

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA
Professor Titular de Direito Processual Civil da
Universidade de São Paulo
www.ji@botelhomesquita.adv.br

A COISA JULGADA

151



EDITORA
FORENSE

Rio de Janeiro
2004

gada além da declaração de que, com fundamento na teoria da aparência invocada pelo réu, *a alegada falta de poderes de representação não era suficiente para excluir a exigibilidade da obrigação.*

Em razão disto, por dois motivos o julgamento da nova declaratória não é obstado pela autoridade da coisa julgada. **Primeiro** porque falta a tríplice identidade. **Segundo** porque, reduzido o conteúdo da declaração aos seus devidos termos, não haveria como aplicar o disposto no artigo 474 do CPC para dar como implicitamente rejeitada pela sentença a alegação de abuso de poder. E não haveria como aplicá-lo, porque, estando essa alegação em contradição com a causa de pedir daquela declaratória, não poderia ser oposta à rejeição do pedido da Consulente nela formulado; faltaria um dos elementos de que se compõe a hipótese do artigo 474.

4.3. Encerramento

Por todo o exposto e em resposta ao que nos foi perguntado, concluímos que a coisa julgada formada na ação proposta pela Consulente contra o BANCO SAFRA S/A não é oponível contra a pretensão declaratória por ela deduzida em reconvenção na ação condenatória que lhe está sendo movida pelo mesmo Banco. Nem impede que nesse processo, em contestação, a ré alegue a nulidade dos atos em que a condenatória se funda. Em suma, não se lhe estendem nem o alcance *negativo*, nem o alcance *positivo* da coisa julgada.

V

CONFLITO ENTRE A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA E OUTRO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. UM FALSO PROBLEMA¹

Sumário: 1. Apresentação do caso concreto. 2. A tese. 2.1. As origens históricas. 2.2. Movimento juridicamente retrógrado e politicamente anacrônico. 2.3. Delimitação do problema. 3. Os argumentos. 3.1. Interpretação restritiva do texto da garantia constitucional da coisa julgada e interpretação ampliativa do controle da coisa julgada inconstitucional. 4. Do alcance da regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. 4.1. Delimitação do problema. 4.2. O risco da inversão da hierarquia das normas jurídicas. 4.3. O entendimento constitucionalmente admissível. 4.4. Inexistência de autorização constitucional para modificação ou extinção da intangibilidade da coisa julgada por lei ordinária. 4.5. *Idem*, no caso de admissibilidade da ação rescisória. 4.6. *Idem*, na dis-

¹ Parecer de 5 de junho de 2003, com redação revista para esta publicação.

pensa da propositura de rescisória por falta ou nulidade de citação. 4.7. *Idem*, na ação popular, na ação de alimentos e nas ações do CDC. 5. Do controle jurisdicional da inconstitucionalidade da coisa julgada. 5.1. Delimitação do tema. 5.2. HANS Kelsen e a presunção de constitucionalidade. 5.3. O tema da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade. 5.4. O campo minado pelo patrulhamento ideológico. 6. Conseqüências da submissão da coisa julgada inconstitucional à ação rescisória. 6.1. Inconstitucionalidade e nulidade. Ação de nulidade e falta de interesse na declaração. 6.2. A sobrevivência da coisa julgada como limite à expansão do vício de inconstitucionalidade. 6.3. O fundamento sócio-político em confronto com o fundamento jurídico da coisa julgada. 7. Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7.1. A questão da antinomia e a função dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 7.2. Inaplicabilidade desses princípios na ausência de conflito de natureza constitucional. 8. Conclusão. 8.1. Síntese das conclusões.

1. Apresentação do caso concreto

Por seus ilustres patronos, certa companhia nos fez a honra de consultar sobre a procedência da tese esposada pela 7ª Câmara do Conselho de Contribuintes, em grau de recurso, segundo a qual “*a coisa julgada não é um valor absoluto e, no contraste entre ela e a idéia de justiça, esta deve prevalecer*”, impedindo que prospere a “*subserviência cega e irrestrita aos rígidos cânones legalistas*”.

Para tanto esclarece a Consulente que o citado acórdão, dissentindo da decisão recorrida, que rejeitara a alegação de coisa julgada a respeito da inconstitucionalidade da Lei nº 7.698, de 15.12.88, decidiu que:

“Não se deve acatar o alegado pela autoridade julgadora de primeiro grau de competência administrativa de coisa julgada em relação aos exercícios que não teriam sido objeto da medida judicial intentada uma vez que, como bem disse a recorrente, é evidente a concomitante ocorrência dos tríplexes requisitos, pessoas, causa e objeto, ou melhor explicitando, partes, fundamentos (causa de pedir) e pedido.

Resta, também, evidente que as alterações promovidas pela legislação posterior não desnaturam a Contribuição Social sobre o Lucro uma vez que seus dispositivos mantêm as normas da Lei nº 7.689/88, declarada inconstitucional na ação judicial proposta pela recorrente.”

Esse esclarecimento é importante para que se tenha a exata medida do alcance da tese sustentada pelo citado acórdão. Deixa perfeitamente claro que o acórdão reconheceu a existência da coisa julgada, mas negou a atuação dos efeitos

que lhe são próprios, decidindo assim contra o princípio da intangibilidade da coisa julgada.²

A questão que se propõe, portanto, é de princípio; ou seja: no conflito entre o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada e o ideal de justiça perseguido pelo juiz, qual dos dois deverá prevalecer? Tema momentoso, que vem despertando muito interesse, principalmente nas áreas em que se mostra mais conveniente à Fazenda Pública.

Passo a responder.

