos da motivação da sentença¹¹⁰; e, (ii) na hipótese de não ter se emancipado no processo antecedente questão sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com o qual pretendeu o autor ou reconvinte sustentar sua pretensão.

4.2.2.2 Sentença condenatória de obrigação de pagar quantia

Refere-se o artigo 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil, à fase de cumprimento de sentença condenatória em obrigação de pagar quantia; e o artigo 741, parágrafo único, às execuções por quantia certa movidas contra a Fazenda Pública. Analisar-se-á, primeiramente, o artigo 475-L, § 1º, e, em seguida, o artigo 741, parágrafo único.

Constitui-se clássica a dicotomia entre a classificação das ações. A denominada teoria ternária, desenvolvida originalmente pela dogmática italiana, enuncia haver três espécies de ação: declaratória, condenatória e constitutiva. E a teoria quinária, desenvolvida originalmente pela dogmática alemã, aponta a existência dessas três espécies acrescentando-lhes mais duas:

¹¹⁰ Sobre o ponto analisado ver Eduardo Talamini (2005, p. 406 e seguintes).

a ação mandamental e a ação executiva (*lato sensu*). No Brasil, filia-se tanto a uma quanto a outra teoria, residindo, porém, a mais expressiva controvérsia sobre haver ou não distinção entre as ações condenatórias e as mandamentais, e entre estas e a executiva (*lato sensu*).

Há que se fazer uma ressalva: ao se mencionar *classificação das ações* está-se sendo fiel às teorizações sobre o instituto da ação. Entretanto, na realidade, as eficácias (declaratórias, condenatórias, constitutivas, ou, ainda, mandamentais e executivas) não decorrem da ação, mas da sentença que, por sua vez, se constitui de um dos meios pelo qual o Estado presta tutela jurídica aos sujeitos de direito. Adverte Cândido Rangel Dinamarco: “A tutela jurisdicional não consiste na prolação da sentença em si mesma, mas é *produzida* por ela e pelos efeitos que projeta sobre a vida das pessoas.” (2004a, p.203).

É em função da tutela jurisdicional – a qual, neste contexto, seguindo-se a linha desenvolvida por Cândido Rangel Dinarmaco, consiste na manifestação de efeitos práticos na vida do jurisdicionado¹¹¹ - que reside a controvérsia dogmática quanto à distinção entre as ações condenatórias e as mandamentais, e entre estas e a executiva (*lato sensu*)¹¹².

Para os que defendem a teoria quinária, dentre os quais Pontes de Miranda (1970), Ovídio A. Batista da Silva (2005), Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2006), Luiz Guilherme Marinoni (2004) e tantos outros – as referências são meramente exemplificativas –, o atual estágio do direito processual e respectiva ciência exigem, para os fins classificatórios das ações, sejam levadas em consideração as técnicas destinadas à efetivação da tutela jurisdicional.

Tanto nas ações declaratórias quanto nas constitutivas, em quaisquer de suas variantes, o provimento jurisdicional, ou seja, a própria sentença, constitui-se hábil a implantar plenamente a tutela jurisdicional, tornando irrelevante a consideração das técnicas para sua efetivação. Daí a uniformidade dogmática em torno da classificação das ações.

¹¹¹ O processualista gaúcho Carlos Alberto Álvaro de Oliveira utiliza-se da expressão tutela jurisdicional para designar a sentença, e, tutela do direito, para designar os efeitos concretos daquela decorrentes. (2006, p. 316).

¹¹² Esclarece Marcelo Lima Guerra que a distinção das medidas a serem empreendidas para prestação da tutela executiva são irrelevantes para a classificação da tutela a ser prestada, nas palavras do autor “Nenhuma dessas peculiaridades, todavia, são relevantes na *formação do conceito de tutela executiva*, enquanto *categoria de tutela jurisdicional, nos termos antes referidos*. Nessa perspectiva, insista-se, a única informação relevante para caracterizar uma determinada atuação jurisdicional como *tutela executiva*, é a que diz respeito ao *tipo de necessidade de proteção do direito subjetivo que foi atendida*, quer dizer, se o órgão jurisdicional proporcionou [ou melhor, *tentou proporcionar*] ao titular do direito subjetivo a sua *satisfação concreta*.” (2003, p. 23).

Há, contudo, espécies de provimentos que não disponibilizam a tutela plena ao jurisdicionado. Estas necessitam, para sua efetivação, de uma atitude (omissiva ou comissiva) da parte sucumbente ou do Estado, mediante coerção ou sub-rogação.

Dá-se o nome de ação executiva (*lato sensu*), ou meramente executiva, quando a efetivação da tutela não depende de ato do réu; permite-se que o titular do bem o obtenha por mero cumprimento da sentença, mediante expedição de um mandado executivo que materializa uma coerção direta. Tal espécie de tutela não se confunde com a obtida por sub-rogação, esclarece Luiz Guilherme Marinoni. E acrescenta: “[...] não há como pensar em atividade de sub-rogação, pois nada precisa ser feito pelo vencido para ocorrer a realização do direito, bastando a expedição de mandado executivo.” (2004). Acrescenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A *tutela executiva lato sensu* atua sobre a esfera jurídica do demandado, o mais das vezes sobre seu patrimônio [não sobre a vontade], e afeiçoa-se às obrigações de entregar e de restituir, bem assim ao dever de restituir coisa certa, como sucede com o desrespeito ao direito de posse decorrente da propriedade.” (2006, p. 311).

Quanto às ações mandamentais, o elemento definitório reside na coerção indireta que poderá ser patrimonial ou pessoal, consigna Luiz Guilherme Marinoni: “Na sentença mandamental o juiz usa *a força* do Estado para estimular o vencido a adimplir, ao passo que na condenatória *há apenas a constituição de uma situação jurídica que pode abrir oportunidade ao seu uso.*” (2004, p. 129), pontuando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “A *tutela mandamental* é adequada para os deveres de abstenção decorrentes dos direitos de personalidade e para as obrigações de fazer e não fazer, quando se atua sobre a vontade, e não sobre o patrimônio do demandado.” (2006, p. 311).

Por fim, esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “A *tutela condenatória* é própria e exclusiva das assim denominadas obrigações pecuniárias, antigamente chamadas de obrigações de dar dinheiro, em face da adequação da futura execução sub-rogatória nela compreendida, se desatendido o comando condenatório.” (2006, p.311).

Apesar do esforço doutrinário para distinguir as ações condenatórias, mandamentais e executivas (*lato sensu*), o legislador consolidou nas regras dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, distintas técnicas para efetivação das tutelas que exigem um fazer ou não fazer, ou a entrega de coisa. Observa Luiz Guilherme Marinoni: “Entretanto, o CPC, em seus arts. 461 e 461-A, *generalizou a dispensa da ação de entrega de coisa*. Em razão dessas disposições, tais sentenças, mesmo que *dependentes da prática de ato pelo réu* (as quais, assim, em princípio poderiam ser condenatórias), embora não autorizem, desde logo, a expedição de mandado de execução, eliminam *a necessidade da propositura da ação de execução*.” (2004, p. 121)¹¹³.

Idêntica técnica legislativa fora empregada pela Lei 11.232 (2005) para a efetivação da tutela das obrigações de pagar quantia decorrente de título judicial, artigo 475-I, do Código de Processo Civil, com o seguinte teor: “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.”

Bem estabelecido está, pelo *caput* da norma transcrita, que os demais artigos daquele Capítulo destinam-se apenas e tão somente ao cumprimento da sentença que consigne obrigação de pagar quantia, permanecendo o cumprimento das sentenças que estipulem dever de não fazer ou fazer, ou de entregar coisa, nos moldes dos artigos 461 e 461-A.

Houve, portanto, uma separação entre o modo pelo qual as tutelas condenatórias são ou tendem a ser cumpridas, distinção que não passou despercebida por Cássio Scarpinella Bueno: “Se a obrigação for diversa, isto é, se o devedor tiver que fazer ou deixar de fazer ou, ainda, entregar alguma coisa diversa de dinheiro para o credor, as providências a serem tomadas não são aquelas dos referidos dispositivos mas, como a remissão feita pelo *caput* do art. 475-I deixa bem claro, as descritas e expressamente permitidas pelos arts. 461 e 461-A.” (2006a, p. 69).

¹¹³ Sobre o tema também discorre Marcelo Lima Guerra “Sendo assim, com o advento da Lei 10.444/2002, o *módulo processual executivo* [‘processo de execução em sentido meramente conceitual’] passa a ser disciplinado como *processo autônomo*, apenas quanto à tutela das obrigações de pagar quantia e das obrigações, de qualquer natureza, consagradas em títulos executivos extrajudiciais. Já no tocante às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa reconhecidas em sentenças judiciais, o *módulo processual executivo* consiste, repita-se, em mera *fase executiva de um processo autônomo complexo*, ou seja, de um ‘processo sincrético.’” (2003, p. 34 e 35).

Marcelo Abelha Rodrigues igualmente propõe que “É que ao dizer que o cumprimento da sentença se faz conforme os arts. 461 e 461-A, e que as obrigações de pagar serão executadas de acordo com os dispositivos que seguem [art. 475-J], o legislador reconheceu que, embora pertençam à mesma moeda [execuções fundadas em títulos judiciais seguem o modelo sincrético], a tutela executiva das obrigações específicas possuem um regime jurídico diverso das execuções por expropriação.” (2006, p. 113).

