



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SEBASTIÃO MANDÚ FILHO

DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL E A  
SEGURANÇA JURÍDICA

SOUSA - PB  
2005

SEBASTIÃO MANDÚ FILHO

DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL E A  
SEGURANÇA JURÍDICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB  
2005

SEBASTIÃO MANDÚ FILHO

DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL  
INCONSTITUCIONAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>ª</sup>. Esp. Maria Marques M. Vieira (Orientadora)

---

Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

---

Prof<sup>ª</sup>. Esp. Aurélia Carla Queiroga da Silva

SOUSA – PB  
DEZEMBRO/2005

## DEDICATÓRIA

À

Antonia Nogueira Neves de Lima

Sebastião Mandú de Lima

Meus pais e eternos Professores do amor à vida, à dignidade e ao saber;

À

Ernestina Maria Alves Pinheiro,

Minha sempre amada esposa, pelo apoio que possibilitou a conclusão deste trabalho, e

Pedro Lucas Pinheiro Mandú,

Matheus Neves Pinheiro Mandú, e

Davi Neves Pinheiro Mandú, meus filhos, estímulo dos meus sonhos e força para enfrentar as dificuldades da caminhada...

Agradecimento.

*À Direção-Geral da Escola Agrotécnica Federal de Sousa – PB, nas pessoas de Francisco Tomaz de Oliveira, atual Diretor-Geral e Francisco Cicupira de Andrade Filho (ex-diretor), pelo incentivo recebido e pela paciência, quanto às horas de ausência para pesquisa e desenvolvimento do presente estudo.*

*À Professora Maria Marques M. Vieira — Professora Gracinha — pela orientação sempre presente e dedicada, exemplo de educadora que transforma o mundo.*

*Ao Professor, Dr. Zélio Furtado, pelos primeiros passos no projeto de pesquisa, o que permitiu boa condução dos passos seguintes.*

*“Se não morre aquele que  
escreve um livro ou planta uma  
árvore, com mais razão não  
morre o educador que semeia a  
vida e escreve na alma.”*  
Bertold Brecht.

## RESUMO

A Coisa Julgada é considerada um dos fundamentais dogmas do Direito. Entretanto é preciso responder ao questionamento que vem da *res iudicata* que produz injustiças, que fere a Constituição Federal de 1988. É preciso, ainda, entender, das conseqüências inerentes à segurança jurídica, decorrente de uma decisão desconforme com o ordenamento jurídico. Através da utilização do método jurídico, com enfoque na pesquisa documental de fontes primárias e bibliográficas, o presente estudo analisa o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, a partir da inovação introduzida pelo artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que considera inexigível o título judicial, que tenha por base, lei declarada inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal. Parte do pressuposto de que os atos do Poder Público devem estar em consonância com o princípio da constitucionalidade. Propõe a adequação constitucional da Coisa Julgada, respeitando os demais princípios da Lei Maior, inerentes à boa-fé, moralidade e dignidade humana.

Palavras-chave: **coisa julgada. direito. segurança jurídica.**

## ABSTRACT

The Judged Thing is considered one of the fundamental dogmas of the Right. But it is necessary to answer to the question that comes from the in case judged, that produces injustices, that it hurts the Federal Constitution of 1988. It is necessary, still, to understand, of the inherent consequences to the juridical safety, due to a decision contrary to the juridical order. Through the use of the procedure methods and juridical, with focus in the documental research of primary and bibliographical sources, the present study analyzes the institute of the judged thing and the juridical safety's beginning, starting from the innovation introduced by the article 741, only paragraph, of the Code of Civil Process, that considers disable person the judicial title, that he/she has for base, unconstitutional declared law for E. Supreme Federal Tribunal. It cracks of the presupposition that the acts of the Public Power should be in consonance with the beginning of the Supremacy of the Constitution. It proposes the constitutional adaptation of the Judged Thing, respecting the other beginnings of the Larger Law, inherent to the good-faith, morality and human dignity.

Words-Key: **in case judged. right. juridical safety**

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO, 11

### CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SENTENÇA, 13

- 1.1 Conceito e requisitos da sentença, 13
- 1.2 Classificação das sentenças, 15
- 1.3 Efeitos da sentença, 17
- 1.4 Vinculação legal da sentença, 19

### CAPÍTULO 2 NOÇÕES ACERCA DA COISA JULGADA, 22

- 2.1. Conceito, 22
- 2.2. Coisa julgada formal e material, 24
  - 2.2.1 Coisa julgada formal, 24
  - 2.2.2 Coisa julgada material, 25
- 2.3 Atributos da coisa julgada, 27
- 2.4 Coisa julgada e sua dimensão normativa: instituto constitucional?, 28

### CAPÍTULO 3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE, 33

- 3.1 O princípio da supremacia da constituição, 33
- 3.2 A inconstitucionalidade de leis e atos normativos: instrumentos de controle, 34
  - 3.2.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão, 34
  - 3.2.2 Inconstitucionalidade formal e material, 35
  - 3.2.3 Instrumentos de controle, 36
    - 3.2.3.1 Instrumentos de controle de constitucionalidade no Brasil, 37
      - 3.2.3.1.1 Do critério difuso, 39
      - 3.2.3.1.2 Do critério concentrado, 41
        - 3.2.3.1.2.1 Da ação direta de inconstitucionalidade genérica, 42
          - 3.2.3.1.2.1.1 Da exceção à regra quanto aos efeitos da ADIn. (a inovação advinda do art. 27 da lei nº 9.868, de 1999), 46
        - 3.2.3.1.2.1.3 Das outras ações diretas de inconstitucionalidade no critério concentrado, 48

CAPÍTULO 4 DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL COM BASE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, FACE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, 49

- 4.1 Dos embargos e da inexigibilidade do título judicial: noção, 49
- 4.2 Ampliação do conceito de inexigibilidade, 52
- 4.3 Adequação constitucional da *res iudicata*, 54
- 4.4 O Parágrafo único, do art. 741 do código de processo civil e os instrumentos de desconstituição excepcional da coisa julgada, 59

CAPÍTULO 5 DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS FACE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI CUJA SENTENÇA SE REPORTA, 64

- 5.1 Segurança jurídica – aspectos conceituais, 64
- 5.2 Coisa julgada inconstitucional: segurança jurídica efetiva ou aparente?, 68

CONCLUSÕES, 71

REFERÊNCIAS, 75

## INTRODUÇÃO.

Grande parte do pensamento jus-filosófico, erigido em torno do instituto da coisa julgada, pode ser resumido na expressão *La Santidad de la cosa juzgada vênia a ser la religión de la justicia humana*, que exprimiu a autoridade assumida, por respectivo instituto, no seio das sociedades humanas através dos tempos.

Por muitos anos, esta ótica vigeu incólume, verdade sacra, absoluta, a conduzir os destinos dos homens ante a prestação dos atos jurisdicionais.

A análise da coisa julgada, dado a isto, restringiu-se, tão só, às escassas hipóteses incididas na legislação processual civil, atinentes à ação rescisória, e, poucos foram os doutrinadores que se aventuraram a contestar a *auctoritas rei iudicatae*.

A evolução do direito, no entanto, acompanhando o desenvolvimento da própria condição humana, fez ver que, em alguns momentos, essa autoridade absoluta, a revestir o caso julgado, cede ensejo à produção de atos injustos, a exemplo das investigações de paternidade onde futuros exames de DNA apontaram para o equívoco da decisão, ou situações outras, onde a sentença ofende diretamente a Constituição.

Surge, então, tese que procura relativizar a coisa julgada, ante os preceitos estabelecidos pela ordem jurídica.

O presente estudo pretende percorrer, em análise, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, obedecendo os métodos de interpretação exegético e sistemático, alguns dos aspectos atinentes a este novo pensamento, que ora vem ganhando corpo no contexto da doutrina e legislação

nacional, no sentido de que os atos jurisdicionais, devem guardar observância aos princípios e preceitos da Lei Maior.

Será feito um pequeno corte metodológico no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro, para dele se retirar, apenas, a figura da inexigibilidade do título executivo judicial, que tenha por base, lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e, sobre este, se fará a análise do princípio da segurança jurídica, à luz de respectivo título, procurando desvendar a natureza jurídica que envolve citado princípio no objeto em questão.

Antes porém, será recapitulada a sentença e suas principais características, para se verificar da sua vinculação legal, e, se aferir sua natureza normativa infraconstitucional, enquanto acobertada pelo atributo do caso julgado.

O controle de constitucionalidade de leis será abordado, somente, nos tópicos que interessem ao objetivo deste trabalho.

Não se fará análise do direito adquirido, por se entender, estar, este instituto, contemplado quando da análise da dimensão normativa da coisa julgada.

Será proposto o uso do termo *adequação constitucional da coisa julgada* em vez de *relativização da coisa julgada*. Nesta ordem de idéias, se terá a necessária consonância do caso julgado e a ordem jurídica, tendo em vista, os efeitos decorrentes da adequação, a considerar os princípios constitucionais dos quais não pode olvidar o operador do direito, sob pena de malferir os destinatários da *res iudicata* imbuídos de boa-fé, notadamente, quanto a sua dignidade humana.

Por fim, se postulará em favor da dignidade humana, dada a adequação constitucional da *res iudicata*, a qual, em sendo percebida na sua dimensão, justificará, plenamente, as razões do presente estudo.

## CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SENTENÇA.

### 1.1 Conceito e requisitos da sentença

São atos do juiz, a teor da legislação processual pátria, a sentença, a decisão interlocutória e o despacho como decorre do preceituado no art. 162, do Código de Processo Civil. Interessa o primeiro ato citado, posto que seu entendimento constitui parte primordial ao desenvolvimento do presente estudo.

A sentença, enquanto ato estatal, é, nos termos do artigo 162, § 1º, do Código de Processo Civil, *o provimento pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa*. Quando decide a questão posta em juízo, o magistrado proclama uma sentença de mérito; quando sentencia sem alcançar a questão sob litígio, estará expedindo um provimento sem mérito, o que será visto, amiúde, mais adiante.

O juiz, ante o *decisum*, segundo Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 507), reúne um silogismo, que parte da premissa maior, a Lei, incidindo sobre o fato e desaguando na formulação adequada a este na sentença, o que, por força do art. 468, do Código de Processo Civil, passa a ter força de lei entre as partes.