2. A tese

2.1. As origens históricas

Ao arrogar-se o nobilíssimo intento de dar combate à “*subserviência cega e irrestrita aos rígidos cânones legalistas*”, esse acórdão repete, quase *ipsis litteris*, a dedicatória com que EMILIO BETTI, em pleno 1936 e no melhor estilo fascista, abre a sua obra mais importante, o conhecidíssimo *Diritto Processuale Civile Italiano*. Dedicou-o “à Itália

2 Sintetizando. Na primeira instância administrativa prevaleceu o costume de repelir a alegação de coisa julgada com fundamento no enunciado da Súmula do STF nº 239, tenha ou não aplicação no caso concreto. Em segunda instância, admitiu o Conselho que, no caso, essa Súmula não se aplicava e reconheceu que tinha razão a empresa contribuinte também quanto à extensão dos limites objetivos da coisa julgada defendidos pela recorrente. Excluiu, porém, a eficácia da coisa julgada pelos motivos já expostos no texto.

imortal” contra “o cego farisaísmo legalitário, conjurado para a conservação da injustiça”.

A tese, ao fazer diferença entre as sentenças justas e as injustas, para conceder àqueles e negar a estas a autoridade da coisa julgada, descreve, na verdade, descreve um movimento retrógrado de volta ao sistema das Ordenações Afonsinas, de 1446, que distinguia entre a sentença dada contra “*direito expresso*” e a proferida “*contra direito da parte*”.

Da primeira, dizia a Ordenação do Livro III, Título LXXVIII, que era “sentença nenhuma”, da qual não era preciso apelar, “nem pode já mais em algum tempo passar em cousa julgada, mas em todo tempo se pode dizer contra ella que he nenhuma e sem algum effeito”. Já a sentença proferida contra o direito das partes era dita sentença “alguma” e “se a parte contra que fosse dada não apelasse della ao tempo que per direito he assinado pera apelar, ela passaria em cousa julgada, e ficaria firme, assy como se fosse bem julgado”.³

Essa distinção é todavia mais antiga ainda. Conforme MOACYR LOBO DA COSTA, o princípio enunciado no cabeçalho do Título LXXVIII “é genuinamente romano, lembrando mesmo dois títulos do *Digesto* (49.8) ‘*Quae Sententia sine Appellatione Rescindantur*’ e do *Código* (7.64) ‘*Quando provocare nom est necesse*’”.⁴ Por sua vez, prossegue o insigne LOBO DA COSTA, com a declaração constante do nº 3 do mesmo Título, “o legislador Afonsino dava adequada in-

3 *Ordenações cit.*, L. III, Tit. LXXVIII, 3.

4 “Revogação da sentença no Direito Lusitano”, in *Revista da Faculdade de Direito*, LXXIV, p. 186.

terpretação ao princípio do direito romano expresso na segunda parte da citada Const. 2 de Alexandre, princípio tradicionalmente observado, como se lê no livro *De Appellationibus* de MACRO, no fragmento transcrito no Digesto (49.8.1, § 2º, *in fine*)”.

2.2. Movimento juridicamente retrógrado e politicamente anacrônico

Da tese em análise, portanto, é lícito dizer que, a despeito dos foros de modernidade que se arroga, é mais velha do que a Sé de Braga, obra monumental cuja construção data do ano 1070 da era cristã. Não se desprega do absolutismo da velha tradição monárquica, que fez a glória dos totalitarismos europeus do século passado.

Essa, na verdade, é a tônica das inovações que vêm sendo introduzidas no processo civil brasileiro, tendentes à paulatina absorção da jurisdição contenciosa pela jurisdição voluntária, ardorosamente defendida pela processualística alemã dos anos 30 do século passado, comprometida com as teses do nacional-socialismo.⁵

5 Cf. BOTELHO DE MESQUITA, “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”, in *Revista Forense*, 361/47.

2.3. Delimitação do problema

Na amplitude com que veio anunciada no já mencionado acórdão do Conselho de Contribuintes, a tese em questão se mostra eivada de sectarismo que a despe de qualquer interesse científico.

É digna de apreciação contudo nos limites do tema da coisa julgada inconstitucional, que hoje tem sido agitado com certa insistência e que tem por objeto a hipótese de sentença transitada em julgado mas contrária à Constituição, seja porque “*dirimiu litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional, ou ainda porque deliberou contrariamente a regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna*”.⁶

3. Os argumentos

3.1. Interpretação restritiva do texto da garantia constitucional da coisa julgada e interpretação ampliativa do controle da coisa julgada inconstitucional

Basicamente são dois os fundamentos em que se baseia a tese em exame.

6 H. THEODORO JÚNIOR-J. CODEIRO DE FARIA, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in *RT* 795/23.

O primeiro, de índole prejudicial, é constituído pela afirmação de que a regra do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal⁷ não é nada mais do que uma regra de sobredireito, tendo por destinatário o legislador ordinário, sem impor, contudo, a indiscutibilidade e a imutabilidade da sentença transitada em julgado, matéria que ficaria inteiramente livre à disciplina da lei ordinária, não alçada em nível de princípio constitucional.⁸

O segundo por sua vez é constituído pelo entendimento de que, à falta de regra expressa sobre o modo de se exercer o controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado, poderia a nulidade da sentença inconstitucional ser alegada a qualquer tempo em qualquer grau de jurisdição.

Muito contribuiu para a penetração desses argumentos na literatura brasileira o trabalho de PAULO OTERO, constitucionalista português,⁹ cuja influência foi decisiva para fazer com que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seu artigo já citado, assumisse posição diametralmente oposta à que defendera em 1995.¹⁰

7 “A lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

8 Neste sentido, JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, in *Cadernos de direito tributário*, 79/49, amparado em ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, *Teoria da coisa julgada*, ed. RT, pp. 84-86.