Os artigos 461 e 461-A não prevêm como meio de defesa típico a impugnação prevista no artigo 475-L, circunstância que, se por um lado não conduz à inferência de que não poderá o sucumbente valer-se de contraditório heterotópico¹¹⁴, por outro, importa negar-lhe a via da impugnação prevista no § 1º, do artigo 475-L, do Código de Processo Civil.

Teori Albino Zavascki, diferentemente, propõe a aplicação dessas regras subsidiariamente às ações executivas *lato sensu*, aduzindo que “Quanto à matéria suscetível de invocação, seus limites são os mesmos estabelecidos para os embargos à execução fundada em título judicial, de que trata o já referido art. 741 do CPC, aí incluída a hipótese de inexigibilidade do título, prevista no parágrafo único. É inevitável e imperioso, no particular, que nos termos do art. 644 do CPC, haja aplicação subsidiária desse dispositivo às ações executivas *lato sensu*.” (2005, p. 90).

Respeitando-se o prestigiado jurista, firma-se entendimento contrário, seja porque tratando-se a coisa julgada material de direito fundamental, tais regras, por impor-lhe restrições, deverão ser interpretadas restritivamente (seção 4.2.2), seja porque o legislador expressamente consignou, no *caput* do artigo 475-I, que as sentenças que estipulem dever de não fazer ou fazer, ou de entregar coisa, serão cumpridas segundo os artigos 461 e 461-A, omitindo-se em tais normas previsão de idêntico teor ao do § 1º, do artigo 475-L.

¹¹⁴ O processualista Cassio Scarpinella Bueno pontua sobre o tema o seguinte: “A bem da verdade, penso que a extinção dos embargos à execução fundados em sentença e a sua substituição pela impugnação regulada pelo art. 475-L são um primeiro [e decisivo] passo para regular, vez por todas, as chamadas exceções ou objeções de pré-executividade, adotando-as como *modelo* de impugnação do devedor nas execuções contra ele promovidas. Na exata medida em que a doutrina e a jurisprudência estão absolutamente convencidas da pertinência e do cabimento daquelas medidas quando a matéria nela veiculada é de ‘ordem pública’, isto é, passível de apreciação judicial mesmo sem provocação específica do interessado, não vejo como recusar, mesmo sob a égide das transformações trazidas pela Lei n. 11.232/2005, a incidência desta mesma diretriz interpretativa.” (2006a, p. 113 e 114).

Outro aspecto relativo à restrição de incidência, verifica-se na própria aptidão da sentença condenatória ser cumprida voluntariamente, ou, em termos mais genéricos, fora do alcance do artigo 475-I, do Código de Processo Civil. Propõe Hermes Zaneti Júnior que “Esta eficácia condenatória gera a possibilidade de execução, que compele ao adimplemento, ‘exorta ao pagamento’, ou a própria execução, efeito da sanção executiva nela contida.” (2006a, p. 54).

Portanto, na hipótese de operar-se o cumprimento da sentença - de realizar-se a tutela plenamente por via alheia do artigo 475-I, do Código de Processo Civil -, elide-se, também, a incidência do § 1º, do artigo 475-L, por abstrair do sucumbente o meio hábil a propor sua defesa com base no respectivo inciso II desta norma.

No que se refere à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, a abrangência do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, limitar-se-á, igualmente, à oposição de embargos contra ação executiva de obrigação de pagar quantia. Isto porque as regras dos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil, conforme acentua Cândido Rangel Dinamarco, dizem “[...] respeito unicamente à execução por quantia e não impede as execuções específicas [...]” (2004b, p. 611).

Lícita é a inferência de que o cumprimento de sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, que consignem a condenação em obrigação específica, ou seja, de entregar coisa ou de fazer ou não fazer, dar-se-á nos termos dos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, submetendo-se, pois, ao regime dessas regras quanto à hipotética apresentação de defesa.

Dito de outra forma, a possibilidade dos embargos nos termos do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, restringe-se ao cumprimento de sentença proferida contra a Fazenda Pública pelo manejo da ação prevista nos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil. Isto significa que os embargos restringem-se às ações executivas de sentença condenatória em obrigação de pagar quantia, pois apenas tais sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda Pública não dispõem do efeito executivo, dada a previsão

infraconstitucional dos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil, e constitucional do artigo 100, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal¹¹⁵.

4.2.2.3 Artigo 475-I, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, como normas relativas ao controle judicial de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

4.2.2.3.1 Nulidade *versus* eficácia, da lei ou ato normativo

Em várias passagens desta exposição, afirmou-se que as regras analisadas referem-se ao controle judicial de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal. Especifica-se, neste momento, que, na realidade, dizem tais normas com os *efeitos* advindos das decisões normativas do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, isto é, com o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* desses pronunciamentos jurisdicionais.

Os lindes deste trabalho não permitem, sem que se afaste bastante de sua centralidade, abordagem pormenorizada de todos os meios dispostos para o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, suas variantes, questões e incidentes. Para o desenvolvimento das idéias conexas ao tema, é suficiente o mero destaque relativo as vias das quais resultam decisões qualificadas pelo denominado efeito vinculante e pela eficácia *erga omnes* para os exatos fins de subsunção do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Verificam-se essas circunstâncias quando o Supremo Tribunal Federal tenha: (i) exercido controle judicial concentrado de constitucionalidade de normas, e declarado a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo aplicado; (ii) exercido o controle judicial difuso de constitucionalidade, e reconhecido a incompatibilidade da aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo com a Constituição Federal – e, nesta hipótese, já tenha o Senado atuado conforme artigo 52, inc. X, da Constituição Federal -; ou, (iii) exercido o controle judicial

¹¹⁵ Pontua Araken de Assis sobre a impossibilidade do cumprimento da sentença condenatória de pagar quantia proferida contra a Fazenda Pública, nos termos do artigo 475-I, do Código de Processo Civil: “Vale recordar que a execução de provimentos contra Fazenda Pública escapa do campo de incidência do art. 475-I, e, portanto, a defesa do executado se realiza mediante embargos, e, não da impugnação do art. 475-L.”(2006, p. 147).

concentrado de constitucionalidade e atribuído a interpretação conforme à Constituição Federal, ou de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nos termos da Lei n. 9868 (1999), artigo 28, e Lei 9882 (1999), artigo 11, em sentido diverso da decisão.

Especificamente quanto à hipótese do item (ii), ou seja, de exercício do controle concentrado de normas seguido de atuação do Senado Federal há uma particularidade, pois, verdadeiramente não é da decisão do Supremo Tribunal Federal que defluirá eficácia *erga omnes* e consequente efeito vinculante; o que ocorre nessas circunstâncias é a suspensão da execução de lei por atuação do Senado Federal.

Mas, nessa hipótese, a motivação da suspensão da execução da norma pelo Senado Federal será sua inconstitucionalidade previa e definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que em função da via pela qual exerce seu munus – via difusa – sua decisão, por si só, não dispõe de eficácia *erga omnes* e respectivo efeito vinculante necessitando de um *plus* atribuído por deliberação e decisão do Senado Federal.

Portanto, ainda que, como dito, na realidade não decorra da decisão do Supremo Tribunal Federal os atributos da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não se vislumbra fundamento jurídico relevante para não se conferir tais atributos à decisão do Supremo Tribunal Federal após a atuação do Senado Federal nos termos do artigo 52, X da Constituição Federal.

Sobre os efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal relevante analisar a função das denominadas súmulas vinculantes previstas no artigo 103-A da Constituição Federal e reguladas pela Lei n. 11.417 (2006), bem como se mencionadas súmulas vinculantes poderiam ser utilizadas como o paradigma necessário ao manejo da impugnação prevista no § 1º do artigo 475-L e embargos previstos no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

Firma-se entendimento no sentido positivo. Nos termos do artigo 2º da Lei n. 11.417 (2006) que secundou a previsão do artigo 103-A da Constituição Federal, as súmulas vinculantes serão editadas a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e terão por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas, ou seja, o habitat natural das súmulas

vinculantes é o controle de constitucionalidade de normas, pela via difusa, exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, se as decisões proferidas pela via do controle concentrado de constitucionalidade de normas já dispõem, por previsão constitucional, artigo 102, § 2º da Constituição Federal, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a utilidade das súmulas vinculantes verte-se às decisões sobre constitucionalidade de normas proferidas em controle difuso que, em princípio, não dispõem de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Logo, o conteúdo das súmulas vinculantes não só poderão como deverão servir de paradigma para o manejo do § 1º do artigo 475-L e parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil; o que o legislador constituinte derivado pretendeu com as súmulas foi exatamente conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para as decisões sobre constitucionalidade de normas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal desprovidas de tais atributos, não havendo nenhuma razão para se excluir o conteúdo das súmulas das hipóteses versadas nas regras processuais analisadas que, a rigor, são corolários da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, características estas presentes das súmulas vinculantes.

Conclui-se, portanto, que todas as formas de controle concentrado, ou seja, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, e as formas de controle difuso que resultem na atuação pelo Senado Federal nos termos do artigo 52, X e na atuação do próprio Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, por conterem os atributos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, terão o condão de fundamentar a impugnação e os embargos dos quais se ocupam as regras processuais objeto de investigação.