Neste aspecto, a sentença assume importância inquestionável no contexto do exercício da jurisdição, haja vista, sua prolação de mérito, implicar no término da prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz, nos precisos termos do art. 463 do Código de Processo Civil.

Destarte, considerando a sentença de mérito, para que esta possa ser válida, há de conter requisitos que a informam, estando estes, previstos no art. 458, da lei adjetiva pátria. Consistem, portanto, no *relatório*, nos *fundamentos da decisão* e no *dispositivo*, respectivamente incisos I, II e III do art. 458, do Código de Processo Civil. São imprescindíveis à validade do ato jurisdicional, destacando Theotônio Negrão em nota (nº 04) ao

artigo citado, que *nula é a sentença de mérito que não contém os requisitos do art. 458, considerados por lei como essenciais* (2002, p.464).

Impende destacar algumas considerações acerca dos requisitos da sentença:

O *relatório* deve conter os nomes das partes, a *suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências* havidas no andamento do processo, como determina o inciso I, do art. 458, do Código de Processo Civil. Neste sentido, ressalta José Frederico Marques (1959) citado por Humberto Theodoro Júnior (1998), que no relatório o juiz delimita o campo do '*petitum*' e a *área das controvérsias e questões que necessitará resolver* (MARQUES, 1959 *apud* THEODORO JÚNIOR, 1998, p.508).

O relatório assume assim, um caráter que Vicente Grecco Filho (2000, p.239) denomina de *resumo do processo* que vai garantir ao juiz a descrição e o exame de seus termos principais.

A ausência ou omissão do relatório torna nula a sentença. Rebusca-se, neste sentido, o entendimento jurisprudencial *infra*:

Nula é a sentença que omite o relatório (RP 4/406, em. 190), ou o faz incompleto (JTJ 153/140, RF 246/394). Mas constitui mera irregularidade, e não nulidade, o fato de adotar como relatório o de sentença anteriormente anulada. (NEGRÃO, 2002, p. 464).

Os *fundamentos* da sentença, por sua vez, consistem na motivação desta, conforme art. 458, II do Código de Processo Civil, onde o juiz deve expor de forma circunstanciada, a sua convicção com esteio nas questões de fato e de direito que envolvem o objeto *sub examine* e que vai culminar no *decisum*. Decorre de previsão constitucional ínsita no art. 93, IX da Constituição Federal. A teor deste preceito constitucional, a sentença não fundamentada é nula, o mesmo ocorrendo com a sentença mal fundamentada, (RJTJESP 37/73, 48/244, 49/530, 62/267).

Em sua atividade e pela fundamentação, o juiz tem de analisar as questões postas à sua apreciação, sejam de natureza preliminar, prejudicial ou de fato e de direito. É através da

motivação que o magistrado, examinando com minúcia os pontos levantados pelas partes, tem a oportunidade de expor os elementos que vão informar o seu convencimento. Sendo assim, a *questão* levada ao conhecimento do juízo, segundo Vicente Grecco Filho (2000), *é todo ponto controvertido de fato e de direito e que, exatamente por ser controvertido, deve ser decidido pelo juiz* (Ibidem, p. 239).

No *dispositivo* o juiz decidirá, ponto a ponto, a lide que lhe fora apresentada. É conclusão a que chega o magistrado, convertendo em decisão as análises levadas a efeito quando da fundamentação do julgado, acolhendo o rejeitando o pedido do autor, podendo ainda, julgar a causa sem analisar o mérito. Caso haja ações conexas, oposição, reconvenção, ação declaratória incidental, deverá o magistrado, apreciá-las, quando da parte dispositiva da sentença.

## 1.2 Classificação das Sentenças

As sentenças, consoante com o disposto no art. 162, §1º do Código de Processo Civil, podem, inicialmente, ser classificadas entre aquelas que põem termo ao processo sem decidir o mérito da causa; e aquelas que determinam o encerramento da relação processual, contemplando a questão que fora submetido ao juízo, segundo José Frederico Marques (2001, p. 49). Com efeito, a primeira, que também é denominada de sentença terminativa, trata do *decisum* que encerra o processo sem adentrar o mérito da causa, sem decidir acerca do objeto posto sob litígio, nos termos do disposto no art. 267 e incisos do Código de Processo Civil. Poder-se-ia dizer, que o juiz decide o processo, mas não julga a questão. A segunda, por sua vez, denominada de sentença definitiva, consiste no provimento jurisdicional que põe termo ao processo, julgando acerca do bem jurídico posto sob litígio, e, via de regra, em favor de

uma das partes, que compõem a lide, como disciplinado no art. 269 do Código de Processo Civil.

Quanto às sentenças definitivas, estas geram o que Liebman (1984) denomina de *comando* (1984, p.51) revestido de autoridade e conteúdo imperativo, independentemente de sua classificação como adiante será tratada. Segundo este doutrinador:

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se de sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um 'comando', quer tenha o fim de declarar, que tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. ... (LIEBMAN, 1984, p.51).

Dada esta distinção inicial, o Código de Processo Civil não estabelece classificação criteriosa para a sentença, restando para a doutrina esta tarefa.

Destarte, as sentenças classificam-se, segundo Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 519), em condenatórias, constitutivas e declaratórias.

É condenatória a sentença, trata o mesmo autor, quando *se certifica o direito da parte vencedora* (Ibidem, p. 520). Através deste provimento o vencido fica obrigado ao cumprimento de uma prestação de dar, fazer ou não fazer, abster-se ou desfazer o ato praticado.

Neste sentido, a sentença atribui ao vencedor a faculdade de exigir o cumprimento da obrigação (art. 566, do C.P.C.), caso o vencido não a implemente espontaneamente. Ante a inércia do que está obrigado ao cumprimento do *comando* (LIEBMAN, 1984, p.51) contido no provimento, a lei confere à sentença natureza executiva, passando esta a se constituir e título executivo, como decorre do prescrito no art. 584, I do C.P.C. tornando a parte autoral credora de um direito, possível de execução forçada em face do então devedor — art. 566, do Código de Processo Civil.

A sentença constitutiva, por sua vez, não se resume apenas à declaração de um direito ou mesmo a uma condenação da parte. Nesta há uma alteração de estado ou de uma

relação jurídica. Noutras palavras, a sentença constitutiva *cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica* (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 520), que passa a ter efeito a partir da prolação do provimento.

A diferença da sentença constitutiva para a declaratória consiste no fato de, nesta, o magistrado aferir a existência de uma relação jurídica ou autenticidade de documento, enquanto que, na sentença constitutiva, ocorre a *modificação do estado jurídico* (Ibidem, p.520) até então verificado entre as partes envolvidas.

A sentença declaratória, conforme preceituado no art. 4º do Código de Processo Civil objetiva verificar, conforme se vê acima descrito, a existência ou não de uma relação jurídica ou a autenticidade ou não de documento.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (1998, p.519), a declaração faz parte de todas as outras modalidades de sentença, dado que a decisão de condenação, por exemplo, antes de fazê-lo, deve, necessariamente, declarar o direito da parte vencedora, bem como, o fazer, negativamente, em face da parte vencida.

Ao constituir ou modificar um direito, também se pressupõe ato declaratório que irá no mesmo sentido.

Em suma, a sentença declaratória adstringe-se, nas situações mencionadas, a verificar, a tornar evidente, a compatibilidade entre a lei e a relação ou objeto jurídico colocado em face desta.

### 1.3 Efeitos da Sentença

Decorrente da classificação antes mencionada são os efeitos da sentença. Destarte, os adeptos da doutrina de Liebman (1984) vinculam os efeitos como sendo da ação condenatória uma condenação; da ação declaratória uma declaração e a constituição de uma

relação jurídica para a constitutiva. Na prática estes efeitos não se verificam isoladamente, quando, por exemplo, mesmo em face de uma declaração em uma sentença levada ao Juízo, o magistrado condena uma das partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

As sentenças têm outros efeitos denominados de secundários que, segundo Humberto Theodoro Júnior (1998, p.522) surgem de acordo com o tipo de provimento jurisdicional ofertado. Como exemplo o autor cita a hipoteca judiciária.

José Frederico Marques (2001, p. 61), seguindo a esteira da classificação *supra*, aduz, entretanto, que os efeitos das sentenças podem ser *ex tunc* ou *ex nunc*. No primeiro, os efeitos remontam à origem da relação que se tornou litigiosa, ou quando for o caso, à data da citação em juízo. No segundo, os efeitos se verificam a partir do momento da prolação do *decisum*.

Sendo assim, em vista das sentenças declaratórias e condenatórias, regra geral, deve-se observar os efeitos *ex tunc* e, para as constitutivas, os efeitos *ex nunc*.

A classificação adotada por José Frederico Marques (2001) importa sobremaneira para o objeto do presente estudo, tendo em vista, o questionamento que irá se assentar acerca da sentença que se observa fundamentada por uma lei, vigente à época em que o provimento fora decretado, e, posteriormente, referido diploma se tem por afastado do ordenamento jurídico em virtude da declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tópico este a ser abordado no momento oportuno.

A classificação adotada por José Frederico Marques (2001), acima exposta, quanto aos efeitos da sentença, no estudo de Humberto Theodoro Júnior recebe a denominação de *momento da eficácia da sentença* (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 521). Ambos os autores no entanto, têm o mesmo entendimento quando se referem aos efeitos *ex tunc* e *ex nunc*.

#### 1.4 Vinculação Legal da Sentença

O item que se aborda a seguir parte da natureza jurídica e função da sentença, como já compreendida pela doutrina tradicional.

Conforme visto anteriormente, há na sentença, por sua função, um *comando* (LIEBMAN, 1984, p.51), que representa a vontade do Estado, refletida na figura do magistrado.

Exercendo, entretanto, a atividade jurisdicional o juiz dirá acerca do direito aplicável à espécie, segundo a norma vigente. Quando do silêncio da lei, deverá o mesmo, socorrer-se dos princípios, da analogia e demais recursos previstos no ordenamento jurídico com vistas à solução do litígio.

Destarte, em seu mister, o juiz não cria direito novo, tão só, o estabelece pelos limites de sua eficácia, quando condena, constitui ou, simplesmente, declara acerca de uma relação jurídica posta à sua apreciação, (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 505).