9 “Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”, Lisboa, Lex, 1993, p. 9.

10 “A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional”, in *Repro*, 79/158.

Na verdade é pouco compreensível o empenho de PAULO OTERO em expor a coisa julgada aos efeitos da posterior declaração de inconstitucionalidade da lei em que a sentença se baseou, porque na Constituição da República portuguesa, diferentemente da brasileira, há norma que dispõe expressamente em sentido contrário.¹¹ O que talvez explique sua campanha é a falta de conhecimentos mais sólidos a respeito do direito processual, denotada, aliás, pelo cunho mais político do que jurídico dos argumentos de que se vale.

Cabe, porém, examinar mais de perto os dois aludidos argumentos, especialmente porque tudo faz crer estar aberta a estação de caça à coisa julgada, derradeiro bastião em defesa das liberdades civis contra as arbitrariedades do Estado no exercício da função jurisdicional. As trompas já soaram.

11 CRP – “Art. 282º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. (...) 3. – Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”.

4. Do alcance da regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal

4.1. Delimitação do problema

A interpretação *restritiva* do disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, no sentido de que não teria esse preceito outro alcance senão *exclusivamente* o de impedir que a lei nova prejudique o conteúdo e os efeitos da sentença de que não caiba mais recurso, é, de fato, uma premissa necessária da conclusão de que a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado *pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição*, independentemente da propositura de ação rescisória.

Com efeito, a interpretar-se o mencionado preceito constitucional no sentido de que consagrasse *também* a *imutabilidade* e a *indiscutibilidade* das sentenças transitadas em julgado, a conclusão teria que ser necessariamente a oposta; ou seja, a de não se admitir de modo algum que, no futuro, pudesse alguma nova sentença vir a modificar a sentença precedente transitada em julgado, ainda que argüida de inconstitucionalidade.

Sem passar antes pelo crivo da ação rescisória, tal sentença incorreria necessariamente no vício de inconstitucionalidade por violar o princípio da intangibilidade da coisa julgada.

Não há porém como sustentar-se a pretendida interpretação *restritiva*; não só porque, em tese, não é a que melhor se

ajusta aos fins perseguidos pela interpretação dos preceitos constitucionais,¹² como também porque, no caso, conduziria a resultados logicamente incompatíveis com o sistema adotado pela Constituição Federal.

4.2. O risco da inversão da hierarquia das normas jurídicas

Com efeito, suposto *ad argumentandum tantum* que no preceito constitucional não se incluisse a garantia da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença transitada em julgado, lícito seria ao legislador ordinário abolir a imutabilidade dessas sentenças, dando início a uma nova era em que o trânsito da sentença em julgado não produziria mais o efeito de torná-la imutável e indiscutível.

12 Em direito constitucional, deve prevalecer sempre o chamado *princípio da máxima efetividade*, assim enunciado por J. J. GOMES CANOTILHO: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e, embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”. *Direito constitucional*, Coimbra, 1991, p. 233. No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, que ainda acrescenta: “Os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam, como também no que implicitamente deles resulta” (*Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1988, tomo II, p. 229).

Sabido que a coisa julgada consiste na eficácia que torna imutável e indiscutível a conclusão da sentença, a supressão dessa eficácia importaria a extinção do instituto da coisa julgada em si mesmo considerado. A coisa julgada não é a sentença transitada em julgado, não é um efeito da sentença transitada em julgado. É exatamente a *imutabilidade* da sentença de que já não caiba mais qualquer recurso, ordinário ou extraordinário.¹³

Nestas condições, a liberdade conferida ao legislador ordinário para ampliar, restringir ou abolir a coisa julgada incluiria a liberdade de tornar ineficaz o preceito do art. 5º, XXXVI na parte em que alude à intangibilidade da coisa julgada. De fato, abolida a coisa julgada por lei ordinária, deixaria de haver coisa julgada que pudesse desfrutar da intangibilidade constitucional. O preceito cairia no vazio, por obra e graça da lei ordinária, *invertendo-se a hierarquia das normas jurídicas*.

Ora, por mais elásticos que se pretendam os limites da interpretação constitucional, o fato é que não se podem admitir interpretações que contrariem a Constituição naquilo em que ela é expressa e principalmente que autorizem modificações, por lei ordinária, de preceitos constitucionais como este, que, por se incluírem entre as

13 BOTELHO DE MESQUITA, "A coisa julgada no Código do Consumidor", in *Revista Forense*, 326/79.

cláusulas pétreas, *nem mesmo por emenda constitucional poderiam ser alterados*.¹⁴

4.3. O entendimento constitucionalmente admissível

Diante disto, o entendimento que se impõe é o de que o princípio da intangibilidade da coisa julgada em face dos atos legislativos inclui a intangibilidade da coisa julgada também diante dos atos jurisdicionais, não podendo haver uma sem a outra.¹⁵

A respeito da relevância política desse princípio, é oportuno recordar que, de todas as constituições brasileiras, a única que não assegurou a irretroatividade das leis e, mesmo depois da Constituição de 1934, a única que excluiu da declaração dos direitos e garantias fundamentais o princípio da intangibilidade da coisa julgada, foi exatamente a Carta de 1937, outorgada por GETÚLIO VARGAS, para fundação do Estado Novo, regime ditatorial inspirado no fascismo italia-

14 Cf. CF, art. 60, § 4º, IV.

15 Tem o STF se pronunciado no sentido de que a ofensa à coisa julgada proscribida pela Constituição "não é só a que promana do legislador, mas igualmente a que vai expressa em decisão judicial" (RTJ 128/364, RTJ 33/1311), tendo-se como presente uma questão de natureza constitucional sempre que a decisão recorrida partir de "erro conspícuo quanto ao conteúdo e à autoridade em tese da coisa julgada" (RTJ 159/682, 133/439 e 159/691), inclusive no caso em que ocorra, no processo de liquidação, "violação manifesta" do que se decidira na sentença condenatória (RTJ 133/1317).

no e na ideologia constitucional do Estado Novo institucionalizada em Portugal pela Constituição de 1933.