Da análise do controle judicial de constitucionalidade em uma dessas formas, desdobram-se alguns problemas centrais: (i) a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*?; (ii) a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é inexistente, nulo ou ineficaz?; (iii) a sentença cujo comando se fundamenta em lei ou ato normativo declarado inconstitucional é inexistente, nula ou ineficaz?

Impõe-se para as necessárias respostas a abordagem – limitada, adverte-se mais uma vez - sobre os efeitos que emanam das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, indicando-se, como perspectiva da análise, os planos dos atos jurídicos em geral ¹¹⁶.

O controle judicial de constitucionalidade de lei ou ato normativo opera-se, segundo Mauro Cappelletti, mediante dois métodos que podem ser classificados: (i) sob o aspecto subjetivo, isto é, em relação ao órgão competente para exercê-lo; (ii) sob o aspecto modal, ou seja, modo de arguição; e, (iii) sob o aspecto funcional, conforme os efeitos da decisão.

Considerando-se o aspecto subjetivo, observa o autor (1999, p. 67 e 68), tem-se: o controle difuso, também denominado americano, no qual todos os órgãos jurisdicionais serão competentes para conhecer e julgar desta matéria; e o controle concentrado, alcunhado austríaco, no qual apenas em um órgão se concentra tal competência.

O aspecto modal identifica duas formas de arguição de inconstitucionalidade: a incidental, pertinente ao controle difuso; e a principal, relativa ao controle concentrado (1999, p. 102).

Quanto ao aspecto funcional, segundo Mauro Cappelletti, da decisão poderão emanar efeitos declaratórios e, por conseguinte, retroagir ao início da existência da lei ou ato normativo, respeitando, porém, as situações consolidadas, como – por exemplo – a coisa julgada (1999, p. 124) e limitando-se às partes, situações que caracterizam o controle difuso.

¹¹⁶ Nas Palavras de Pontes de Miranda: “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou não se vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem aos atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entram (plano de existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos. 2. Valer e ser eficaz. Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.”(2000, p.39).

Como poderão emanar da decisão efeitos constitutivos negativos, por conseguinte, *em regra*, não retroativos, dirigidos a todos, ou seja, *erga omnes* (1999, p. 115), características do controle concentrado.

Consoante Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 70), prevaleceu, nas Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937 e 1946, o controle difuso. Por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 1965, foi instituído o controle concentrado, aperfeiçoando-se, com a Constituição de 1988, a combinação desses modelos.

Apesar de espécies do gênero controle judicial de constitucionalidade (difuso e concentrado), as atividades cognitivas exercidas em um e outro modelo não coincidem.

No controle difuso, o julgador reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade, deixando de aplicar a lei ou ato normativo inconstitucional. Dá-se, portanto, a atuação cognitiva do órgão no campo de aplicação ou não aplicação de lei ou ato normativo que, apesar do reconhecimento incidental de inconstitucionalidade, permanecerá no ordenamento.

No controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade, e, em decorrência de sua invalidade, desconstitui a lei ou o ato normativo em relação ao ordenamento. Dá-se, portanto, sua atuação cognitiva no campo de validade ou invalidade de lei ou ato normativo.

Ambas as espécies de controle judicial de constitucionalidade, por outro lado, têm como escopo, no contexto de um regime de Constituição rígida, a preservação da Constituição, para que suas normas não sejam revistas pela via ordinária, observa Mauro Cappelletti (1999, p. 47). Fala-se, comumente, em supremacia da constituição.

As leis ou atos normativos, por sua vez, constituem-se de fatos jurídicos em uma de suas espécies - os atos jurídicos - porque resultam de criação humana e, como tal, prescindem dos planos de existência, validade e eficácia.

Explica Pontes de Miranda que “A doutrina alemã empregou o termo *Gültigkeit* em quatro sentidos diferentes: a) o existir; b) o incidir a regra jurídica; c) o ter força de aplicação; d) o valer.” (1999, p.59).

Em função dessas acepções do termo, baralhou-se na doutrina pátria distintos institutos relacionados à lei ou a ato normativo, tais como: a existência e a incidência; a vigência com a incidência; a incidência com a validade (1999, p. 59).

Os institutos, porém, são distintos e merecem breve análise. Uma vez existente, há lei, cuja *incidência* dependerá de sua entrada em *vigor*, exemplifica o autor: “(a) A lei, desde que existe, lei é; todavia, raramente a lei começa de incidir e a ser aplicável desde existe. Se, nela mesma, publicada a 1º, ou noutra, do dia 1º, se diz que ‘entrará em vigor no dia 12’, há, necessariamente, lapso entre a sua publicação, no dia 1º e a sua vigência, de modo que surge a distinção conceptual entre *existência* e *incidência* da lei.” (1999, p. 61). Logo, além de existir, poderá ou não a lei ou ato normativo incidir, e, ao incidir, diz-se que a lei ou ato normativo é eficaz. Arremata Pontes de Miranda: “Incidência é eficácia; porém eficácia não é só incidência.” (1999, p. 62).

Quanto à validade, a lei ou ato normativo serão válidos desde que não contrariem em forma e ou conteúdo norma – que é algo distinto de enunciado legal, conforme explanações na seção n. 1.1, nota n.3 e n. 1.4.2 – hierarquicamente superior, que no contexto analisado é a Constituição Federal. Em outros termos, a lei ou ato normativo serão válidos desde que reúnam os requisitos de validade que lhes são próprios.

A existência de uma lei ou de um ato normativo não se infirma por sua hipotética invalidade ou por sua hipotética ineficácia. A distinção dos planos dos atos jurídicos, em geral, e das leis e atos normativos, em especial, repercute na eficácia preponderante da tutela a ser dispensada pelo poder jurisdicional.

Quando ausente um ou mais elementos de existência de um ato jurídico e, desta circunstância, emancipar-se uma *crise de certeza*, a tutela hábil para solução de possível conflito será preponderantemente declaratória. Se for declaratória negativa, isto é, se reconhecer que o ato,

por insuficiência de elementos, jamais existiu juridicamente, terá, como corolário, eficácia *ex tunc*.

A conformação constitucional de lei ou ato normativo, como dito acima, concerne ao plano de sua validade. Leis ou atos normativos, nestas circunstâncias, *existem*, mas não lhes concorrem todos os *requisitos de validade*, o que não impede sejam *eficazes* e produzam no mundo fenomênico todos os efeitos previstos em sua proposição, já que não há hierarquia entre os planos de validade e eficácia - basta existirem para, em tese, serem eficazes.

Para as hipóteses de invalidade e conseqüente *crise sobre a modificação jurídica* decorrente da ausência de um ou mais requisitos de validade, a tutela hábil será a constitutiva. Se for constitutiva negativa (se reconhecer que o ato, por deficiência de requisitos, existiu invalidamente) terá, como corolário, eficácia *ex nunc*.

Propõem entendimento distinto, dentre outros, Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia, da seguinte forma: “A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente.” (2003, p. 47).

Sobre os provimentos do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a inconstitucionalidade de normas, Pontes de Miranda declina o seguinte: “Na decretação de inconstitucionalidade, supõe-se existência, de modo que, respondido que a lei não existe, ou que não existe mais, a questão da inconstitucionalidade não se põe.” (1967, p.572). E acrescenta: “Por isso mesmo, se se afirma que existe a regra jurídica, mas é contrária ao direito constitucional, tem-se de discutir e decidir, observado o art. 111, se há a contrariedade, ou não; se há, e a maioria absoluta entende assim, desconstitui-se a lei [= decreta-se-lhe o desfazimento pela nulidade].” (1967, p.572).

Adere-se neste contexto as idéias desenvolvidas por Pontes de Miranda, segundo as quais as decisões normativas de controle de constitucionalidade emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, decisões estas que reconheçam a inconstitucionalidade de normas ou atos normativos, devem conter eficácia preponderante constitutiva.

Quanto à eficácia e respectivos efeitos das decisões proferidas em controle *concentrado* de constitucionalidade de normas ou ato normativo, no Brasil¹¹⁷, recepcionou-se a “[...] orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc*¹¹⁸ a lei inconstitucional.”, conforme noticiam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2001, p. 317). Isto significa dizer que adotou-se a tradição americana denominada *judicial review*.

Há incoerência entre o vício da lei ou ato normativo, que concerne ao plano da validade, e a eficácia do provimento pelo qual o Estado confere tutela em hipóteses tais. Isto porque embora contenham as decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de normas eficácia constitutiva negativa, em regra – não se quer propor que há regra prescrevendo que assim o seja, mas que pela tradição brasileira assim o é –, sua eficácia será *ex tunc*. Ocorre que a eficácia *ex tunc* é própria das tutelas declaratórias e não das constitutivas.

Clèmerson Merlin Clève, entretanto, desenvolve entendimento oposto no sentido de que as mencionadas decisões caracterizam-se preponderantemente pela declaração negativa, advindo daí um princípio implícito do ordenamento brasileiro que predetermina a retroação dos respectivos efeitos da decisão. Ressalta o autor: “Conquanto a Constituição brasileira não disponha de modo expresso, como a portuguesa, a respeito da conseqüência [sanção] decorrente da inconstitucionalidade, a nulidade [e não anulabilidade] do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito.” (1995, p. 164 e 165).

Por outro lado, observa Gilmar Ferreira Mendes que “[...] exigências de ordem prática provocaram a atenuação na doutrina da nulidade *ex tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional.” (1990, p. 279). E arremata o autor: “O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada.” (1990, p. 280).