A sentença que acolhe ou rejeita a pretensão da parte, observando o limite da própria lide, traz, em si, segundo Chiovenda citado por Humberto Theodoro Júnior (1998, p. 504), a *afirmação da lei aplicada ao caso concreto*. Não quer isto dizer, que à sentença prolatada se aplique a técnica do processo legislativo, quando esta passaria a ser *lex specialis*<sup>1</sup>. É, apenas, para asseverar que, uma vez expedido o provimento, e considerando, que este, em face do caso concreto, refletirá a vontade da lei, com esta se assemelhará, estabelecendo-se, portanto, vinculação entre a decisão e o diploma jurídico vigente. Em mesma medida, esta vinculação ocorre, quando, mesmo no silêncio da lei, a decisão se dá

---

<sup>1</sup> Neste sentido, Liebman (1984, p. 44) é elucidativo, quando aborda a teoria normativa da sentença.

segundo o ordenamento jurídico vigente, a teor do que disciplina a Lei de Introdução ao Código Civil, (art. 4º, DL nº 4657, de 1942).

Nesta linha de entendimento, Moacyr Amaral Santos (2000) destaca:

Daí ensinar Chiovenda, e com ele grande parte da doutrina, que a sentença é a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto. A lei possui uma vontade, uma ordem, um imperativo. Essa vontade, ordem, imperativo que em abstrato se contém na Lei, é posta pelo juiz em situação de ser aplicada ao caso decidido. Na sentença há a afirmação, de modo concreto, da vontade contida na lei. Assim, o preceito contido na sentença é a afirmação da vontade da lei declarada pelo juiz, como órgão do Estado... (SANTOS, 2000, p. 11).

É, portanto, possível se aferir o entendimento, segundo o qual, a sentença tem força de lei entre as partes e com esta se equipara nos limites do provimento. É, igualmente, possível, se afirmar que o provimento vincula-se, diretamente, à lei que lhe empresta validade, vez que a decisão visa expressar sua vontade e não, o estabelecimento de um direito novo.

Destarte, é possível asseverar que o ato jurisdicional deve estabelecer-se segundo os termos da lei e nos limites desta na ordem infraconstitucional. Aqui cabe uma primeira indagação: Sendo a lei sujeita ao controle da constitucionalidade, como é assente no direito pátrio (SILVA, 1991, p. 45), que se dirá da sentença que se subsume na vontade da norma legal?

A resposta plausível conduz ao raciocínio concernente a submissão da sentença a referido controle, sob pena do risco de se verificar a prevalência de uma decisão prolatada com fulcro em uma lei inconstitucional, ou que, posteriormente, assim se veja declarada, e, desta feita, instalar-se um despautério na ordem jurídica.

Bem verdade é, que mecanismos existem para se atacar a sentença desconforme com a constituição, a teor do art. 102, III da Magna Carta. O problema se verifica em maior dimensão, quando a sentença maculada por ofensa à Constituição não se vê combatida ou mesmo, quando válida, a lei que lhe empresta supedâneo, vem, posteriormente, a ser declarada inconstitucional. Nestes casos, a sentença perde a sua vinculação legal, e, passado o prazo da ação rescisória, surge óbice jurídico, ainda não disciplinado de maneira satisfatória

na ordem jurídica: o trânsito em julgado soberano de uma sentença desconforme com a constituição, tema central a ser abordado, posteriormente, e em alguns aspectos, neste trabalho.

## CAPÍTULO 2 NOÇÕES ACERCA DA COISA JULGADA

### 2.1 Conceito

Todo o resultado do processo, segundo a concepção do direito romano, se resumia na *res iudicata*. Sendo assim, segundo Liebman (1984), *para os clássicos era a 'res iudicata' verdadeiramente o único e exclusivo efeito do 'iudicatum'... ao passo que a inexistência de recursos não fazia surgir o problema de quando devia a sentença produzir a 'res iudicata'* (LIEBMAN, 1984, p.3). Assim, para os romanos a sentença não declarava um direito, estabelecia, por sua vez, um direito novo.

Este entendimento sofreu transformações a partir de Justiniano que passou a diferenciar a sentença, por seus efeitos, de sua *auctoritas*<sup>1</sup>. Entretanto, estas manifestações foram não muito contundentes à época, tampouco, bem compreendidas, em toda a sua contextualização.

Atualmente, a questão se encontra superada, bastando a simples análise do conteúdo da decisão para se verificar os seus efeitos, que, em cada caso, podem ter natureza diversificada, como ressalta o autor citado. Assim, a sentença ora produz uma declaração, ora uma constituição ou uma condenação, segundo a classificação adotada por Liebman. Sendo que, o mesmo doutrinador considera *elementos inconciliáveis* (Ibidem, p.5) atribuir-se os efeitos do *decisum* à qualidade que o reveste, enquanto caso julgado, tenha este o efeito que lhe for inerente e destaca:

A declaração oriunda da sentença, assim como os seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produzir-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei. (Ibidem, 1984, p. 170).

---

<sup>1</sup> Autoridade.

Esta é, pois, a linha de pensamento predominante dos processualistas brasileiros acerca da teoria da coisa julgada, que a consideram uma qualidade, um manto de que se reveste a sentença, distinta portanto, dos efeitos que, desta decorrem, conforme abordados no item 1.3 do capítulo anterior.

A definição de coisa julgada para Liebman (1984) consiste na *imutabilidade do 'comando' emergente de uma sentença* (Ibidem, p.54) que complementa:

Não se identifica ela simplesmente com a 'definitividade' e intangibilidade do ato que pronuncia o comando, é pelo contrário uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato em seu conteúdo e torna assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos quaisquer que sejam do próprio ato. (Ibidem, p. 54).

Nesta mesma linha de entendimento, Vicente Grecco Filho (2000) assevera que a coisa julgada *é a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença que decorre e estarem esgotados os recursos eventualmente cabíveis.* (GRECCO FILHO, 2000, p.246).

O caso julgado, para o novo código de 1973, na concepção de Humberto Theodoro Júnior (1998) *é uma qualidade da sentença assumida em determinado momento processual* (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 525) que ainda se expressa: *não é o efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela 'imutabilidade' do julgado e de seus efeitos.* (Ibidem, p. 525).

O tratamento legal acerca do entendimento da coisa julgada abraçou a tese da maioria dos processualistas pátrios como ora exposta e se reflete nos dispositivos do Código de Processo Civil Brasileiro em seu artigo 467, a saber:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

É, pois, sob estas circunstâncias que se estará tratando da coisa julgada, quando será imperativa e imutável por força da lei, que recobrirá a sentença desta qualidade. Verifica-se por fim, que o conceito de coisa julgada está diretamente ligado à idéia de imutabilidade da sentença.

## 2.2 Coisa julgada formal e material

### 2.2.1 Coisa julgada formal

Publicada a sentença, abrem-se os prazos recursais, que podem ser exercidos ou não pelas partes, caso se sintam prejudicadas. Não interpostos os recursos possíveis, de modo que não mais hajam a ser utilizados, ou mesmo, caso haja desistência destes, ou ainda, decorridos *in albis*<sup>2</sup> os prazos, perde o interessado a possibilidade de ver corrigido o erro remanescente no julgado, que a seu ver, pode ser uma injustiça. Quando se exaure, validamente, esta possibilidade processual, se está diante da *coisa julgada formal* que decorre do esgotamento do exercício das vias recursais possíveis.

O efeito da coisa julgada formal se dá dentro do processo e evita que novos atos sejam praticados a partir de sua ocorrência. A este respeito, Humberto Theodoro Júnior explica:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto

---

<sup>2</sup> Em branco, ou seja, sem interposição de recursos.

ou ainda tenha renunciado à sua interposição. (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 526).

Para Liebman (1984) o caso julgado formal é *uma qualidade da sentença quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos... indica pois a coisa julgada formal como um ato processual*. (LIEBMAN, 1984, p.60). O mesmo doutrinador argumenta que não há que se confundir a coisa julgada com o instituto da preclusão (Ibidem, p. 68). Este é instituto que impede seja executado determinado ato processual, caso decorrido o tempo em que pode ser exercido, não se encontrando revestido de imutabilidade, bem como, não impedindo que novos outros atos processuais sejam praticados, como ocorre com o caso julgado formal.

Segundo Vicente Grecco Filho (2000, p. 246), *todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal*.

### 2.2.2 Coisa julgada material.

Com a sentença de mérito, ou seja, quando o magistrado decide o litígio acolhendo total ou parcialmente, o pedido de uma das partes, este cumpre seu ofício jurisdicional, nos termos do art. 463 do Código de Processo Civil e só poderá alterá-la para corrigir inexatidões materiais ou erros de cálculo. Frise-se que a inexatidão material do *decisum* não pode alcançar as questões de fato apreciadas, limitam-se a correções do nome da parte, por exemplo, ou outras que não afetem o conteúdo do julgado. Neste sentido o E. Supremo Tribunal Federal se pronunciou: (STF – 1ª Turma, RE 190.117-9-DF – Questão de Ordem, rel. Min. Moreira Alves, j. 29.9.98, DJU 19.03.99).

O caso julgado material ou substancial volta-se à solução definitiva da lide. Destarte, a sentença decide a questão levada ao judiciário de forma concludente, de modo que, em face das mesmas partes, não mais seja dado a oportunidade de reapreciação do mesmo objeto na via jurisdicional.

A lei processual pátria definiu a *res iudicata* por sua natureza substancial no art. 467 que assim se explana: *Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

A definição adotada pelo código reveste de elementos processuais o conceito de eficácia material da coisa julgada ao condicioná-la ao esgotamento do prazo recursal. Não é feliz, portanto, a definição neste aspecto, a qual poderia tratar respectivo conceito apenas do ponto de vista material.

Os efeitos da *res iudicata*, conforme os ensinamentos de Liebman (1984, p.61), diversamente do que ocorre no caso julgado formal, se projetam para fora do processo, impedindo que a causa seja, novamente, apreciada pelo órgão jurisdicional, reafirmando o *comando* (Ibidem, p. 61) que decorre da sentença.