4.4. Inexistência de autorização constitucional para modificação ou extinção da intangibilidade da coisa julgada por lei ordinária

Não se oponha à interpretação aqui sustentada o argumento de que, ao contrário do afirmado, a intangibilidade da coisa julgada seria relativa e poderia ser reduzida ou extinta pela lei ordinária, como estariam a demonstrar a mera existência da ação rescisória a ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 18), as ações de defesa do consumidor (CDC, art. 103), a ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 15), e até mesmo os embargos do devedor opostos contra a execução fundada em título judicial (CPC, art. 741, I).

4.5. *Idem*, no caso de admissibilidade da ação rescisória

No que toca à ação rescisória, para entender por que a sua disciplina por lei ordinária não faz exceção ao princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada, é preciso ter em mente, com a necessária e indispensável clareza, qual seja verdadeiramente o seu objeto.

A ação rescisória tem por objeto a *relação de causalidade* entre o *fato* do trânsito em julgado e o *efeito* que dele resulta (a imutabilidade da sentença) diante da ocorrência de

fatos (causa de pedir) que a lei reputa suficientes para determinar a ruptura dessa relação.¹⁶

A ação rescisória não é meio para possibilitar a mudança de uma sentença por outra. Demonstra-o o fato de que nem sempre a procedência da ação rescisória conduziria a um novo julgamento da lide e, mesmo nos casos em que leve a isto, nem sempre obrigará a que esse novo julgamento seja diferente do primeiro. É assim, por exemplo, nos casos em que a rescisão tenha sido causada por ofensa à coisa julgada ou por impedimento do juiz; no primeiro caso basta a rescisão e, no segundo, não há nada que exija do novo juiz que chegue a uma conclusão diferente da encontrada pelo juiz impedido.

Repetindo: tendo a rescisória por objeto o *controle da regularidade* da atribuição da eficácia de coisa julgada à conclusão da sentença transitada em julgado, cabe à lei ordinária e não ao legislador constituinte a competência para definir os respectivos requisitos, à semelhança do que ocorre, por exemplo, com a ação popular, comparável ao que ocorre, do ponto de vista dos resultados, com o princípio da reserva legal.

16 Neste sentido, é bem clara a distinção traçada por PONTES DE MIRANDA quando afirma: "A pretensão rescisória constitui a *res in judicio deducta*. Não é a pretensão objeto do litígio ou a pretensão de direito material que foi objeto da ação em cujo processo sucedeu o pressuposto de rescindibilidade" (*Tratado da ação rescisória*, Forense, 1976, p. 577).

Do mesmo modo que a obediência ao princípio da reserva legal não limita o direito, prerrogativa, garantia ou liberdade outorgados pelo preceito constitucional, mas apenas define a competência para a sua regulamentação, assim também a competência do legislador ordinário para dispor sobre as condições necessárias, **positivas** ou **negativas**, para que validamente se produza a eficácia da coisa julgada, não viola, só por isso, o princípio da intangibilidade da coisa julgada. Poderá violar, sim, se houver abuso no exercício dessa competência, mas isto já é outro assunto.

4.6. *Idem*, na dispensa da propositura de rescisória por falta ou nulidade de citação

Passando ao caso da nulidade da sentença decorrente da falta ou nulidade da citação do réu, tendo o processo corrido à sua revelia, cabe formular algumas outras observações acerca da competência outorgada ao legislador ordinário para definir os casos em que o trânsito da sentença em julgado não reúne as condições necessárias para conferir à sentença a autoridade da coisa julgada.

Essa competência apresenta dois aspectos: inclui não só a de definir as hipóteses em que a coisa julgada já se tenha (indevidamente) formado e por isso deva ser desconstituída, como também os casos em que a coisa julgada não chegue a se constituir.

Para que a sentença, a despeito de ser rescindível, chegue a adquirir a autoridade da coisa julgada, é necessário que

se revista de alguns requisitos mínimos, que lhe possibilitem sobreviver como outra sentença qualquer, se não proposta a rescisória dentro do prazo decadencial. Em outras palavras, para que se constitua a autoridade da coisa julgada, é necessário que a sentença, ***deixando de lado os vícios que justificariam a sua rescisão***, reúna os requisitos mínimos indispensáveis à sua existência, validade e eficácia.

Por exemplo, a sentença *inexistente*, qual a proferida em processo instaurado por advogado sem instrumento de mandato (CPC, art. 37, parágrafo único), ou a sentença *nula*, como a pronunciada contra o réu, na hipótese de falta ou nulidade da citação inicial, tendo o processo corrido à revelia (CPC, art. 741-I), ou ainda a sentença *ineficaz*, como a proferida na falta de citação de litisconsorte necessário (CPC, art. 47), são sentenças que não são aptas a adquirir a autoridade da coisa julgada, porque lhes falta a base material necessária sobre a qual, uma vez sanadas as causas de rescindibilidade, possam vir a existir, valer e ser eficaz como outra sentença qualquer.