¹¹⁷ Registra-se o paradigma da ADI n. 652-5 (1992).

¹¹⁸ Ressalta-se posição discordante do Ministro Leitão de Abreu, noticiada por Teori Albino Zavascki (2001, p. 48) e por Gilmar Mendes (1990, p. 278), que defendeu conter eficácia *ex nunc* as sentenças proferidas em controle de constitucionalidade de normas pelo STF, conforme expressou no Recurso extraordinário n. 79.434 (1992).

Dessa evolução do direito constitucional e respectiva dogmática resultou a concepção do denominado efeito modulado, ou retroatividade atenuada das decisões de controle de constitucionalidade de normas e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal. Isto significa que, dependendo do caso concreto e conseqüente repercussão dos hipotéticos efeitos, o Supremo Tribunal Federal fixará o *dies a quo* dos efeitos de sua decisão. Esta é a previsão da Lei n. 9868 (1999), artigo 27, e da Lei n. 9882 (1999), artigo 11.

Na ausência de fixação do *dies a quo* dos efeitos da sua decisão, nos termos da Lei n. 9868 (1999), artigo 27, e da Lei n. 9882 (1999), artigo 11, embora os precedentes do Supremo Tribunal Federal apontem para a tradição da eficácia *ex tunc*, pontua-se que, ao contrário do que defende Clèmerson Merlin Clève, não há previsão constitucional da qual decorra, ainda que implicitamente, princípio da retroação dos efeitos da decisão.

Todavia, perfunctória análise sobre existência e validade de lei ou ato normativo inconstitucional conduziria à conclusão – equivocada – de que a lei ou o ato normativo seriam inconstitucionais desde sua existência, ou seja, a invalidade por inconstitucionalidade, *em tese*, seria contemporânea à existência.

A circunstância de que a invalidade da lei ou ato normativo é contemporânea à sua existência, foi o que conduziu parte substancial da dogmática e dos julgadores a reconhecerem nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, a tutela com eficácia preponderante declaratória, e, portanto, dotada de eficácia *ex tunc*.

Ocorre que normas contêm significado distinto de enunciado normativo ou legal. Tratam-se as normas de construção de sentido a partir de um enunciado (legal). Considerando que a construção de sentido exige tempo, espaço, lugar e intérprete, poder-se-á, de um mesmo enunciado (legal), sacar mais de uma norma em função daquelas variantes.

Nessa linha de idéias, um mesmo enunciado legal pode, em dado tempo, ser interpretado como compatível com a Constituição e, em outro, como incompatível, rompendo-se o elo

entre a existência e a invalidade, no sentido de que a invalidade pode ser contemporânea à existência da lei ou ato normativo, *como pode não o ser*.

Argumentar-se-ia que tais considerações não seriam aplicáveis ao controle concentrado, pois somente ao Supremo Tribunal Federal atribui-se tal competência. Por conseguinte, elidir-se-iam as variantes, tais como: tempo, espaço, lugar e intérprete.

Entretanto, ao Supremo Tribunal Federal confere-se a evolução interpretativa que o conduz em hipóteses tais, à análise dos limites e efeitos da coisa julgada relativa ao juízo de controle de constitucionalidade concentrado¹¹⁹.

Dessas idéias, defluem as respostas para as seguintes perguntas formuladas: (i) a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*? Dependerá da própria decisão, pois a norma reconhecida como inconstitucional, mediante o controle concentrado, *existe*, mas, por não lhe concorrer um ou mais *requisitos de validade* terá sua *eficácia*, diga-se, sua capacidade para produção de *efeitos*, modulada pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é inexistente, nulo ou ineficaz? No entendimento esposado, trata-se de ato nulo e não inexistente, porque ausente um requisito para sua validade consistente na conformação formal ou material perante a Constituição Federal.

4.2.2.3.2 Eficácia legal *versus* eficácia jurídica

A nulidade da lei ou ato normativo, como dito, não impede a sua eficácia; pelo contrário, em regra, a lei ou o ato normativo terá incidido, portanto, terá sido eficaz, desde sua entrada em vigor. O corte no plano da eficácia procedido pela decisão em controle judicial de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal é que determinará, no tempo, a eficácia da

¹¹⁹ Sobre o tema, manifestou-se Gilmar Mendes: “A relevância da evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade está a demonstrar que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A eventual mudança no significado de parâmetro normativo (*kontrollmassstab*) pode acarretar a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional. Introduce-se assim, a discussão sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na espécie. Não se é de excluir, igualmente, a possibilidade de que uma norma declarada constitucional pelo Judiciário venha a ter a sua validade infirmada em virtude da evolução hermenêutica. E, nesse caso, lícito será indagar sobre os efeitos e limites da coisa julgada (*Rechtskraft*) no juízo de constitucionalidade.” (1990, p. 95).

lei ou do ato normativo nulo, se a decisão omitir-se a respeito, pela jurisprudência tradicional, haverá retroação de seus efeitos até o momento do início da vigência normativa.

Sobre o corte no plano da eficácia, registra-se que mesmo diante da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal em algumas hipóteses, a lei ou o ato normativo nulo, dada sua incidência, já podem ter jurisdicizado fatos e os transformado em fatos jurídicos, dos quais os efeitos já tenham se consolidado.

Trata-se da distinção bem elaborada por Pontes de Miranda entre a eficácia legal (= incidência) e a eficácia jurídica, esta, relativa ao fato que a lei ou ato normativo jurisdicizou e que implica em irradiação de efeitos. A propósito, declina o autor: “A incidência da regra é a sua eficácia; não se confunde com ela, nem com a eficácia do fato jurídico; a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é jurisdicização das conseqüências dele, devido à incidência.” (1999, p. 63). E conclui “[...] a *eficácia da regra jurídica*, que é a de incidir, eficácia legal [da lei], eficácia nomológica [= da regra jurídica]; e a *eficácia jurídica*, mera irradiação de efeitos dos fatos jurídicos.” (1999, p. 63).

A relação dessas proposições com o tema implica possibilidade de, ao tempo da decisão de controle de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal, já ter a norma, declarada como inconstitucional, jurisdicizado fatos cujos efeitos já se tenham consolidado, não se autorizando - seja por razões lógicas, seja por razões jurídicas - negar em tais situações eficácia à lei ou ato normativo nulo.

Dito de outra forma, o fato de se afastar - *dado o efeito vinculante das decisões de controle de constitucionalidade analisadas e a exclusão da norma ou ato normativo inconstitucional do ordenamento* - a possibilidade do órgão jurisdicional aplicar a norma ou ato normativo inconstitucional aos fatos ocorridos anteriormente ao reconhecimento da inconstitucionalidade, não importa em conferir idêntico tratamento aos fatos já jurisdicizados e sobre os quais o órgão jurisdicional já tenha soberanamente aplicado a norma ou o ato normativo declarado inconstitucional. Isto porque a sentença, em si, se constitui de ato jurídico que serve de suporte fático para incidência de outras normas como, por exemplo, a do princípio da boa-fé e do valor jurídico dos atos praticados sob sua égide.

Portanto, uma coisa é a elisão da possibilidade de se aplicar a norma ou o ato normativo tidos por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, e outra, bem distinta, é retornar à situação jurídica pretérita, protegida pela coisa julgada material, e determinar sejam os efeitos práticos advindos da tutela jurisdicional, aniquilados como se nada houvesse acontecido¹²⁰.

Entretanto, o sistema originário do Código de Processo Civil, reitera-se, disponibiliza meios de se revisar a coisa julgada material, mas, em atenção justamente à segurança jurídica ínsita à coisa julgada material, limita-os, sob o aspecto material e temporal.

Parte da doutrina brasileira¹²¹, para a hipótese de revisão da coisa julgada material em decorrência do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante sobre a norma que embasou a sentença da qual exsurgiu a coisa julgada, aponta, *de lege lata*, como solução da *quaestio* iniciar-se a fluência do prazo decadencial para propositura da ação rescisória da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, em relação às ações de repetição de indébito tributário chegou a aplicar, de certa forma¹²², mencionada tese, conforme recurso especial n. 72224-RS (1995) e n. 70774-RS (1995), ao reconhecer que o início do prazo prescricional para o exercício de tais ações dar-se-ia a partir da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconhecesse a inconstitucionalidade da norma que teria embasado a cobrança – indevida – pelo Fisco de determinado tributo.

¹²⁰ Excelente trabalho contornando o tema fora desenvolvido por João Cláudio Gonçalves Leal (2005, p. 138).

¹²¹ Propõem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina “Parece-nos possível sustentar-se, *de lege lata*, que, em alguns casos, o prazo do art. 495 do CPC não começaria a correr do trânsito em julgado da decisão rescindenda. É ilógico e injurídico que um prazo corra contra alguém, sem que seja possível, juridicamente, que este alguém tome alguma providência. É impensável que corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo da lesão ocorrer.”(2003, p.204).

¹²² De certa forma porque os casos concretos não versavam sobre ação rescisória, mas ação de repetição de indébito, mas a lógica para aplicação do prazo de prescrição para esta ação era a mesma, ou seja, entendia o Superior Tribunal de Justiça que a fluência do prazo se iniciava com a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma que teria embasado a cobrança indevida do tributo.