Nem todas as sentenças, entretanto, transitam em julgado materialmente. Quando não apreciam o mérito da causa, não há que se falar em trânsito em julgado. Neste caso, pode a ação ser renovada com vistas à compor o litígio, desde que, observadas as formalidades legais para tal fim, previstas no art. 268 do Código. Sendo assim, não transitam em julgado os processo findos com esteio no art. 267, bem como, os procedimentos de jurisdição voluntária, art. 1.111 do CPC, o art. 15, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533, de 1951) e outros que a lei venha a definir.

Igualmente, não transitam em julgado as sentenças que tratam de relação jurídica continuativa, situações estas que, de acordo com a modificação de estado, dos fatos

ou de direito a alcançar as partes, permitem a revisão do processo. Exemplo mais comum deste tipo de julgado diz respeito à sentença que condena à prestação de alimentos.

Em todo caso há correlação lógica entre a coisa julgada formal e a substancial. Na maioria dos casos a incidência da primeira, implica na ocorrência da segunda, haja vista, a preclusão máxima recursal, culminar na solução definitiva da questão levada ao juízo. As conseqüências de uma e de outra, como se observou, são distintas.

Em suma, segundo Humberto Theodoro Júnior (1998), o Código de Processo Civil Brasileiro conhece duas espécies de julgamento para efeito do caso julgado. A primeira diz respeito às sentenças terminativas, cujo julgamento não alcança o mérito da causa (art. 267); e a segunda, às sentenças definitivas, quando apreciam o mérito da causa (art. 269) e *produzem sempre e necessariamente, a eficácia material da 'res iudicata'*. (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 528).

### 2.3 Atributos da coisa julgada.

A sentença, antes mesmo de transitar em julgado, pode gerar efeitos que lhe são inerentes como assevera Liebman (1984, p. 54), distinguindo assim, a eficácia da sentença, da qualidade que a reveste, quando do trânsito em julgado desta.

Sendo assim, através da *res iudicata* reveste-se a sentença de atributos os quais Liebman (1984) denomina de *imutabilidade* do comando emergente da sentença, (Ibidem, p. 54) e de indiscutibilidade.

Moacyr Amaral Santos (2000, p. 43) assevera que a imutabilidade inerente à coisa julgada decorre da preclusão máxima recursal culminando no caso julgado formal:

Não mais susceptível de reforma por meio de recursos, a sentença 'transita em julgado', tomando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença como ato processual adquiriu 'imutabilidade'. E aí se tem o que se chama 'coisa julgada formal, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para os recursos. (SANTOS, 2000, p. 43).

Observa-se, nesta linha de entendimento, que Liebman (1984) ao atribuir a imutabilidade do comando, como decorrente da sentença não está a se referir apenas ao caso julgado formal, vez que este comando tem eficácia além do próprio processo:

... E essa imutabilidade característica do 'comando', nos limites em que é disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a normação concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada. (Ibidem, p. 54)

O outro atributo da *res iudicata* consiste na indiscutibilidade da decisão. Por decorrência da imutabilidade, e por questões que aludem a própria estabilidade das relações jurídicas e sociais, é vedado às partes, nova postulação acerca de caso que já se encontre transitado em julgado de modo a *não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário* (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 530).

#### 2.4 Coisa julgada e sua dimensão normativa: instituto constitucional?

A dogmática que envolve a compreensão do instituto da coisa julgada, no que pese a discussão que, historicamente, se tem travado em torno do tema, evidencia sua

riqueza e relevância ante a necessária estabilidade das relações sociais, a ponto de se justificar a máxima romana *res iudicata facit albo nigrum*<sup>3</sup>...

Em vista da importância atribuída a referido instituto, pouco se tem discutido acerca de sua disposição normativa no contexto hierárquico do ordenamento jurídico. As conseqüências desta situação podem ser bem diversas, a considerar a *res iudicata* ora como instituto de envergadura constitucional, ora de natureza meramente legal.

A Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI, traz dispositivo que alude à *res iudicata* e assim preceitua: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

O tratamento infraconstitucional dispensado ao caso passado em julgado no direito brasileiro, encontra-se inserto no art. 467 e seguintes, do Código de Processo Civil, conforme antes revisado.

Segundo Vicente Grecco Filho (2000, p.248), *a coisa julgada é uma garantia constitucional, de modo que nem a lei pode violá-la (CF, art. 5º, XXXVI)*.

Seguindo mesma linha de entendimento, José Frederico Marques assim se expressa:

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. 5º, XXXVI, da Lei Maior. E sob este aspecto é que se pode qualificar a "res iudicata" como garantia constitucional da tutela a direito individual. (MARQUES, 2001, p. 329).

A coisa julgada, como acima entendida, recebe tratamento nos tribunais face à aplicação do direito pátrio, para o que se colhe alguns excertos ilustrativos.

---

<sup>3</sup> A coisa julgada faz do branco, preto...

105017569 – AGRAVO REGIMENTAL – Inexistência, no caso, de ofensa direta ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição no concernente à coisa julgada. Agravo a que se nega provimento. (STF – AI-AgR 417444 – RS – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 11.04.2003 – p. 00031) JCF.5 JCF.5.XXXVI.

130035751 – AÇÃO RESCISÓRIA – URPS DE ABRIL E MAIO DE 1988 – COISA JULGADA – DISSÍDIO COLETIVO – Sentença exequianda em que se deferiu o pagamento das diferenças salariais decorrentes da URP de abril e maio de 1988. Decisão rescindenda proferida em sede de agravo de petição, ao qual se deu provimento parcial, a fim de determinar que os cálculos das diferenças salariais ficassem limitados ao período de abril a agosto daquele ano, ao fundamento de que sequer alegado, no agravo, que o reajuste concedido em setembro de 1988 compreendia as diferenças devidas no lapso indicado. Alegação, na ação rescisória, de ofensa à coisa julgada porque não se levou em consideração decisão proferida pelo TST em dissídio coletivo, na qual se indeferiu o pedido de pagamento das mencionadas diferenças salariais, ante a falta de amparo legal. Inexistência de afronta aos arts. 836 da CLT e 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Inexistência de prequestionamento a respeito da vinculação da pretensão a norma coletiva. Improcedência da ação rescisória pelo ângulo do inc. IV do art. 485 do CPC. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST – ROAR 22735 – SBDI 2 – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 12.12.2003).

Verifica-se, pelos excertos evidenciados, que o entendimento dominante consiste em se atribuir natureza constitucional ao instituto da *res iudicata*. Ainda neste mesmo sentido: TST – RR 582972 – 5ª T. – Rel. Min. Conv. André Luís Moraes de Oliveira – DJU 12.12.2003; TRF 3ª R. – AMS 241771 – 6ª T. – Relª Desª Fed. Consuelo Yoshida – DJU 16.01.2004 – p. 136, entre outros julgados.

Entretanto, a pouco e pouco, têm surgido posicionamentos, pronunciando-se no sentido de que a sentença, enquanto caso julgado, deve guardar a mesma vinculação legal que lhe é inerente à forma citada no item 1.4 do capítulo anterior.

Com efeito, a previsão constitucional é, assim, garantia de que a lei ordinária há de respeitar a sentença com trânsito em julgado nos precisos termos do art. 5º, XXXVI da CF, de 1988: *a lei não prejudicará... a coisa julgada*. Desta forma, a Constituição remete

uma garantia expressa ao caso julgado, de modo que a lei oriunda do poder competente, não venha a macular a lide decidida e que se encontre estabilizada por força da *res iudicata*.

Entre os doutrinadores que estão adotando a nova linha, como ora citada, cita-se Carlos Valder do Nascimento (2003), para quem a coisa julgada tem nítida conotação infraconstitucional. Em artigo sobre o assunto o mesmo cita:

Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, por que esta não regula matéria de natureza instrumental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido, restringindo ou ampliando o seu objeto. (NASCIMENTO, 2003, p.8).

Maria Helena Diniz (1994) perfilha-se a este entendimento, quando destaca:

A lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão judicante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, a fim de que se resguarde a segurança das relações jurídicas. A 'auctoritas rei judicatae' justifica-se no entendimento do interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis. (DINIZ, 1994, p. 187).

Entretanto, a autora não ingressa na discussão constitucional à forma como o faz Carlos Valder do Nascimento (2003), mas evidencia a presunção da garantia constitucional ao estabelecer o limite da lei como forma de proteção à *res iudicata*.

O Ministro José Augusto Delgado (2000) em palestra realizada no IV Congresso de Processo Civil e Trabalhista, realizado em Natal-RN, abordou o tema em foco com clareza de entendimento, pronunciando-se conforme a novel linha, do que se extrai a seguinte colocação:

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos interpretes lhe dão. A respeito filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada.(DELGADO, 2000).

A nova linha de entendimento, pelo que então se observa, evidencia, com solar clareza, um importante avanço em torno do instituto da coisa julgada. Primeiro, por não deslustrá-la em sua milenar importância no contexto jurídico em que se vê inserida, pela preservação dos cânones que a informam; Segundo, porque em momento algum se observa diminuída, enquanto ato concreto a demarcar a vontade da lei, oriunda de um juízo competente ao aplicar norma válida; terceiro, por permitir sua melhor adequação em vista do ordenamento jurídico, quando, enquanto sentença e caso julgado, equipara-se à lei; e, quarto, por fim, equiparada à lei, a *res iudicata* observará a necessária harmonia entre os poderes instituídos no Estado de Direito, não se sobrepondo aos preceitos legais a que se vincule, e, da mesma forma, não se superpondo a Constituição, caso decretada em afronta a esta.

É, portanto, de prevalecer o novo entendimento adotado, para melhor disciplinar, no plano jurídico, a sentença revestida da qualidade de caso julgado, quando esta deve guardar consonância com a norma infraconstitucional.

## **CAPÍTULO 3 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.**

### 3.1 O Princípio da supremacia da constituição

A constituição brasileira, a teor da classificação adotada por José Afonso da Silva (1991), quanto à estabilidade, é uma carta rígida, *somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formulação das leis ordinárias e complementares* (SILVA, 1991, p. 41). Referida rigidez constitucional é verificada nas disposições do art. 60 e parágrafos da Carta Maior.

Decorre da rigidez constitucional o princípio da supremacia da Constituição, o qual obriga a que todos os atos inerentes ao Estado e a tudo que, com ele, se esteja regendo na ordem jurídica, seja na esfera pública ou privada, guardem consonância com os preceitos constitucionais estejam estes, expressa ou implicitamente, consignados na Lei Maior.