São casos que não estão sujeitos à ação rescisória porque, neles, a coisa julgada não chega a formar-se. Poderia o legislador ordinário incluir nesse rol outras espécies de sentenças, como, por exemplo, as sentenças proferidas contra a Constituição?¹⁷

17 É possível que o caminho mais prático para responder a essa indagação seja o de se distinguirem *três* espécies de sentenças, a saber: (a) as sentenças eivadas de vícios que autorizam a propositura da

Penso que sim, mas desde que o vício da sentença, como já ficou dito, fosse de tal monta que, mesmo sanados todos os demais que a inquinassem, não lograria sobreviver como tal.

Comparando: *a injustiça da sentença é um vício capital, sem dúvida, mas não faz com que a sentença não exista como sentença. Já a falta de citação do réu desnatura o processo. Judicium est actum trium personarum*, o julgamento é um ato de três pessoas. É como um tripé. Tripé com dois pés tripé não é. Um não-processo não pode dar origem a uma sentença que o extinga, pois não chegou ele, o processo, a constituir-se.

O que é preciso não perder de vista é que a rescindibilidade da coisa julgada não se confunde nem com a inexistência, nem com a nulidade, nem com a ineficácia da sentença.

ação rescisória; (b) as sentenças isentas de vícios que autorizassem a ação rescisória, às quais faltam porém os requisitos necessários para que alcancem a autoridade da coisa julgada; e (c) as sentenças cujo defeito não se inclua no rol das causas de rescindibilidade nem lhes retire a aptidão para fazer coisa julgada. As *primeiras* podem ser desconstituídas por meio de ação rescisória, não havendo motivo para incluí-las em alguma categoria à parte. As *segundas*, porque não fazem coisa julgada, podem ser mudadas independentemente da intangibilidade da coisa julgada, motivo pelo qual também não há necessidade de enquadrá-las numa nova categoria. As *terceiras* seriam as únicas que poderiam ser objeto de uma nova categoria de sentenças, porque não contempladas em nenhuma das categorias anteriores. Poderiam enquanto tais dar lugar a um novo caso de rescindibilidade ou de falta de coisa julgada. Note-se porém que os casos de “*coisa julgada inconstitucional*” já se incluem na primeira daquelas categorias.

4.7. *Idem*, na ação popular, na ação de alimentos e nas ações do CDC

Também o tratamento dispensado à coisa julgada nos casos da ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 18), das ações de defesa do consumidor (CDC, art. 103) e da ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 15), acima mencionados, não serve para demonstrar que o legislador ordinário teria licença para restringir ou suprimir a garantia constitucional da coisa julgada.

O artigo 18 da Lei da Ação Popular não restringe, ao contrário amplia, os limites subjetivos da coisa julgada. Não fora essa norma, a sentença que julgasse *improcedente* a ação popular só faria coisa julgada às partes perante as quais fosse dada, não prejudicando as ações concorrentes de terceiros legitimados, com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir. Graças ao disposto nesse artigo, a sentença de improcedência tornar-se-á imutável também para esses terceiros, a menos que a improcedência tenha decorrido de insuficiência de prova.

O mesmo se pode dizer das disposições do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que só ampliam os limites subjetivos da coisa julgada, “potencializando” o princípio da intangibilidade da coisa julgada.

Exceção faria apenas o art. 15 da Lei da Ação de Alimentos. Faria, mas não faz, porque, como qualquer um sabe, essa disposição não acrescentou nada à disciplina processual da coisa julgada, servindo apenas, desnecessa-

riamente aliás, para assegurar o cumprimento da regra de direito material do art. 1.699 do Novo Código Civil (art. 401 do CC de 1916).

Em suma, não é verdadeira de modo nenhum a afirmação de que a disciplina do instituto da coisa julgada estivesse entregue à competência do legislador ordinário, não o vinculando o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada. A intangibilidade da coisa julgada é, sim, princípio constitucional.

Cabe examinar agora o argumento de que, à míngua de regra expressa sobre o modo de se exercer o controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado, poderia a sua inconstitucionalidade ser alegada a qualquer tempo em qualquer grau de jurisdição, tal como ocorre com a nulidade dos atos jurídicos em geral.

5. Do controle jurisdicional da inconstitucionalidade da coisa julgada

5.1. Delimitação do tema

O âmbito desse tema tem que ser bem delimitado para que não se perca o intérprete no trato de falsos problemas.

Sabe-se perfeitamente que qualquer decisão contrária à Constituição Federal está sujeita ao controle do Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário. Sabe-se também que a expressão “*violar literal disposição de lei*”, contida no art. 485-V do Código de Processo

Civil, tem que ser entendida em sentido amplo, compreendendo não só as normas infraconstitucionais de qualquer espécie (lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto etc.) como também as normas constitucionais. Dúvida não pode haver, portanto, sobre o cabimento da ação rescisória para desconstituir sentença proferida contra a Constituição.

Assim, o que cabe indagar é apenas se esse dispositivo também autorizaria a rescisão da sentença que **(a)** no julgamento da lide tenha aplicado lei **posteriormente** declarada inconstitucional, ou **(b)** que, com fundamento em inconstitucionalidade, tenha deixado de aplicar uma lei, **posteriormente** declarada constitucional pelo tribunal competente.

Em relação a essas hipóteses, considero também isento de dúvidas o caso em que o reconhecimento da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade viesse a ocorrer apenas por *via incidental*. Nesse caso, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade não prejudicaria nem beneficiaria terceiros, não constituindo ela mesma, a *declaração*, motivo para julgar procedente a rescisória. A rescisória poderia no entanto ser admitida e julgada procedente, com fundamento simplesmente na ofensa ao preceito constitucional questionado, nada importando, salvo como instrumento de pressão psicológica, a precedente declaração incidental.