Tal solução, *data venia*, incidiria no mesmo inconveniente precitado, ou seja, não havendo limite para retroação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, inúmeras situações já consolidadas e protegidas pela coisa julgada material seriam vulneradas.

O próprio Superior Tribunal de Justiça reviu o posicionamento adotado, tendo, no julgamento dos embargos de divergência n. 435.835-SC (2004) perante a Primeira Seção daquele Tribunal, afastado a data da decisão do Supremo Tribunal Federal como *dies a quo* para a prescrição das demandas condenatórias movidas contra o Fisco.

Dessas idéias, resulta a resposta da terceira pergunta formulada linhas atrás: (iii) a sentença cujo comando se fundamenta em lei ou ato normativo declarado inconstitucional é inexistente, nula ou ineficaz? Responde-se: são existentes, fazem coisa julgada material, e seus efeitos poderão, inclusive, estar consolidados ao tempo da decisão de controle judicial de constitucionalidade concentrado.

4.2.3 Eficácia preponderante das decisões proferidas em razão da impugnação (artigo 475-I) e dos embargos à execução (artigo 741)

Incidentes o § 1º, do artigo 475-L, e o parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil, ter-se-á por *inexigível* o título judicial, ou seja, o comando condenatório da obrigação de pagar quantia derivado da sentença, viabilizando o manejo dos embargos à execução previstos no artigo 741, II, ou, da impugnação prevista no artigo 475-L, II, do Código de Processo Civil.

Destina-se a presente seção a averiguar e a concluir sobre a eficácia da sentença (artigo 741, parágrafo único) e da decisão (artigo 475-L, § 1º) que reconheçam a inexigibilidade do título, nas circunstâncias delineadas na seção antecedente.

A exigibilidade, na teoria do título executivo, caracteriza-se como uma das condições da ação executiva, precisamente, o interesse de agir: “Daí o interesse processual estar ligado à

exigibilidade. Portanto, o interesse de agir é detectável pela conjugação da necessidade da execução (exigibilidade) com a adequação do procedimento, que é outorgado pelo *título executivo.*”, destaca Sérgio Shimura (1997, p. 61 e 62).

A expressão *inexigibilidade* prevista nas regras precitadas provocou uma crítica pujante de Cândido Rangel Dinamarco, o qual propõe se considere *inexistente* o título em hipóteses tais¹²³.

Situação suscetível de conseqüências graves decorreria, se acolhida a proposição do ilustre processualista na hipótese de novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em controle judicial de constitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, diverso de decisão anterior em idênticas circunstâncias, que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, consoante a qual fundamentou-se o título executivo.

Isso porque, se *inexistente* o título, a tutela prevista no § 1º, do artigo 475-L, e no parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil, será declaratória negativa, excluindo a possibilidade de, posteriormente, se reconhecida em momento futuro a constitucionalidade da norma ou do ato normativo, promover-se o “prosseguimento” do cumprimento da sentença, já que declarada inexistente.

Nessa perspectiva, a solução da *inexigibilidade*, ainda que pertinente à crítica de Cândido Rangel Dinamarco sobre divorciar-se tal previsão da teoria do título, constitui-se menos

¹²³ Consigna Cândido Rangel Dinamarco: “O parágrafo que assim dispõe, de deplorável qualidade técnica porque redigido sem o mínimo conhecimento da teoria do título executivo e do conceito de inexigibilidade, tem o significado de mandar que se considere inexistente o título nas hipóteses ali consideradas; não tem o menor significado a idéia de que um direito deixasse de ser exigível quando o título fosse assim viciado. Pelo aspecto substancial, essa arbitrária disposição [Trazida por uma medida provisória sem que houvesse a menor urgência para tanto – MP n. 2.180-35, de 14/8/2001] ao menos resvala na inconstitucionalidade por atentar contra garantia constitucional da coisa julgada. Sua única salvação consistirá em interpretá-la restritivamente, no sentido de que não há título com eficácia para a execução forçada quando a sentença houver sido proferida: a) depois de declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ao cabo de um controle concentrado [ação direta], porque esse julgamento produz ineficácia da norma inconstitucional, retirando-a incontinenti da ordem jurídica; ou, b) depois de suspensa a eficácia da norma inconstitucional pelo Senado Federal, em caso de controle difuso [Const., art. 52, inc. X]. Nesses dois casos, subtraída a eficácia da lei pelo órgão máximo encarregado da vigilância constitucional, é até natural que se repute privado de eficácia um julgado com apoio na lei declarada inconstitucional. Se, porém, a sentença condenatória foi proferida antes, passou em julgado e só depois disso sobreveio a declaração de inconstitucionalidade por um daqueles meios, o parágrafo único do art. 741 não pode ter aplicação, porque seria inconstitucional ele próprio [garantia constitucional da coisa julgada: Const., art. 5º, inc. XXXVI]”. (2004, p. 672 e 673).

gravosa ao credor, pois, tornando-se *exigível*, poder-se-á pretender a satisfação de suposto direito ao crédito reconhecido na sentença.

Ressalta-se que a exigibilidade diz respeito ao plano de eficácia da sentença, e não ao plano de sua existência, “No caso só de ineficácia, a sentença existe, mas é inexecutável, ou não tem eficácia constitutiva, condenatória, mandamental, ou declaratória.” destaca Pontes de Miranda (1976, p. 454).

Em decorrência disso, conclui-se que a decisão, cuja impugnação e os embargos previstos nas regras em comento contemplam, não declara a inexistência do título, elidindo-se a hipótese de eficácia declaratória negativa para mencionada sentença e ou decisão. Afasta-se, igualmente, a possibilidade de lhe concorrer eficácia condenatória, já que a crise de direito não se refere a inadimplemento.

Relativamente, a eficácia mandamental caracteriza-se pela essencialidade do ato estatal para o cumprimento da decisão. Distingue-se aquela da eficácia executiva no sentido de que “No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade”. Contrariamente, “Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a solução final é ato da parte [solver o débito]. Ou do juiz forçando.”, consoante doutrina de Pontes de Miranda (1998, p. 224).

Afasta-se a eficácia mandamental como preponderante para as decisões analisadas, pois, ao reconhecer a inexigibilidade do título, não se seguirá nenhum ato, seja do Estado, seja da parte adversa, para *o cumprimento da decisão*.

Remanesce a última espécie de eficácia, a denominada *constitutiva*. Teori Albino Zavascki propõe o seguinte, ao comentar o art. 741, parágrafo único, editado nos termos da Medida Provisória n. 2180-35 (2001): “Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais.” (2005, p. 81). Nestes termos, as decisões conteriam eficácia preponderante constitutiva negativa.

Necessário, contudo, que sejam extremados dois conceitos os quais se conectam às ações rescisórias: o *iudicium rescissorium*, que desconstitui a sentença; ou a relação jurídica processual do *iudicium rescindens* que, uma vez cumulado ao *rescissorium*, presta novo provimento jurisdicional. Nas palavras de Pontes de Miranda, “Uma coisa é o juízo que *retoma* a prestação jurisdicional, que havia sido entregue; outra, aquele [talvez continuação do anterior, modificado quanto à entidade do juiz, ou não] em que à *relação jurídica processual*, se existiu e se valia, ou restabelecida ou estabelecida *ex novo*, corresponda a nova *prestação jurisdicional*.” (1976, p. 77).

Abstrai-se do que defende Teori Albino Zavascki operar-se naquelas decisões apenas o *iudicium rescissorium*. Deduz-se que esta seja a única inferência plausível, já que não prevêem as regras competência jurisdicional ao juiz, dos embargos ou da impugnação, para que o mesmo preste novo provimento jurisdicional sobre a relação jurídica material pacificada pela sentença exequianda ou em fase de cumprimento.

A solução conferida pelo autor, ou aparentemente conferida por este, não parece afinada com a promessa da prestação de tutela jurisdicional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois, uma vez rescindida a sentença sem que outra lhe ocupe o lugar, consistiria, em última análise, a prestar tutela nenhuma¹²⁴.

Exacerba-se a gravidade da situação quando se atenta para o fato de já se ter prestado tutela jurisdicional que, em vias de se efetivar, fora retirada do seu titular sem que sucedesse nenhum outro provimento sobre a relação jurídica material conflituosa. Essas razões conduzem à não aceitação da proposta de Teori Albino Zavascki.

Com base nas regras processuais em comento, embora a exigibilidade tenha pertinência ao âmbito das condições da ação, defende-se que as decisões conterão eficácia preponderante constitutiva modificativa, ou seja, não se desconstituirá o título, o mesmo será apenas modificado quanto ao plano da eficácia executiva, “A constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico.”, observa Pontes de Miranda (1998, p. 216)..

¹²⁴ Nem toda rescisória tem como consequência um novo e, portanto, re-julgamento da causa, mas as rescisórias cujo fundamento se subsume a violação de lei pela sentença rescindenda, que seria a hipótese análoga às decisões proferidas com base no artigo 475-L, § 1º e parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, ensejam o re-julgamento da causa.

Sobre o tema, alinha Araken de Assis as seguintes idéias: “A remissão do parágrafo único ao inc. II do art. 741 esclarece que o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia: em primeiro lugar, desfaz a eficácia de coisa julgada, retroativamente; ademais, apaga o efeito executivo da condenação, tornando inadmissível a execução.” (2004, p. 51).