Neste sentido José Afonso da Silva (1991) preleciona:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais quando a constituição assim o determina constitui também conduta inconstitucional. (Ibidem, p. 45/46).

Seguindo mesma linha de entendimento, Pinto Ferreira (1995, p. 46) esclarece que o ato inconstitucional tem por nula sua aplicação e o efeito da declaração de sua inconstitucionalidade, retroage *ex tunc*<sup>1</sup> de forma a alcançar todos os atos praticados.

Neste mesmo jaez e ao se referir ao *princípio da constitucionalidade* Canotilho (1997, p.275) assevera que os atos devem guardar conformação material e formal com a constituição.

---

<sup>1</sup> Até a origem.

Como se observa, a ordem jurídica não admite malferimento às disposições constitucionais, devendo o ato que esteja em confronto com os preceptivos insertos na Lei das Leis, ser afastado do ordenamento jurídico, sem o que, perde este, a harmonia que lhe é inerente.

### 3.2 A inconstitucionalidade de leis e atos normativos: instrumentos de controle.

Constitui pressuposto do presente estudo a noção já pacificada acerca da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, praticados, omissiva ou comissivamente, em face da Constituição. Neste âmbito, tanto a doutrina, quanto a própria Carta Política guardam remansoso manancial, pelo que descabe um exame mais detido, a envolver este tema.

Entretanto, alguns aspectos se impõem, sejam ressaltados de forma resumida em revisão necessária, tendo em vista, a relevância do controle de constitucionalidade, enquanto tema, bem como, a abordagem de conceitos cujo entendimento é imprescindível aos tópicos deste estudo.

#### 3.2.1 Inconstitucionalidade por ação e por omissão.

A conduta inconstitucional, como destaca *retro* José Afonso da Silva (1991), dada a supremacia da constituição, decorre de ato, seja este, praticado de modo a, diretamente, infringir norma constitucional, ou, por omitir a aplicação do conteúdo já, expressamente, consignado na Magna Carta.

Na primeira situação, se tem a inconstitucionalidade por ação e se verifica quando o ato praticado se opõe ao texto constitucional expresso ou a seus princípios, como aduz o mesmo autor ora citado: *ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição* (SILVA, 1991, p. 46).

No segundo caso, se observa a abstenção da autoridade quanto à prática de ato a que se vê obrigada, em virtude da plena aplicação das normas constitucionais, ocorrendo portanto, a inconstitucionalidade por omissão.

### 3.2.2 Inconstitucionalidade formal e material.

A incompatibilidade surgida em face da Constituição Federal pode ter caráter tanto formal, quanto material.

Na inconstitucionalidade formal, o ato é levado a efeito sem observar, como o próprio termo sugere, as formalidades legais, os ritos, os modos de produção do mesmo, como determinado pela ordem constitucional, constituindo-se, destarte, como pressuposto imprescindível a sua validade.

Desta forma, e em exemplo esdrúxulo, que mais se usa para ressaltar o defeito, a lei aprovada por uma associação de bairro e sancionada pelo prefeito, padece do vício de inconstitucionalidade, por não ter observado o rito constitucional, como prescrito na lei orgânica do município, bem como, por ter tramitado em face de pessoas e entidade não incumbidas da autoridade para tal fim.

A inconstitucionalidade formal, por fim, está adstrita à forma e à competência para a prática do ato, devendo, neste último caso, a autoridade estar investida das atribuições inerentes ao cargo, na forma definida constitucionalmente.

É material a inconstitucionalidade, quando, mesmo diante de um ato formalmente correto, ou seja, que foi produzido segundo os preceitos constitucionais e por autoridade competente, este, em seu conteúdo, traz transgressão a preceito ou princípio constitucional.

Neste caso, e em exemplo prático, uma lei estadual que devidamente aprovada na Assembléia Legislativa, criasse imposto sobre templos de cultos religiosos no respectivo

estado, embora formalmente correta, em seu conteúdo, estaria malferindo o disposto no art. 150, VI, 'b' da Constituição de 1988, portanto seria ato inconstitucional.

### 3.2.3 Instrumentos de Controle

O restabelecimento da supremacia constitucional ante a ação ou omissão de um ato em desacordo com os dispositivos da Constituição, se dá por meio de procedimentos especiais denominados de *controle de constitucionalidade das leis e atos normativos*, segundo a teoria do Direito Constitucional (SILVA, 1991, p. 48).

À luz da doutrina, destacam-se três sistemas de controle de constitucionalidade de leis: o *político*, o *jurisdicional* e o *misto* (Ibidem, p. 48).

O controle político ocorre através de um órgão dotado de mesma natureza (política), a exemplo do poder legislativo, quando este passa a ter a incumbência de dirimir questões acerca das incompatibilidades havidas em face da Constituição.

O controle jurisdicional, por sua vez, encarrega os órgãos do poder judiciário de declarar os atos atentatórios à Carta Política, sejam, no seu aspecto formal ou material. É o sistema mais usado atualmente.

Por fim, em face do controle misto, a Constituição admite, em seu sistema, ora o controle político, ora o jurisdicional, como é o exemplo da Suíça, onde as leis federais são atribuídas ao controle político, restando ao jurisdicional as leis locais, como explica José Afonso da Silva (1991, p. 48).

### 3.2.3.1 Instrumentos de controle de constitucionalidade no Brasil

O sistema adotado no Brasil, desde a Constituição de 1891, cuja elaboração se deu com grande influência do constitucionalismo norte americano, é o jurisdicional, que, à época, adotou o critério difuso.

Com o advento das cartas políticas subseqüentes este sofreu modificações, incorporando características do critério concentrado, de forma que, atualmente, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis, se rege tanto pelo critério difuso, quanto pelo concentrado — como adiante se verá — admitindo-se neste, inovações como a declaração de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, constituído-se, portanto, de peculiaridades, que, segundo José Afonso da Silva (1991, p. 49), o distanciam dos padrões norte americano, bem como, europeu. Passemos à análise destes métodos.

Os instrumentos de controle, como argumenta Alexandre de Moraes (1999, p. 527), são de duas espécies no ordenamento jurídico brasileiro: a *preventiva* e a *repressiva* (Ibidem, p. 527).

Conforme o citado autor, a primeira espécie ocorre em relação ao momento da realização do ato, quando se objetiva evitar ou prevenir o surgimento de norma inconstitucional. É exercido pelo Poder Legislativo, através de suas comissões permanentes internas, que emitem parecer acerca da constitucionalidade ou não dos projetos, antes destes serem submetidos ao plenário da Casa Legislativa.

A espécie preventiva se dá, ainda, pelo Poder Executivo, quando, pelo veto, pode este deixar de promulgar lei que entender inconstitucional.

Já o controle pela espécie repressiva se dá, via de regra, pelo Poder Judiciário, diante da norma editada e válida, quando este a retira do ordenamento jurídico por ser inconstitucional.

Argumenta ainda Alexandre de Moraes (1999, p. 529), que o controle pode se dar em razão do órgão controlador e adota a mesma classificação delineada por José Afonso da Silva como apresentada no item 3.2.3, *infra*, inclusive ao assentir que o sistema adotado no Brasil é o jurisdicional, o qual denomina de *controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário* (Ibidem, p. 529).

Por este sistema, o controle de leis e atos do Poder Público, pode se dar segundo dois métodos ou critérios<sup>2</sup>, quais sejam: o *reservado* ou *concentrado* (MORAES, 1999, p. 529), que se opera por via de ação direta, cujo objetivo é atacar uma lei ou ato normativo em tese; e o *difuso* ou *aberto* (Ibidem, p. 529) que se verifica pelo uso da via de defesa ou de exceção, aplicado não contra a lei em tese, mas ao caso concreto, por interesse da parte.

Alexandre de Moraes (1999) considera ainda, que a Constituição de 1988 criou duas excepcionalidades quanto ao controle de constitucionalidade. A primeira diz respeito ao art. 49, V, da Carta Política, que prevê a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos do executivo que exorbitem o Poder Regulamentar, conferido, por referida Casa, ao mesmo através de delegação e este tiver ultrapassado os limites demarcados.

Na segunda excepcionalidade pondera que há controle repressivo, face à edição de Medidas Provisórias, quando a Comissão Temporária Mista do Congresso aponta, por parecer, inconstitucionalidade da norma. Não se trataria de controle preventivo, haja vista, norma vigente e em plena eficácia e com força de lei, conforme o disposto no art. 62 da Magna Carta.

Importa destacar, para o presente estudo, os dois critérios usuais de controle de constitucionalidade pela espécie repressiva, como desenvolvidos no constitucionalismo brasileiro, que a seguir serão abordados de forma resumida.

---

<sup>2</sup> O termo critérios é mais usado por José Afonso da Silva. (1991, p.50).

### 3.2.3.1.1 Do Critério Difuso

Por este critério, também denominado *aberto* ou por *via de exceção ou defesa*, segundo José Afonso da Silva, (1991, p. 49), qualquer pessoa, em sendo demandada em uma ação judicial, ou seja, em um caso concreto e este tiver relação, por alguma forma, com uma lei ou ato normativo do Poder Público, pode suscitar a inconstitucionalidade de referido diploma ou ato por entender ser o mesmo, inconstitucional.

Neste caso, ao fazer sua defesa quanto ao objeto principal da ação, requer ao Juízo, que, *pari passu* e incidentalmente, analise a lei ou o ato normativo aplicado ao caso, objeto do litígio, e roga que seja declarado inconstitucional, o que, logicamente, vai incidir no resultado do processo, caso o pedido seja acolhido quanto a este ponto.

Alexandre de Moraes (1999) explica que este controle *caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal, realizar no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a constituição federal* (1999, p. 531).

Desta forma, o controle por via de exceção ocorre em vista dos casos concretos, quando o interessado busca, ao requerer a declaração na ação em que se vê demandado, isentar-se de cumprir uma norma ou determinação do Poder Público em decorrência de sua inconstitucionalidade. É portanto, via incidental abraçada no desenvolvimento dos atos do processo.