O problema surgiria apenas a partir de uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pronunciada

por *via principal*, mas mesmo assim ficaria restrito, a meu ver, tão-somente ao caso da superveniente declaração de *inconstitucionalidade*.

No caso da superveniente declaração de *constitucionalidade*, a ação rescisória teria que vir a ser obrigatoriamente julgada procedente por força não só da eficácia de coisa julgada *erga omnes*, como também do efeito vinculante da declaração.

No caso, entretanto, de declaração de *inconstitucionalidade* superveniente ao trânsito da sentença em julgado, poderiam realmente ocorrer interpretações desencontradas, porque grassam nessa matéria não poucas imprecisões que certamente contribuiriam para dificultar a descoberta da melhor interpretação.

5.2. HANS KELSEN e a presunção de constitucionalidade

De fato, nesse caso ter-se-ia contra a procedência da rescisória, segundo prestigiosa corrente doutrinária calcada no pensamento de HANS KELSEN, a *presunção da constitucionalidade das leis* ainda não julgadas inconstitucionais pelo tribunal competente.¹⁸ A decisão pela inconstitucionalidade da lei teria natureza constitutiva negativa, de modo que, antes de pronunciada a inconstitucionalidade, não poderia a sen-

18 HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*, Martins Fontes, 2000, p. 300.

tença rescindenda ser tida como ofensiva à literal disposição de norma constitucional.

De minha parte, porém, já adianto que, quanto a este aspecto, não perfilho a teoria de KELSEN. Entendo que as normas legais não são inconstitucionais porque o tribunal assim as declarou, mas, ao contrário, o tribunal assim as declarou porque já eram inconstitucionais desde que entraram em vigor. A sentença que pronuncia a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo não é constitutiva negativa, é declaratória.

Conseqüentemente não reconheço a existência de uma *presunção de constitucionalidade* a favor das leis ainda não declaradas inconstitucionais. No direito brasileiro, que admite a declaração da inconstitucionalidade por *via incidental*, não encontra lugar a aludida presunção. Qualquer um pode desobedecer à norma que considere inconstitucional e demandar a declaração da inexistência da obrigação por ela criada. Na experiência jurídica, esse é fato comum que está acontecendo a toda hora.

Em razão disto, o fato de haver declaração de inconstitucionalidade superveniente é *absolutamente indiferente* ao tema da ação rescisória. A parte que se julgue prejudicada por sentença fundada em norma que considere inconstitucional poderá sempre demandar a rescisão da sentença, haja ou não precedente declaração de sua inconstitucionalidade. Se houver, tanto melhor, pois o êxito estará garantido; mas, se não houver, isto não constituirá impedimento à admissibilidade nem ao julgamento de procedência da rescisória.

Segue daí que, se ao Estado interessa fulminar a “coisa julgada inconstitucional”, mais não terá que fazer do que propor tempestivamente a sua ação rescisória. Se não o faz por opção própria, ou por dolo, negligência, imprudência ou imperícia dos seus agentes, não terá do que se queixar a não ser de si mesmo, falecendo-lhe autoridade para, em tal hipótese, por-se a acusar quem quer que seja, juízes ou partes, por imoralidade, iniquidade, apropriação indébita ou o que mais for.

5.3. O tema da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade

Outra imprecisão que costuma obscurecer o tema, mas que nada tem a ver com ele, é a que resulta de uma defeituosa consideração da chamada “retroatividade” do efeito declaratório da decisão que julga procedente uma ação direta de inconstitucionalidade.

O erro, nesse caso, conduz à conclusão oposta à que decorreria da supramencionada presunção de constitucionalidade.

Com efeito, aos menos avisados, poderá parecer que, declarada a inconstitucionalidade da norma, ficariam *ipso facto* declarados nulos todos os atos que com base nela tivessem sido praticados, caso em que ficaria dispensada a propositura da ação rescisória para desconstituir a sentença em contrário, transitada em julgado.

Daí a entender que, sobrevivendo a declaração da inconstitucionalidade da lei após o decurso do prazo da ação rescis-

sória, estaria automaticamente rescindida a sentença que nela se fundara, independentemente da propositura da ação rescisória, é apenas um passo.

O poder desse tipo de raciocínio, completamente obtuso e revelador de ignorância crassa em matéria processual, porque desconhece os limites objetivos da coisa julgada — o que é fato gravíssimo —, não pode ser minimizado porque tem lá os seus adeptos, e adeptos muito poderosos, como se pode ver na redação dada ao parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.¹⁹

O certo, na verdade, é que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é limitado à declaração da nulidade da lei ou ato normativo em causa, não incluindo a declaração da nulidade de qualquer outro ato jurídico, quer de direito público, quer de direito privado.

Conseqüentemente, a nulidade de qualquer outro ato só poderá ser pronunciada mediante a propositura de nova ação, observadas as respectivas condições de admissibilidade e procedência, entre as quais a de que não ofenda a autoridade da coisa julgada.

19 CPC: “Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: (*omissis*) II – inexigibilidade do título (*omissis*) Parágrafo único. Para o 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.”