Idêntica linha de pensamento fora trilhada por Hermes Zaneti Júnior e Rodrigo Mazzei os quais, embora rotulem os embargos – à época do artigo não havia entrado em vigor a Lei 11.232 (2005) – de inibitórios, propõem: “A decisão que admite e julga procedente o pedido contido nos *embargos inibitórios* será apenas neutralizante do efeito positivo do título, pois suprime a sua *exigibilidade*, isto é, impede a coerção contra o devedor. Assim, atua sobre o plano da eficácia.” (2005, p. 254).

Conclui-se, com base nessas idéias, que o plano da eficácia da sentença será tangido imediatamente pelo (novo) comando judicial. O plano da validade o será mediatamente, e o da existência não será apreendido.

Tais conclusões, somadas àquelas as quais se chegou à seção 4.2.2 sobre a abrangência das regras processuais analisadas, revelam que, na hipótese de consolidação dos efeitos da sentença em fase de cumprimento, não haverá mais nada a se modificar, isto é, o desiderato da impugnação e dos embargos jamais poderá ser alcançado, já que o plano da eficácia, haurido no mundo fenomênico pelos efeitos práticos decorrentes, não poderá ser alcançado, obstaculizando-se, senão a incidência, ao menos a aplicação do § 1º, do artigo 475-L e parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil.

4.2.4 Constitucionalidade *versus* ilegitimidade das regras

Evitou-se, propositadamente, até o momento, abordar a questão da constitucionalidade ou não das regras do artigo 475-L, § 1º, e o parágrafo único, do artigo 741, ao Código de Processo Civil. Em parte porque se teria que tomar decisão no desenvolvimento do trabalho sem as

fundamentações necessárias, e, em parte, porque tal questão tenha figurado, na concepção das idéias esposadas, como elemento conclusivo desta dissertação.

O referencial teórico adotado, revelado desde a primeira seção, verte-se para a análise da coisa julgada material como direito fundamental, portanto, como norma constitucional.

Entretanto, dada a limitação material das normas constitucionais, o regime jurídico da coisa julgada vem disposto em estatutos legais infraconstitucionais, dos quais se extraem sistematicamente - *nesta perspectiva destaca-se e remete-se ao que se desenvolveu sobre o neoconstitucionalismo na seção 1.3.3* - as normas que regulamentam o instituto.

É inegável que as regras do artigo 475-L, § 1º, e o parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil, constituem-se de normas que restringem o direito fundamental à coisa julgada. Entretanto, tal restrição não conduz, necessariamente, à sua inconstitucionalidade.

Liebman, em passagem já exposta na seção 2.1.3, propõe que uma lei nova pode referir-se e aplicar-se às relações jurídicas já submetidas a julgamento, “isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada [...]” (2006, p. 52). O emprego da palavra abolição, no contexto desta dissertação, seria determinante para lançar a pecha de inconstitucionalidade às regras analisadas, com base no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Diferentemente do autor, entende-se que a expressão *abolição* deve ser substituída pelo rótulo *restrição*, acrescentando-se que, ao revés de inconstitucional, a restrição de direitos fundamentais constitui-se essencial a um ordenamento como o brasileiro, onde vige extenso rol de direitos fundamentais.

Em outros termos, a restrição de um direito fundamental é indispensável para que dois ou mais direitos fundamentais convivam harmonicamente em dado ordenamento, e é em função de outro direito fundamental consistente na justiça das decisões que a coisa julgada material fora revista nos termos do artigo 475-L, § 1º, e o parágrafo único, do artigo 741, do Código de

Processo Civil. Desta perspectiva, isto é, apenas por restringirem direito fundamental, não se poderia apontar como inconstitucionais as regras precitadas.

Outro aspecto da mesma questão decorre da hipotética inconstitucionalidade das regras em função de sua infraconstitucionalidade e conseqüente contraste com o assento constitucional do qual goza a coisa julgada material.

A resposta para elidir-se a inconstitucionalidade nos lindes dessa citada hipótese resulta da afirmação sobre tratar-se de normas atinentes aos efeitos das decisões sobre o controle judicial de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal prevê a competência do Supremo Tribunal Federal e os meios de se demandar o controle judicial de constitucionalidade de normas ou atos normativos, artigo 102, inciso I, alínea *a*.

Entretanto, as regras relativas aos efeitos das decisões de controle vêm dispostas em estatutos legais infraconstitucionais, Lei n.9868 (1999) e n.9882 (1999), por exemplo. Isso permite concluir que até nesses diplomas a regras do artigo 475-L, § 1º, e o parágrafo único, do artigo 741, do Código de Processo Civil, poderiam ter sido inseridas sem que se despertassem maiores alardes sobre sua constitucionalidade, em função do seu caráter infraconstitucional, o que, a rigor, ocorreu com o artigo 482 do Código de Processo Civil, cuja redação foi alterada pelo artigo 29 da Lei n. 9868 (1999).

Dito de outra maneira, a circunstância de terem as regras se inserido no ordenamento pela via da Lei Ordinária e não pela via de Emenda Constitucional para que, hierarquicamente, houvesse o mesmo assento que a coisa julgada material, não retira a constitucionalidade daquelas regras, já que se referem aos efeitos da decisão de controle judicial de constitucionalidade, tal qual a Lei n.9868 (1999) e a Lei n.9882 (1999), igualmente, infraconstitucionais. Por esta perspectiva não se poderia, consoante perspectiva anteriormente abordada, infirmar a constitucionalidade do artigo 475-L, § 1º e do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil nem material, nem formalmente.

Se, por um lado, registra-se o entendimento de que as regras sob análise não se maculam pelo vício da inconstitucionalidade, de outro, aduz-se que denunciam caráter antidemocrático do qual decorre sua ilegitimidade.

Propõe Gustavo Binenbojm que o termo *democracia* “equivale à soberania do povo ou à regra da maioria;” (2004, p. 47) enquanto o símbolo *Estado de direito* “equivale à juridicização do poder e ao respeito aos direitos fundamentais.”, tendo o constitucionalismo o apanágio de promover a harmonização desse binômio, isto é, “um ‘ponto ótimo’ de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida do sucesso da Constituição.” (2004, p. 48). A promoção da harmonização é tributada à jurisdição constitucional, figurando o Supremo Tribunal Federal como protagonista desse cenário, embora os demais órgãos jurisdicionais contenham competência para rejeitar a aplicação de norma ou ato normativo que interpretem como inconstitucional.

Observa Sergio Fernando Moro (2004, p. 308) que há uma tendência, no Brasil, de se fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade em detrimento do controle incidental. Tal tendência, entretanto, não está imune de desacertos. Isto porque o controle concentrado está confinado a restrito círculo de intérpretes, aumentando a possibilidade de erro, enquanto o controle incidental propicia a participação mais expressiva de intérpretes possibilitando um amplo amadurecimento sobre a controvérsia constitucional, antes de sua resolução final. Nessa linha de idéias, o controle difuso, dentre outras razões, por se exercer rente ao caso concreto, propiciaria maior probabilidade de acerto.

Propõe Hans Kelsen (2003, p. 388) que as normas, sobretudo as normas constitucionais situadas no mais alto escalão dos atos normativos, contêm caráter de uma moldura a ser preenchida pelo órgão que a aplica a uma situação concreta. O ato de aplicação, por sua vez, demanda seja a norma interpretada, e a única interpretação designada pelo autor como autêntica realiza-se apenas pelo órgão aplicador do direito (2003, p. 394).

Nesse processo de interpretação, que Hans Kelsen denomina interpretação cognoscitiva do direito a aplicar, “[...] combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do

Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” (2003, p. 394).

Essas proposições conduzem à inferência de que, no que se refere ao controle de constitucionalidade de normas com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal figura como o único intérprete autêntico, restringindo-se à composição deste Tribunal a possibilidade mais acertada de se decidir pela constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo.

Todavia, no universo de possibilidades do qual se extrai aquela a ser aplicada pelo órgão julgador, revelam-se como elementos de importância capital as situações concretas da causa. Daí concluir Sergio Fernando Moro que “O sistema difuso/incidental é menos sujeito a erros.” (2004, p. 309), proposição a qual se adere.

Paula Arruda, em obra na qual se ocupa do efeito vinculante das decisões de controle judicial de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ressalta que “[...] o efeito vinculante constitui óbice à argumentação jurídica, pois dificulta a interação entre a aplicação da norma e a análise concreta do caso que definirá qual a possibilidade mais acertada na decisão jurisdicional.” (2006, p. 118). A autora propõe, como forma de se atenuar tal óbice, a implementação de um diálogo entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade de normas (2006, p. 119), evitando-se ou restringindo-se, com isso, a potencialidade do erro.

A citada autora demonstra suas observações, mediante a exibição de pesquisa estatística, esclarecendo que na originária via de controle de constitucionalidade consistente na ação direta de inconstitucionalidade não havia qualquer previsão acerca do efeito vinculante. Com a Emenda Constitucional n. 3 (1993), ampliou-se a via de controle abstrato, inserindo-se no ordenamento a ação declaratória de constitucionalidade que dispunha do efeito vinculante. A Lei n. 9868 (1999) equiparou os efeitos dessas duas vias de controle de constitucionalidade e a partir desse momento, aduz a autora que se verificou uma “enxurrada de reclamações abarrotando as pautas do Supremo Tribunal Federal.” (2006, p. 90).