Entendendo o juiz que procede a arguição levantada pela parte, quanto à incompatibilidade que assevera, em face do texto constitucional, deve declará-la e este julgamento vai gerar resultado, tão só, para os litigantes, ou seja, entre as partes do processo, ou como se diz na linguagem técnica, eficácia *inter partes*, quando a lei ou o ato atacado, deixa de ter validade em face dos contendores, continuando, porém, válida em relação aos terceiros que devem continuar a se submeter à sua eficácia.

Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade pelo critério difuso tem eficácia *inter partes*, como visto, o que não se confunde com os efeitos da declaração, que vão atingir a relação jurídica, formada em razão da lei ou do ato normativo, desde o seu início, o que na expressão técnica alude-se ao efeito *ex tunc*, pelo que se desconsideram todos os atos praticados em função da lei ou do ato normativo inválido e todas as suas implicações *ab ovo*<sup>3</sup>, como se nada tivesse existido.

*Mutatis mutandis*, caso a via de exceção seja levada a efeito perante o Supremo Tribunal Federal e este, após decisão definitiva, declarar a inconstitucionalidade de texto ou ato normativo, a eficácia e os efeitos se dão à forma como antes demonstrado, ou seja, *inter partes* e *ex tunc*, respectivamente, devendo porém, a Suprema Corte, levar ao conhecimento do Senado o resultado de seu julgamento, o qual, nos termos do art. 52, X da Lei Maior, pode, mediante Resolução, suspender, no todo ou em parte, a execução do diploma objeto do julgamento da Corte Guardiã da Constituição.

Suspendendo o Senado, a execução da norma, impõe-se destacar questão alusiva aos efeitos deste ato, por decorrência da Resolução editada na respectiva Casa. Enquanto os efeitos do julgamento do Supremo operam-se *ex tunc*, como já visto, com o ato de suspensão da execução da lei pelo Senado isto ocorre diferentemente, vejamos:

Com a suspensão da execução da norma, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, esta terá eficácia até o momento em que a Resolução a afaste do ordenamento jurídico. Deste momento em diante é que ela deixa de valer e este efeito se denomina *ex nunc*, quando, a partir de então, a norma deixa de ter aplicação em face de todos. Neste caso, os atos praticados à luz da lei cuja eficácia foi suspensa pelo Senado, permanecem válidos até a data da Resolução Senatorial. Pode-se dizer assim, que a Resolução do Senado

---

<sup>3</sup> Desde a origem, o surgimento (do ato).

ao suspender a execução de uma norma se opera em face de todos, o que tecnicamente denomina-se eficácia *erga omnes*.

### 3.2.3.1.2 Do critério concentrado.

A proteção à Constituição por meio de uma ação direta, proposta com o único fim da preservação de sua supremacia no ordenamento jurídico, segundo Pinto Ferreira (1995, p. 493) deve-se, enquanto concepção, a Hans Kelsen que a formulou para a constituição da Áustria de 1920.

Através deste controle, Alexandre de Moraes (1999) explica que se procura *obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto*. (1999, p. 547). Desta forma, o controle de constitucionalidade pelo método da via de ação direta, não se pode aplicar aos casos concretos, e nem pode ser declarado por qualquer juiz ou tribunal, como adiante se verá.

O mesmo autor classifica, inicialmente, o controle concentrado em várias espécies, a saber:

- a. Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a da CF, de 1988);
- b. Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, da CF, de 1988);
- c. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF, de 1988);
- d. Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, 'in fine'; EC nº 03/93) (MORAES, 1999, p. 547).

Impende, dado o objeto do presente estudo, deter-se mais na análise da ação declaratória de inconstitucionalidade genérica.

### 3.2.3.1.2.1 Da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

Através da ação direta de inconstitucionalidade genérica se requer ao Supremo Tribunal Federal, o exame, em cotejo com a Constituição, de lei ou ato normativo federal ou estadual em tese, com o fito de invalidá-lo, a fim de se manter a necessária segurança nas relações jurídicas que não se podem conceber existentes à luz de preceitos constitucionais, se com a Lei das Leis entram em conflito. Tem, portanto, por objeto, referida ação, expurgar do ordenamento jurídico, lei ou ato normativo válido e vigente incompatível com a ordem constitucional.

É necessário que a lei ou o ato normativo sejam editados sob a égide da Constituição em face da qual a questão vai ser dirimida. Caso se trate de norma anterior à constituição, a análise não se dará por via de ação direta, mas, pelo fenômeno da recepção, que constitui instituto distinto. Neste sentido: RTJ 95/980; 95/993; 99/544;143/3; e 145/340.

Diversamente do critério difuso, a declaração de inconstitucionalidade na via de ação direta, não pode ser requerida por qualquer interessado destinatário da norma, bem como, não pode ser apreciada em qualquer juízo ou tribunal. Com efeito, a Constituição Federal enumera, taxativamente, as pessoas que têm capacidade postulatória, ou, legitimação para a instauração da citada ação, conforme se dispõe em seu art. 103. São elas:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V - o Governador de Estado;
- VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Alguns dos legitimados *supra* para poderem propor a ação, têm de ter o que o STF denomina de pertinência temática. Esta consiste na *relação direta* (MORAES, 1999, p. 555) entre o interesse do representante e o objeto que vise atacar por meio da ação, sem o que não estará apto a propô-la. Outros, porém, têm pertinência temática universal, podendo propor a ação, independentemente, de sua representação enquanto órgão ou entidade.

Neste sentido, gozam de pertinência temática universal: O Presidente da República, Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que, para os demais, exige-se a comprovação da pertinência temática.

Para efeito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade, considera-se norma, segundo Alexandre de Moraes (1999, p. 548), além das espécies previstas no art. 59 da Constituição, todos os demais atos que se revestem de conteúdo normativo. Por óbvio, excetuam-se destes, os atos de efeito concreto, tendo em vista que apenas disciplinam, no caso concreto, as prescrições legais. Neste sentido a Suprema Corte se pronunciou na ADIn nº 769/MA (RTJ 154/432).

Observada a legitimação, a pertinência temática e diante da norma que julgue inconstitucional, pode o legitimado ingressar com a inicial a qual deverá ter por base, em seu pedido, relação com as normas impugnadas como disciplina o art. 3º da lei nº 9.868, de 1999, a qual deverá ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal em se tratando de lei ou ato normativo federal ou estadual, a teor do art. 102, I, 'a' da Constituição.

Recebida a inicial, serão requeridas as informações à autoridade que emanou o ato no prazo de 30 dias.

Após o oferecimento das informações, ou, decorrido o prazo de lei *in albis* o Advogado-Geral da União será citado para defender o texto ou ato impugnado. Imprescindível destacar, neste ponto, a defesa do Advogado-Geral da União. Trata-se da efetivação do princípio da presunção de constitucionalidade da lei ou do ato impugnado. Desta forma, ao ser editado, o ato ou a norma tem validade até o momento de seu afastamento do ordenamento jurídico caso ocorra a declaração de inconstitucionalidade. Em razão desta validade presumida, inerente ao ato estatal, o Advogado-Geral atua como *curador* (MORAES, 1999, p. 560) da norma legal, devendo defender o texto impugnado por determinação expressa da Magna Carta em seu art. 103, § 3º. Reflexão pertinente, neste ponto, diz respeito à sentença inconstitucional, que também se deve presumir válida até o momento da declaração que lhe retire esta presunção.

Feita a defesa do ato impugnado à forma citada, abre-se vistas ao Procurador-Geral da República que deve ser ouvido nos autos da ação direta, nos termos do art. 103, § 1º da Lei Maior, o qual, no entanto, não tem obrigação de produzir defesa em torno do ato ou texto impugnado, como ocorre com o Advogado-Geral da União.

Segue-se o julgamento da ação pelo Pleno do STF que deve observar o *quorum* exigido no art. 97 da Constituição, como condição de validade para que se veja a impugnação da lei ou do ato em face da ordem jurídica.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma pelo critério concentrado ou *via principal* (FERREIRA, 1995, p. 493) não se faz necessária a comunicação do Supremo Tribunal Federal ao Senado para que, nos termos do art. 52, X, da C.F. de 1988, suspenda a execução da norma, a exemplo do que ocorre em sede do controle difuso. Neste caso, em vista da declaração de inconstitucionalidade em tese, e conforme o art. 23 c/c art. 28, todos da Lei

nº 9.868, de 1999, a norma sai, imediatamente, do ordenamento jurídico face aos efeitos inerentes a esta espécie de julgado.

Com relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, estes retroagem à data do surgimento do ato, com isto se diz que o efeito é *ex tunc*, volta, portanto, à origem, para desconstituir não só o ato ou a norma, mas, da mesma forma, para alcançar as relações jurídicas constituídas sob a égide do diploma ou ato normativo inconstitucional.

Com a declaração de inconstitucionalidade em tese, a eficácia — que não se confunde com os efeitos — do texto ou ato normativo, se aplica contra todos no contexto do ordenamento jurídico, o que se traduz no termo eficácia *erga omnes*, em torno do que considera o Min. Moreira Alves:

... Já em se tratando da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia desta decisão é 'erga omnes' e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte. (RTJ 151/331-355).

Conseqüência natural, repise-se, via de regra, em razão do efeito da declaração de inconstitucionalidade pela via principal, é a total impossibilidade da arguição quanto à percepção de direitos ou a continuidade de relações jurídicas oriundas de texto ou ato normativo inconstitucional, haja vista, que a declaração, nos termos de julgado que se colaciona: *decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito.* (RTJ 146/461).

3.2.3.1.2.1.1 Da exceção à regra quanto aos efeitos da ADIn<sup>4</sup>. (A inovação advinda do art. 27 da lei nº 9.868, de 1999)

Do arresto do Min. Moreira Alves colacionado *supra*, verifica-se com clareza de entendimento, que, via de regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam-se *ex tunc*. Entretanto, exceção à regra, quanto aos efeitos da declaração por via de ação direta de inconstitucionalidade, como acima demonstrada, foi erigida no art. 27, da Lei nº 9.868, de 1999, quando, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social pode o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese e observado o *quorum* de 2/3 quando da deliberação, restringir os efeitos da declaração ou a esta atribuir efeitos *ex nunc* a incidir a partir de seu trânsito em julgado ou de momento outro em que a Suprema Corte venha a fixar, *ipsis litteris*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A inovação trazida pelo art. 27 *supra*, segundo comentário de Anco Marcio Valle (2004) a este preceito, veio, tão só, formalizar uma prática existente no Supremo Tribunal Federal, a qual, antes mesmo da promulgação de referida lei, se verificava, a exemplo do voto proferido na ADIn 1102/DF (STF – j. em 05.10.95 – Trib. Pleno – Publicado no D.J. em 17/11/95 pp. 39205), quando o relator Maurício Corrêa assentou efeito *ex nunc* a uma decisão em que se considerava uma fonte de custeio da Previdência Social, a fim de preservar os cofres públicos, quanto à perda que a nação teria se o efeito aplicado fosse *ex tunc*.