5.4. O campo minado pelo patrulhamento ideológico

Cabe advertir que, quanto a esse ponto, o intérprete estará caminhando sobre um campo minado, em que, à falta de argumentos de índole científica, estará exposto a ser bombardeado com argumentos de ordem moral, política e até naturalista, excelentes para sensibilizar os apreciadores de novelas e para alimentar um certo patrulhamento ideológico, mas sem qualquer utilidade no campo do direito, tais como:

“A sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático, por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da Natureza”²⁰

Propõe-se, como se vê, a ressurreição das sentenças “*que per direito são nenhumas*”, pondo-se por terra a teoria brasileira da ação rescisória, inclusive e especialmente na parte em que expõe à rescisão as sentenças dadas contra a coisa julgada, a cujo respeito teve PONTES DE MIRANDA a oportunidade de assim se pronunciar:

20 Com “N” maiúsculo no original. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, cit, loc. cit., p. 65.

“Na literatura de outros países há de se descobrir o que constitua descobrimento, no que concerne à natureza e classificação das regras jurídicas, dos conceitos e da linguagem, mas é grave erro – e, **por vezes desserviço criminoso**, estar o jurista a deixar que afirmações, considerações e dissertações em torno de institutos estrangeiros, diferentes como são, toldem a claridade multissecular do sistema jurídico brasileiro que – por circunstâncias históricas e culturais favoráveis – é um dos melhores do mundo e em não poucos lugares, em muito, supera a todos”.²¹

Motivo pelo qual acrescentou ainda PONTES DE MIRANDA: “*O sistema jurídico brasileiro merece louvor e o orgulho do povo que o recebeu e o manteve, sem que haja outro sistema que a ele se iguale*”.²²

Tem inteira razão o eminente jurista, especialmente no que respeita à rescisão por ofensa à coisa julgada. Os que sustentam a possibilidade de se declarar, a qualquer tempo, a nulidade da sentença dada contra a Constituição, mesmo após o prazo da rescisória, não se deram conta, não se sabe bem por quê, de que a nova sentença que assim decidisse poderia ser imediatamente rescindida, não porque estivesse errada do

21 PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória*, Forense, 1976, p. 631, sem destaques no original.

22 *Idem*, p. 649.

ponto de vista do direito constitucional, *mas pela simples e boa razão de ter sido dada contra a coisa julgada, que é causa autônoma de rescindibilidade (CPC art. 485-IV)*. Essa sentença, por sua vez, não poderia ser argüida de inconstitucional, porque, para dar por rescindida a sentença anterior, não precisaria pronunciar-se nem direta nem indiretamente sobre nenhuma regra nem princípio constitucional, nem comportaria o caso a cumulação do pedido com o de novo julgamento da causa.

6. Conseqüências da submissão da coisa julgada inconstitucional à ação rescisória

6.1. Inconstitucionalidade e nulidade. Ação de nulidade e falta de interesse na declaração

Não é sustentável o entendimento de que, sendo de *nulidade* o vício dos atos incompatíveis com a Constituição, e sendo *imprescritível* a ação declaratória de nulidade, como imprescritíveis são as declaratórias em geral, a nulidade da sentença transitada em julgado poderia ser pronunciada *a qualquer tempo e independentemente* da propositura de ação rescisória.

É certo que a ação declaratória de nulidade é imprescritível e que, em princípio, qualquer ato jurídico e até mesmo as sentenças, poderiam ter a sua nulidade declarada judicialmente a qualquer tempo, fosse por inconstitucionalidade, fosse por qualquer outro vício de menor tomo. Daí não se se-

gue, necessariamente, que essa declaração deva ser útil à parte a quem, em tese, beneficiaria.

Será útil apenas e enquanto, após o ato inquinado de nulidade, não se tenham constituído novos direitos que se possam opor aos que tenham sido prejudicados pelo ato nulo.

Assim, por exemplo, de nada adiantará a declaração da nulidade de uma escritura de compra e venda, depois de consumada a prescrição aquisitiva a favor do adquirente do imóvel. A nulidade poderá ser declarada, mas inutilmente, porque não prejudicará a aquisição do imóvel por usucapião.

O mesmo acontecerá no caso da sentença inconstitucional. De nada adiantará declarar-lhe a nulidade, se já não for mais possível, em razão do decurso de prazo, rescindir-lhe a autoridade da coisa julgada. A nova declaração cairia fatalmente no vazio porque a parte interessada não poderia, com base nela, deduzir em juízo qualquer pretensão que ofendesse os direitos reconhecidos pela decisão anterior.

6.2. A sobrevivência da coisa julgada como limite à expansão do vício de inconstitucionalidade

No instituto da coisa julgada reside toda a diferença entre a nulidade da sentença e a dos atos administrativos e legislativos em geral. Constitucionalmente, a coisa julgada é apanágio exclusivamente dos atos judiciais.

De lege ferenda, pode-se discutir à vontade se isso é bom ou não. A Constituição brasileira não proíbe que se faça a apologia das teses do nacional-socialismo, do fascismo, do

caudilhismo latino-americano, do comunismo, da monarquia absoluta, ou de qualquer outro regime totalitário. De *lege lata*, não.

6.3. O fundamento sócio-político em confronto com o fundamento jurídico da coisa julgada

De resto, a coisa julgada não visa apenas garantir a certeza, a segurança e a estabilidade das relações jurídicas protegidas por sentenças transitadas em julgado.