Quanto aos percentuais, Paula Arruda aponta que “A evolução percentual demonstrou um acréscimo de 677,96% nas reclamações julgadas nos anos de 1994 para 2003. Só no período de 1999 para 2000, verificou-se um aumento de 277%, eclodindo reclamações em decorrência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-DF.” (2006, p. 92).

Diante disso, a autora conclui que “Esse fator demonstra a divergência de entendimento entre o controle concentrado e o controle difuso.” (2006, p. 92), e propõe seja instituído um diálogo entre os controles concentrado e difuso, tal qual ocorre no ordenamento português em relação aos denominados processos de generalização das decisões proferidas no controle difuso (2006, p. 121)¹²⁵.

Transportando essas proposições ao tema da revisão da coisa julgada material verifica-se que a possibilidade de equívocos no controle concentrado de constitucionalidade por ausência de elementos concretos da causa se exacerba por dois fatores.

O primeiro decorre do conteúdo dos direitos supostamente colidentes - tanto a coisa julgada material como a justiça das decisões que, como já se registrou, informou a concepção das regras do artigo 475-L, § 1º e artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, insere-se no rol dos direitos fundamentais. A colisão entre direitos fundamentais não se resolve democraticamente sem a análise dos elementos concretos de determinada causa. Para solução de colisões é necessário recorrer-se aos postulados normativos aplicativos, notadamente o da ponderação, para que se conclua pela prevalência de um ou outro direito fundamental.

O segundo resulta da própria vocação do controle concentrado de constitucionalidade consistente na análise da norma em sua perspectiva abstrata. A coisa julgada material, ao revés, contém como substrado a norma em sua perspectiva concreta, ou seja, constitui-se de instituto voltado à situação jurídica subjetiva que se emancipa após a aplicação de dada norma ou ato normativo a um caso concreto, quase sempre, passados longos anos de duração do processo.

¹²⁵ As súmulas vinculantes, em certa medida, estabelecem esse diálogo, pois sua edição decorrerá sempre de vários casos concretos nos quais o Supremo Tribunal Federal tenha atuado no controle difuso de constitucionalidade.

Parafraseando Luiz Guilherme Marinoni, “A idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença [transitada em julgado] que nela se fundou, gera algo que se poderia chamar de *‘controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado.’*” (2004a, p.164).

Conclui-se, então, que as regras analisadas, apesar de constitucionais, estão ideologicamente equivocadas, porque abstraem as circunstâncias do caso concreto como elementos necessários à aplicação dos direitos fundamentais incidentes e supostamente colidentes.

Em outras palavras, embora sua razão justificadora decorra do princípio da justiça das decisões e seu conteúdo se proponha a atenuar as injustiças decorrentes de situações jurídicas protegidas pela coisa julgada material, a solução oferecida pelas regras diverge da que vem sendo adotada pela teoria dos princípios, para hipótese de conflito normativo em que princípios ou direitos fundamentais colidem.

Apenas no caso concreto, cotejando os elementos da causa, procedendo-se à ponderação das normas colidentes, é que se poderia concluir pela prevalência de uma ou outra norma, ou seja, é inevitável aferição de elementos concretos das decisões às quais concorra situação de inconstitucionalidade para que, mediante a ponderação dos princípios envolvidos, ao final ceda à prevalência de um deles, pois, como dito, nem sempre, em nome do princípio da justiça das decisões, será mais justa a revisão da coisa julgada. Somente a hipótese concreta poderá oferecer resposta a esse questionamento.

Com efeito, a tese que – em parte – tornou-se regra no ordenamento pátrio pela Medida Provisória n. 2180-35 e, posteriormente, pela Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, não reflete a melhor solução possível, tampouco se revela fiel à teoria dos princípios, para as hipóteses de colisão entre princípios e direitos fundamentais.

Os resultados desta investigação autorizam propor que, no contexto das regras analisadas, a solução mais afinada à teoria dos princípios seria a de deferir ao juiz competente para o conhecimento e julgamento da impugnação (§ 1º, artigo 475-L) e dos embargos (parágrafo único do artigo 741) a ponderação entre a segurança jurídica ínsita à coisa julgada material, e,

a justiça da decisão da qual se emancipou tal coisa julgada frente à decisão de controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal; em outras palavras, libertar o juízo competente do efeito vinculante em hipóteses tais, para que se possa realizar a ponderação entre o direito fundamental à coisa julgada e o princípio da justiça das decisões que, reitera-se, justifica as regras processuais abordadas¹²⁶.

¹²⁶ Pode-se se extrair das palavras de Cândido Rangel Dinamarco a essência dessa proposição “Na linha do que proponho, não seria prudente institucionalizar a relativização da coisa julgada em disposições legais tipificadoras de hipóteses em que ela se admitiria, como que se arvorando o legislador em árbitro da excepcionalidade das situações que a comportam. Leis que o fizessem trariam em si o mal da indesejável generalização e abririam portas à diluição da garantia constitucional do julgado, portadora de inegável utilidade libertadora no sistema do *due process* *law*. A lei tem sempre vocação ao abstrato e ao genérico, não ao concreto e específico. O juízo da concreta excepcionalidade de cada situação pertence só e exclusivamente ao juiz, em cada caso concreto, pois uma das características da jurisdição, capaz de estabelecer a diferença entre o juiz e o legislador, é precisamente a sua destinação ao concreto e não ao abstrato [Mauro Cappelletti]. Eventuais erros, desvios ou exageros são corrigidos pelo sistema dos recursos, com possibilidade de acesso até ao Supremo Tribunal Federal, porque se trata de dar efetividade a uma garantia constitucional.”(2003a, p. 265 e 266).

5 CONCLUSÃO

A noção de centralidade constitucional fora determinante, no contexto do século XVIII, para o surgimento do paradigma epistemológico denominado constitucionalismo, marcado, fundamentalmente, pelo que se convencionou denominar força normativa da Constituição.

No desenvolvimento do constitucionalismo, o direito processual e a ciência que dele se ocupa passaram a ratificar seu caráter público concentrando sua atenção na necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, destacando-se desses direitos grupos ligados ao valor *efetividade* e ao valor *segurança jurídica*.

No preparo desta dissertação, por corte metodológico, pautou-se pelo valor segurança, tendo-se proposto a transferência desta noção axiológica para o direito fundamental à coisa julgada material, mediante a análise da teoria dos princípios, notadamente a partir da noção de princípio como espécie normativa.

Firmou-se o entendimento de que o direito à coisa julgada material, previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, constitui-se de direito fundamental, de caráter principal e conteúdo político, resultando, de sua tutela constitucional e natureza normativa, deveres dirigidos aos poderes instituídos e aos particulares no sentido de excluir a possibilidade de uma decisão contrária àquela já julgada, bem como no sentido de impor o conteúdo daquela decisão a todas as futuras decisões que a pressupõem.

De uma perspectiva processual, concebeu-se a coisa julgada material como situação jurídica que se emancipa após o trânsito em julgado da sentença de mérito, cuja eficácia própria, que não se confunde com a eficácia da sentença, determina a imutabilidade do conteúdo desta.

Concluiu-se, então, que a quem aproveitar a coisa julgada material figurará em situação ativa de prevalência em relação ao Estado e ao particular, em virtude da qual restará protegido pelo direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Procedeu-se, em seguida, à análise crítica do trabalho científico do jurista português Paulo Manuel da Costa Otero (1993), dos processualistas brasileiros Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2005), bem como dos principais paradigmas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que figuraram como exemplos em artigos acadêmicos para sustentar as teses da revisão da coisa julgada material.

Outras contribuições dogmáticas também foram objeto de análise, na medida em que se revelaram importantes para o desenvolvimento do trabalho.

Procedeu-se à análise também crítica das regras do artigo 475-L, § 1º, e artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, seus precedentes normativos e inspiração legislativa, firmando-se entendimento segundo o qual, por se tratarem de regras restritivas do direito fundamental à coisa julgada, o alcance e abrangência das regras processuais analisadas encontram limites desenvolvidos no presente contexto, por três distintos critérios: deverá (i) o *comando sentencial*, do qual decorreu o (ii) *título executivo*, ter se fundamentado em lei ou ato normativo sobre os quais (iii) *posteriormente* tenha o Supremo Tribunal Federal exercido controle judicial de normas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

As premissas da conclusão decorreram de entendimentos também firmados sobre o contexto funcional das regras analisadas, no sentido de que se constituem de regras atinentes aos efeitos do controle judicial de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal.

Especificamente, quanto à eficácia da sentença (artigo 741, parágrafo único) e da decisão (artigo 475-L, § 1º) que reconheçam a inexigibilidade do título, firmou-se entendimento de que tratam-se de decisões constitutivas modificativas, pois o plano da eficácia da sentença será tangido imediatamente pelo (novo) comando judicial; o plano da validade o será mediadamente, e o da existência não será apreendido.

Por fim, concluiu-se quanto à constitucionalidade dessas regras, apesar de restritivas do direito fundamental à coisa julgada material, propondo-se, todavia, tratar-se de regras ilegítimas porque antidemocráticas, porque abstraem as circunstâncias do caso concreto como

elementos necessários à aplicação dos direitos fundamentais incidentes e supostamente colidentes.