---

<sup>4</sup> Ação declaratória de Inconstitucionalidade.

Para o constitucionalista Min. Gilmar Ferreira Mendes, citado George Marmelstein Lima (MENDES *apud* LIMA, 2004), deve ser admitida, para algumas situações, a aplicação provisória da lei declarada inconstitucional. O mesmo invoca o direito Alemão para sustentar sua argumentação:

O Bunderverfassungsgericht reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente. (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 2a ed. Celso Bastos Editor, p. 56). (LIMA, 2004).

Em trecho do voto do Ministro Celso de Melo proferido na ADIn. nº 2.215/PE o mesmo é elucidativo ao abordar o temo ora em análise:

Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República (RTJ 55/744 - RTJ 71/570 - RTJ 82/791, 795).

Uma outra consideração que se faz à luz do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, consiste na declaração de inconstitucionalidade deste artigo, como suscitada no trabalho de Anco Márcio Valle (2004). Argumenta o Promotor ser o mesmo inconstitucional, haja vista, uma lei ordinária tratar de matéria de índole constitucional. Com efeito, deveria referida matéria ser apreciada em sede de Emenda Constitucional ao nível de Poder Constituinte Derivado e não, pelo legislador ordinário. Esta observação reveste-se de relevância jurídica a ser aprofundada em estudo jurídico específico para esta finalidade.

Em suma, como se observa, há um pensamento juridicamente constituído e fortemente embasado no sentido de, excepcionalmente, romper-se com a dogmática tradicional, e, em determinados casos de inconstitucionalidade de lei, atribuir-se efeito prospectivo à declaração, para o fim de se preservar princípios, a exemplo da boa-fé ou situações relevantes consideradas, independentemente da constitucionalidade ou não do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999.

#### 3.2.3.1.3. Das outras ações diretas de inconstitucionalidade no critério concentrado

Também fazem parte do critério concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva que, nos termos do art. 37, VII, da Magna Carta, objetiva assegurar a observância dos denominados *princípios sensíveis* (MOARES, 1999, p. 564); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão — Art. 103, § 2º, CF — por meio da qual, se pretende dar plena eficácia à norma ou princípio constitucional em vista de conduta negativa do Poder Público, quando este deixa de cumprir as emanações contidas na Lei Maior; e, a ação declaratória de constitucionalidade — Art. 102, I, ‘a’, *in fine*, da CF — a qual objetiva realçar a segurança jurídica, buscando reafirmar a validade de lei ou ato normativo federal diante da ordem constitucional. Estas espécies, integrantes do critério concentrado, deixam de ser aprofundadas neste trabalho, haja vista, os objetivos a que este se propõe.

## **CAPÍTULO 4 DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL COM BASE NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741, DO C.P.C. FACE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI**

É recente a inovação que introduziu o parágrafo único ao art. 741, do Código de Processo Civil – CPC. Com efeito, referido dispositivo foi acrescido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em vigor *ex vi* art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

Este dispositivo, ao introduzir o parágrafo único que se menciona, possibilita ao devedor, quando da execução forçada, promovida pelo credor, com base em título judicial, se opor à execução através de embargos à execução. Por sua vez, o credor, a teor do art. 580 c/c art. 581 do Código de Processo Civil, só poderá propor a execução, ante o inadimplemento do devedor, situação que torna o título executivo exigível. Desta forma, por meio dos embargos, o devedor poderá, entre outros temas, argüir a inexigibilidade do título executivo.

Inicialmente, para melhor entendimento do tema, impõe-se reportar a aspectos atinentes, *latu sensu*, à questão dos embargos à execução fundada em sentença, bem como, ao que vem a ser a inexigibilidade do título judicial.

### **4.1 Dos embargos e da inexigibilidade do título judicial: noção.**

O manejo dos denominados embargos, em sede de execução, constitui meio de defesa, ou, na melhor linguagem, de oposição do executado à ação executiva proposta contra o mesmo.

Sendo assim, os embargos consubstanciam-se em ação específica, de conhecimento, onde o devedor, podendo não argüir, diretamente, o mérito da ação em que fora condenado, procura elidir total ou parcialmente, a execução, buscando uma sentença que a leve à extinção.

Ao tratar da *Defesa do devedor*, Pontes de Miranda (1976, p. 534), reporta-se aos embargos, para quem estes têm, enquanto ação, suas raízes longínquas no período romano, das *legis actiones* quando o devedor, ao ser condenado, por sentença nula *ipso iure*, podia se opor à *legis actio per manus iniunctionem iudicati o vindex*, e assim, negar a existência do julgado sob o risco de pagar o *duplum*.

Para Celso Neves (NEVES, s/d, p. 207) os embargos como forma de oposição à execução, também têm forte influência luzitana. Considera, a exemplo do autor, anteriormente, citado, que os embargos do devedor ou embargos à execução constituem ação autônoma e desta, incidentalmente, se instala um processo de conhecimento para o fim de se obter, por parte do devedor-executado o impedimento da atividade *júris-satisfativa*(NEVES, s/d, p.207) inerente ao processo de execução.

O mesmo autor afirma que os embargos, por seu conteúdo, ora têm o fito de extinguir, definitivamente, a execução, ora de protelar o seu normal desenvolvimento, quando destaca:

Segundo seu conteúdo objetivo, os embargos do executado, ora travam, definitivamente, a execução iniciada, ora protelam a sua tramitação. Em qualquer dessas hipóteses, tenha a lide natureza material, ou processual a sentença é sempre 'declaratória', salvo os casos de cúmulo de pedidos que levam a uma sentença objetivamente complexa, apta a realizar, em sua unicidade formal, desde logo, as conseqüências da declaração, v.g. nas espécies de embargos que visam à desconstituição do título executivo.(Ibidem, p. 194)

Em se tratando de execução fundada em sentença, os embargos só podem versar sobre as matérias constantes do art. 741 do Código de Processo Civil, ao contrário do que ocorre quando da possibilidade de oposição destes na execução de título extrajudicial, não sujeita à enumeração taxativa, segundo os termos do art. 745, da mesma norma.

Quanto à noção de inexigibilidade, esta advém do inciso II do art. 741, que, textualmente, cita:

Art. 741. Na execução fundada em título judicial os embargos só poderão versar sobre:

I - .....

II - inexigibilidade do título;

.....

Humberto Theodoro Júnior (1998) aborda de forma clara, o entendimento de exigibilidade de uma obrigação, que deve estar refletida em um título executivo.

Ressalta que os pressupostos de uma execução forçada advêm do título executivo e do inadimplemento do devedor. É o inadimplemento deste que torna exigível o cumprimento da obrigação. O autor destaca: *“Não se pode, portanto, manejar validamente, a ação executiva sem que esteja em mora o devedor, isto é, sem que seja exigível a dívida.”* (THODORO JÚNIOR, 1998, p. 283).

A inexigibilidade, por sua vez, para Celso Neves, pode se dar de forma absoluta ou relativa. No primeiro caso, *trata-se da extinção da exigibilidade* (NEVES, s/d, p. 215) de modo que a execução não pode prosseguir. No segundo, observa-se a exigibilidade a termo não verificado e ressalta: *Ali dá-se a impossibilidade da execução com o título inexigível, aqui, a possibilidade apenas futura do processo executório por que a inexigibilidade ainda não se caracterizou.* (Ibidem, p. 217).

Destarte, o entendimento da doutrina é assente no sentido da exigibilidade estar ligada ao inadimplemento do devedor, via de regra, com natureza preponderantemente, processual.

À luz dos preceptivos legais, a exigibilidade constitui fundamento para a realização de qualquer execução, nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil, que assim transcreve o preceito: *Art. 586. A execução para a cobrança de título de crédito, fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.* Dentro desta linha de entendimento, Antonio Cláudio da Costa Machado (1997, p. 829) assevera que a falta da exigibilidade pode assumir diversas formas e se reporta ao art.

743, incisos IV e V do Código de Processo Civil. Segundo este autor, a ocorrência de inexigibilidade do título dá ensejo à carência de ação pela falta do interesse de agir.

É neste contexto doutrinário e legal que surge a inovação inserida no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, para considerar *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*. O destaque do presente estudo, diz respeito à primeira figura tratada no dispositivo, qual seja, a inexigibilidade do título judicial que tem por base lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4.2 Ampliação do conceito de inexigibilidade.

O conceito de inexigibilidade adotado pela doutrina em sua acepção mais usual, como abordado no item anterior, guarda contornos a partir da idéia do inadimplemento do devedor, após o que torna-se exigível o título executivo judicial, facultando-se ao credor o uso da via executiva com vistas ao cumprimento compulsório da obrigação por parte do devedor.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, a este conceito foi acrescentada a idéia de não ser exigível o título executivo, quando este se fundar em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único, do art. 741 do Código de Processo Civil, o mesmo ocorrendo para as demais situações ali previstas, que assim preceitua:

Art. 741. Na execução fundada em título judicial os embargos só poderão versar sobre:

I - .....

II - inexigibilidade do título;

.....

Parágrafo único. 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. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

Desta forma, quando o Diploma, expressamente, cita: ... *considera-se também inexigível*... estabelece novos parâmetros ao conceito em comentário e introduz no contexto jurídico pátrio, novos contornos ao tema da inexigibilidade do título executivo.

Com efeito, esta nova concepção não se prende, diretamente, à idéia de inadimplemento do devedor, para efeito, de exigibilidade do título executivo. Sob esta ótica, para ser exigível o título, necessário se faz que a lei em que se funda a sentença, seja consoante com as regras e princípios constitucionais. Sem esta consonância, não há que se falar na existência de título executivo judicial válido.