A coisa julgada é uma exigência lógica e ontológica do conceito de processo. Processo é caminho em direção a algo. Supõe que um dia termine.²³

Razões de natureza cultural, sociológica ou política, ou até mesmo de ordem religiosa, podem influir poderosamente na opção de incluir ou não incluir a coisa julgada entre as garantias constitucionais ou infraconstitucionais do pro-

23 Neste sentido, BOTELHO DE MESQUITA, *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, São Paulo, 1963, p. 28 nota 4: "Na verdade, este atributo das sentenças, a imutabilidade, é logicamente exigido pela própria idéia de processo. Seja qual for a finalidade que atribuam à atividade processual, não divergem os autores em considerar o fim último do processo a paz social e a certeza nas relações jurídicas. Este escopo de forma alguma seria atingido se não fosse posto pelo direito um limite à renovação dos litígios, fixando definitivamente entre os contendores o resultado do processo. Sem a imutabilidade da sentença o processo não teria fim e perderia, com isto, toda e qualquer possibilidade de alcançar a meta a que ele mesmo se propõe".

cesso, conforme agora se está pretendendo. Daí não se extrai, contudo, que aquelas razões constituam o fundamento jurídico da coisa julgada. Processo sem coisa julgada é mero procedimento ou processo de jurisdição voluntária, administrativa ou graciosa. De jurisdição contenciosa nunca será.

7. Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

7.1. A questão da antinomia e a função dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

A discussão sobre a *coisa julgada inconstitucional* tem sido atraída, ou levada, para o campo não menos controvertido das chamadas *normas constitucionais inconstitucionais*, viziinho da doutrina da *relatividade da coisa julgada*, onde os conflitos entre princípios constitucionais, ou entre normas constitucionais, ou entre princípios e normas constitucionais, se resolveriam mediante o uso desses dois superiores princípios, da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.

Seriam aplicáveis no caso de, entre regras, ou entre princípios, ou entre estes e aquelas, sempre do mesmo nível hierárquico, haver conflito insuperável e irreduzível a uma solução inspirada no *princípio da unitariedade* do conjunto das normas e princípios constitucionais.

Grandes são as divergências teóricas nessa matéria, a começar sobre a questão da própria existência dos men-

cionados conflitos, que é negada por boa parte dos constitucionalistas pátrios; o que não tem impedido que, de algum tempo para cá, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tenham caído no domínio comum, tornando-se instrumentos genéricos para esvaziar o conteúdo de qualquer lei que se não queira aplicar. O pretexto, com algumas variações de caso para caso, é o conflito entre a regra de direito e a justiça, que absolutamente não guarda nenhuma semelhança com as antinomias de que cuidaram com o conhecido apuro juristas do porte de OTTO BACHOFF, HANS KELSEN, NORBERTO BOBBIO, ROBERT AXLEY ou DWORKING.

7.2. Inaplicabilidade desses princípios na ausência de conflito de natureza constitucional

No caso desta consulta não é necessário ingressar nesse tão elevado patamar do direito constitucional, porque não ocorre o imaginado conflito entre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e o princípio da isonomia ou da moralidade administrativa ou qualquer outro que seja.

E não existe porque, suposto que tal conflito exista, não será nunca um conflito para cuja solução não contenha a Constituição Federal disposição expressa. *O conflito entre a autoridade da coisa julgada e alguma norma ou princípio constitucional resolve-se pela ação rescisória contra a coisa julgada.* Não é conflito para o qual a

Constituição não dê solução, mesmo porque a ação rescisória está consagrada pela Constituição nas diversas regras em que dispõe sobre a competência dos tribunais para processá-la e julgá-la.

O problema que surge quando o interessado não se vale do instrumento próprio para a resolução de um conflito desses não é problema de direito constitucional porque não tem origem no suposto conflito e, sim, na ignorância, negligência, imprudência, imperícia ou dolo de quem, podendo e devendo propor a ação rescisória, deixou passar *in albis* o prazo para fazê-lo.

8. Conclusão

8.1. Síntese das conclusões

Buscando sintetizar o que ficou exposto poderíamos dizer que:

a) suposto que houvesse no caso em exame, ou em qualquer outro que se lhe possa equiparar, um conflito entre princípios constitucionais, a solução de *desconsiderar* pura e simplesmente a autoridade da coisa julgada não seria compatível com o atual estado da organização jurídica nem das instituições políticas do país, representando antes uma solução retrógada e totalitária;

b) o princípio constitucional da intangibilidade da coisa julgada não se limita à resolução de uma questão de direito

intertemporal, mas inclui, sim, a afirmação da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença transitada em julgado, que a lei ordinária não pode suprimir sem inversão da hierarquia das normas jurídicas, de nada valendo o argumento em contrário, extraído ou das regras que autorizam a ação rescisória, ou das que a dispensam no caso de falta ou nulidade de citação, ou que tornam mais permeáveis os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada como se verifica na ação de alimentos, na ação popular e nas ações do Código de Defesa do Consumidor;

c) o controle da constitucionalidade da coisa julgada, assim como o da sua ilegalidade, se perfaz pela ação rescisória, não tendo nenhuma utilidade para a solução da questão trazer para o debate matérias que lhe são estranhas como a presunção da constitucionalidade das normas legais ou o efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade, ou ainda o fundamento sócio-político da coisa julgada;

d) para a hipótese de ocorrer incompatibilidade entre o conteúdo de uma sentença transitada em julgado e alguma regra ou princípio constitucional, a solução constitucionalmente prevista é o recurso à ação rescisória, para cujo processo e julgamento a Constituição confere competência originária aos tribunais por ela mesma organizados, não se configurando conflito entre princípios ou entre normas constitucionais, para cuja solução fosse necessário recorrer a princípios mais altos como os da proporcionalidade, da razoabilidade ou os fundados no direito natural;

e) transcorrido em branco o prazo para exercer o direito de propor a ação rescisória, a sobrevivência da aludida incompatibilidade não decorrerá de conflito entre princípios constitucionais; terá por causa, sim, mero ato omissivo da parte a quem poderia interessar a rescisão da coisa julgada, sem vinculação alguma com qualquer princípio ou regra de direito, e menos ainda de direito constitucional.

É o parecer.