Finalmente, quanto aos resultados da investigação propõe-se que a solução mais afinada à teoria dos princípios seria a de libertar o juiz competente para o conhecimento e julgamento da impugnação (§ 1º, artigo 475-L) e dos embargos (parágrafo único do artigo 741) do efeito vinculante frente a decisão do Supremo Tribunal Federal, para que se possa realizar a ponderação, em hipóteses tais, entre o direito fundamental à coisa julgada e o princípio da justiça das decisões que, reitera-se, justifica as regras processuais abordadas

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de derecho constitucional*, n. 66. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

ALLORIO, Enrico. Natura della cosa giudicata. *Rivista di diritto processuale civile*, v. XII. Padova: Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1935.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da procuradoria geral do Estado de São Paulo*, Edição especial 30 anos do Código de Processo Civil. São Paulo, 2003.

ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodim, 2004.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, novembro, 2005. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=7547>>. Acessado em: 26 de jul. 2006.

_____ A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista Justitia*, n. 53 (156). São Paulo, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3.ed. São Paulo: Edições Profissionais, 2005.

BRASIL, Senado Federal. *Código de processo civil: histórico da lei*. vl. 1. t. 1. Brasília: Senado Federal, 1974.

_____ *Código de processo civil: histórico da lei*. vl. 1. t. 2. Brasília: Senado Federal, 1974a.

_____ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 1891.

_____ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 1937.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988.

_____. Decreto-lei n. 1564 de 5 de setembro de 1939. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 1939.

_____. Emenda Constitucional n. 32 de 11 de setembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2001.

_____. Emenda Constitucional n. 3 de 17 de março de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1993.

_____. Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1999.

_____. Lei n. 9882, de 3 de dezembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1999.

_____. Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2005.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2006.

_____. Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2001.

_____. Medida Provisória n. 1997-37 de 11 de abril de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2000.

_____. Medida Provisória n. 1984-17 de 4 de maio de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2000.

_____. Medida Provisória n. 1984-20 de 28 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2000.

_____ Medida Provisória n. 2102-26 de 27 de dezembro de 2000. *Diário Oficial da União, Brasília, 2000.*

_____ Medida Provisória n. 2102-27 de 26 de janeiro de 2001. *Diário Oficial da União, Brasília, 2001.*

_____ Medida Provisória n. 2180-35 de 24 de agosto de 2001. *Diário Oficial da União, Brasília, 2001.*

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 105.012-8. União Federal e Linee Aeree Transcontinentale Italiane S/A. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 9 fev. 1988. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 28 out. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 93.412-0. União Federal e Indústrias Bussato S/A – Massa Falida. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, 4 mai 1982. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 28 out. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 144.996. Estado de São Paulo e Bentonit União Nordeste S/A. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, 24 abr. 1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 4 set.2006

_____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 652-5. Procuradoria Geral da República e Governador do Estado do Maranhão e Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 2 abr. 1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 27 nov. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 79.434. José Pereira César e Aurélio Paz Houlhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Brasília, 31 mai. 1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 27 nov. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 235794. Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Rio do Sul e Região e Banco do Estado de Santa Catarina S/A. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22 out. 2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 4 dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 328812. Instituto Nacional do Seguro Social e Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 abr. 2003. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em 4 dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2418-3. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 22 fev. 2001. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em: 1º dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3740-4. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 30 mai. 2006. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em: 1º dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário n. 32881. Instituto Nacional de Seguro Social e Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 dez. 2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em: 12 dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 89108. Darcy Rodrigues Corrijo e Estado de Goiás, Eurípedes de Barsonolfo Junqueira, e, Francisco José Taveira. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Brasília, 28 ago. 1980. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em: 12 dez. 2006.

_____ Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4335-AC. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, voto proferido em 1º fev. 2007. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acessado em: 21 mar. 2007.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 240712. Fazenda do Estado de São Paulo e James Ross e outros. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 15 fev. 2000. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 28 out. 2006.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 36017. Fazenda Nacional e Aialla Freje e Companhia Ltda e outros. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 19 out. 2000. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 28 out. 2006.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória n. 870. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Edmilson Ramos Araújo e outros. Brasília, 12 dez. 1999. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 28 out. 2006.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 602.636. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e Lúcia Mara Pierdoná e outros. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 1º abr. 2004. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 28 out. 2006.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 71052. Instituto Nacional de Seguro Social e Rubens Crepaldí. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 1º abr. 2005. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 28 out. 2006.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória n. 771-PA. Maria Oneide Fidalgo Bastos e Álvaro Ferreira Serralva. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 13 dez. 2006. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 21 mar. 2007.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência n. 435.835. Brasil Telecom S/A e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 24 mar. 2004. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 21 mar. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 72224. Fazenda Nacional e Guido Dietrich. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, 10 set. 1995. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 21 mar. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 70.774. Fazenda Nacional e Walter Raimundo Spies. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 13 set. 1995. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acessado em: 21 mar. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *O poder público em juízo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *A nova etapa da reforma do código de processo civil: comentário sistemático às Leis 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005*. São Paulo: Saraiva, 2006a.

BULOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2.ed. Campinas: LZN, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. vl.3. Buenos Aires: El foro, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. Apuntes para una fenomenologia de la justicia en el siglo XX. *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. vl. 1. Buenos Aires: El foro, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de processo*, n. 121. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodim, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. *Revista dos Tribunais*, n. 432. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____ *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003^a.

_____ *Instituições de direito processual civil*. v.1.4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____ *Instituições de direito processual civil*. v.4. São Paulo: Malheiros, 2004b.

_____ *Capítulos de sentença*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004b.

_____ Relativizar a coisa julgada material. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, n. 19. Porto Alegre: Síntese, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTELLITA, Guilherme. *Da cauda julgada: fundamentos jurídicos e extensão aos terceiros*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FURTADO, Adroaldo Fabrício. Extinção do Processo e Mérito da Causa. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito de ação. *Revista dos Tribunais*, n. 451. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____ *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodim, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro & GUARINONI, Ricardo. *Introducion al Conocimiento Cientifico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Cousa julgada*. São Paulo: Duprat, 1914.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabres Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Sérgio Antônio Fabres Editor. Porto Alegre, 1990.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

LEAL, João Cláudio Gonçalves. *Os efeitos temporais no controle abstrato de constitucionalidade e a violação a direitos fundamentais*. Dissertação de mestrado as Faculdades de Vitória. Vitória, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra Fazenda Pública: *ex vi* art. 741, parágrafo único, do CPC. *Revista de processo*, n. 141. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUÑO, Antônio E. Perez. *Temas clave de la constitucion española: los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o curso de direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: JusPodim, 2004a.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto e método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

_____ *Manual de direito processual civil*. 3.v. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao código de processo civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MEMÓRIA Receita Federal: 1930 a 1939 a adaptação do imposto. Disponível em:<www.receita.fazenda.gov.br>. Acessado em 4 dez. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t.1. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Manual de direito constitucional*. t.2. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Francisco Calvalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. t.1. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado das ações*. t.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. t. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Tratado do direito privado*. t.1. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Comentários à constituição de 1967*. t.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. *Tratado da ação rescisória*, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ Comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. (Org.). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil ou apontamentos para lições da 3ª cadeira do 4º ano da faculdade de direito de São Paulo*. 5.ed. São Paulo: Typographia acadêmica, 1936.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: *Temas de Direito Processual Civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____ Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo. *Revista de processo*, n. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ Ainda e sempre a coisa julgada. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____ A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Revista dos tribunais*, v.441. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

_____ Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____ Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____ *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Forense. Rio de Janeiro, 1967.

_____ La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano. *Revista de processo*, n.117. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, n. 33. Porto Alegre: Síntese, 2005.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*.5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NEGRÃO, Theotonio. Código civil e legislação civil em vigor. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ Direito Material, processo e tutela jurisdicional. In:MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OTERO, Paulo Manuel da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PASSOS, J.J. Calmon de. Coisa julgada civil *Enciclopédia Saraiva do Direito*, n.16. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 4^a.ed. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 1960.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 22. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

_____ *Ordenações Manuelinas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984b.

_____ *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87.

RIBAS, Antônio Joaquim Ribas; RIBAS, Julio A. *Comentários a consolidação das leis do processo civil*. v.1. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior Typographo Editor, 1897.

ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1917.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER JUNIOR, Fredie. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3.vl. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. *Manual de direito romano e texto em correspondência com os artigos do código civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro, novembro, dezembro, 2005, p. 2. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 23 de junho de 2006.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. t.1. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ *Sentença e coisa julgada*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____ Coisa julgada relativa? *Revista Jurídica*, n. 316. Porto Alegre: Nota dez Informação, 2004.

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

_____ Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par.ún.). *Revista de processo*, n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*.5.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

VELLANI, Mario. *Naturaleza de la cosa juzgada*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito fundamental de uma ciência*. Tese com que se apresenta à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no Concurso para Docente Livre de Introdução à ciência do Direito. 1937.

_____. Notas para um Ensaio sobre a Cultura. *Revista Estudos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo. IBET/AXIS MUNDI, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1995.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

_____. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

_____. MAZZEI, Rodrigo. Dos embargos à execução contra fazenda pública. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Org.). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Eficácia e efeitos nas sentenças cíveis: o direito material e a definição de eficácia natural postos em distinção com a eficácia processual sentencial. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. (Org). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de processo*, n. 125. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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