Delineando-se em novos contornos, a inexigibilidade, enquanto instrumento processual, estende-se ao direito material, para, deste, retirar o fundamento que se observa no parágrafo único em estudo. Neste particular, cabe uma breve observação quanto a outro requisito do título executivo, qual seja a certeza que deve revestí-lo.

Desta forma, se a declaração de inconstitucionalidade de uma lei fulmina-lhe o conteúdo, por conseqüência o mesmo ocorrerá com a sentença de mérito que nesta se fundamenta, em decorrência da vinculação legal (ver Cap. I, Item 1.4) existente entre ambas. Assim, ante o conceito de inexigibilidade é possível se inferir que estaria viciado, o título executivo, muito mais em seu aspecto material, ou seja, sua certeza (art. 586, do CPC) — a considerar que, sobre o título não deve residir nenhuma dúvida acerca do direito que deste emana, e, portanto, seria o mesmo nulo de pleno direito — que em sua inexigibilidade, tendo em vista, sua natureza jurídica, predominantemente, processual. Para tanto, mesmo não vencido o título poderia se verificar a

declaração de inconstitucionalidade que lhe dera origem. Assim, mesmo não sendo exigível, sobre este não mais residiria o requisito da certeza.

Nesta ordem de idéias, a inexigibilidade é considerada, para o efeito de oposição dos embargos, como previsto em lei, como *novel* noção que esta lhe empresta.

#### 4.3 Adequação constitucional da *res iudicata*

A coisa julgada, no contexto de sua evolução histórica, dada a importância com que se reveste para o Direito, tem se constituído num dogma em torno do qual pouco se tem questionado, quanto à consonância desta com o ordenamento jurídico do Estado.

O entendimento doutrinário é uníssono quando destaca que a *res iudicata* é fundamental para segurança e estabilidade das relações jurídicas. Dado a isto, e, conforme o item 2.3 do Capítulo II, deve o caso julgado revestir-se do atributo da imutabilidade a partir do que não mais estará sujeito a alterações, via de regra.

Nesta ordem de idéias, a própria doutrina, durante muitos anos, tem silenciado quanto à questão da possível inconstitucionalidade do ato judicial.

Os estudos, notadamente, na área do Direito Constitucional, têm avançado muito, em se tratando do controle de constitucionalidade, basicamente, dos atos legislativos. Porém, quanto aos atos judiciais, pouco se tem abordado, possivelmente, para se preservar a segurança e a certeza destes atos. A este respeito, segundo Humberto Theodoro Júnior (2001), se sustenta o argumento de que cabe ao judiciário, tão só, aplicar a lei e, por isso, seus atos não estariam sujeitos ao controle perante a Lei Maior. Isto gerou o que o mesmo autor tratou por *mito da impermeabilidade dos atos judiciais* (Ibidem, p.2).

*Mutatis mutandis* é possível a atividade jurisdicional gerar o que, no dizer de Paulo Otero (1993), se caracteriza por *situações patológicas* (OTERO, 1993 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p.3), proporcionando a existência de sentença desconforme com a Constituição ou com seus princípios.

Bem verdade é, como ressalta, acima, Humberto Theodoro Júnior (2001), que a Constituição prevê controle dos atos jurisdicionais que a afrontam, mas o mesmo autor destaca que *o problema que persiste é quando esta decisão não mais puder ser alterada nas vias recursais respectivas*. (Ibidem, p.3). Sendo assim, a sentença, enquanto ato jurisdicional, prevalecendo em desarmonia com a Lei das Leis, se sobreporia a esta, o que, no Estado de Direito não se concebe, em vista do Princípio da Constitucionalidade.

A questão toma contornos mais severos, quando se constata, como acentua Joaquim José G. Canotilho (1987) o fenômeno do Estado de Direito estar passando ao *Estado Jurisdicional Executor da Constituição* (CANOTILHO, 1987 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p.4), onde se entrega ao Judiciário o poder de dizer da legalidade e constitucionalidade dos atos em geral.

A este respeito, Humberto Theodoro Júnior Destaca:

Sob este aspecto é que os estudiosos do direito vêm se preocupando com a questão da constitucionalidade das decisões judiciais e dos efeitos da inconstitucionalidade sobre a 'res iudicata', buscando resposta para o problema de se saber se as decisões judiciais são ainda, um feudo não sujeito a qualquer juízo ou espécie e controle de sua conformidade com a Constituição.(THEODORO JÚNIOR, 2001, p.4).

A relevância deste tema, levou Paulo Otero (1993), segundo Humberto Theodoro Júnior, a considerar em seu Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional, ser este *um problema central do actual momento do Estado de Direito*.(OTERO, 1993 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p.3). Para este jurista, assentir com a idéia da existência de sentenças inconstitucionais, seria outorgar às instâncias judiciais, um poder capaz de estabelecer a natureza normativa da Lei Maior, quando

destaca: *Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecurível do juiz*” (Ibidem, p.3). Ressalta que a finalidade maior seria a conciliação da segurança com os ideais de justiça, tendo por pressuposto, que se não absoluto o império da lei, não o seria o da decisão judicial, mas o objetivo maior, este sim, a aplicação do *Direito Justo*.(Ibidem. p.18).

Desta forma, a questão central a ser dirimida, ante a indagação que se faz, é quanto a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada, quando se verifica que esta se fundamenta em lei afastada do ordenamento jurídico, sob a declaração de sua inconstitucionalidade, situação prevista no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil por sua primeira figura.

Necessário considerar, inicialmente, como ressaltado em item precedente (Cap. I, item 1.4) que a sentença enquanto ato jurisdicional, há de guardar consonância com a Lei e com esta se equivale, para o efeito que produz entre as partes. *Ad hunc modum* é sujeita à hierarquia normativo-constitucional.

Não mais existindo lei a amparar uma dada sentença, perde esta, os fundamentos por meio dos quais se formou a ação, não podendo o *decisum* ser considerado como tal. É neste sentido, que se posicionam Wambier e Medina (2003) ao analisarem os embargos à execução nos termos do art. 741, do Código de Processo Civil:

Não se trata, segundo o que nos parecer, de atribuir aos embargos à execução função “rescindente”, já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois que decisão que se baseia em “lei que não era lei” (por que incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque, em princípio, terá faltado à ação uma das suas condições: a possibilidade jurídica do pedido.

Sustentamos, no início deste trabalho, que sentenças de mérito proferidas em processo a que tenha sido dado início apesar da ausência das condições da ação é juridicamente inexistente e não transita em julgado. ( Wambier e Medina, 2003, p.73).

Destarte, verifica-se se inclinar o pensamento doutrinário à inafastável necessidade de *adequação* dos atos judiciais aos preceitos e princípios constitucionais, onde o caso julgado com estes, tenha de guardar consonância, assim como ocorre com as normas ordinárias infraconstitucionais. Breve destaque que se faz é quanto ao termo *adequação*, que acima se vê destacado. A opção pelo termo *adequação constitucional da coisa julgada à relativização constitucional da coisa julgada* dá-se pelo fato de, na adequação, como o próprio termo sugere, ser possível estabelecer consonância, amoldar o caso julgado à ordem jurídica, inclusive, pelo estabelecimento dos efeitos que se atribuirá para, também, se levar em conta a ordem de princípios igualmente, constitucionais, acerca dos quais, não pode olvidar o operador do Direito, sob pena de malferir o interesse dos destinatários da *res iudicata*, imbuídos de boa-fé, notadamente, quanto à sua dignidade humana.

Em brilhante exposição sobre o tema, o Ministro José Augusto Delgado é enfático ao apontar a necessidade de adequação constitucional da sentença, e, via de consequência, da qualidade de que esta se reveste, enquanto *auctoritas rei iudicatae*:

“... não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar em sã consciência que em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorne ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. ...” (DELGADO, 2003, p.107).

Entretanto, a adequação constitucional da *res iudicata* como se tem tratado, não deve se configurar como ato corriqueiro, de modo a desestabilizar as relações, juridicamente, consolidadas.

Esta preocupação também tem sido objeto de reflexão na doutrina. O Professor Marcelo Moura (2005), em artigo intitulado *Coisa julgada inconstitucional* (2005) externa a polêmica com a seguinte colocação:

A partir destas premissas (continua o mestre), começa a surgir na doutrina nacional e em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a consciência de uma "coisa julgada inconstitucional", denominação que atribui a José Augusto Delgado. Obviamente, a mitigação da coisa julgada, pela impossibilidade jurídico-constitucional antes referida é situação excepcional e, portanto, não pode ter seu uso banalizado. Banalização que aliás parece ter-se iniciado com advento da M.P. nº 2.180-35, inserindo um parágrafo único no art. 741 do CPC, com a seguinte redação:

"parágrafo único. 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."

Mesma redação foi imposta ao art. 884 da CLT pela M.P. antes referida, acrescentando à norma celetista um parágrafo quinto. A amplitude que a referida M.P. pretendeu imprimir ao tema refoge à própria consciência de coisa julgada inconstitucional que o direito nacional ainda está a formar. O toque da excepcionalidade não pode ser desprezado. A M.P. traz a noção de que qualquer tipo de decisão, até mesmo em sede de recurso extraordinário, pelo STF, seria suficiente para tornar inexigível o título judicial.

Quisesse o Poder Executivo contribuir para a proteção dos valores mais elevados previstos na Constituição teria restringido a incidência desta M.P. às decisões proferidas pelo Supremo nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade ou de Constitucionalidade. (MOURA, 2005, p. 05-06).

Cândido Rangel Dinamarco (2003), porém, em valiosa contribuição para o tema, afirma que a adequação constitucional da coisa julgada deve estar voltada para situações excepcionais, ante as quais, se deve insurgir, para que se evite graves inconvenientes, como passa a expor:

Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias, com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência destes graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral. (DINAMARCO, 2003, p.72-73).

É possível, portanto, ser afirmar, com esteio na forte argumentação doutrinária que se vê, que a adequação constitucional da *res iudicata* constitui medida capaz de restabelecer o que Paulo Otero denominou de direito justo (OTERO, 1993, *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p.18).

Ademais, rebusca-se o entendimento adotado pelo Ministro José Augusto Delgado, para quem a coisa julgada deve estar vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm de integrar o ato judicial em sua ampla acepção. Esta posição reflete a tese abraçada pelo legislador pátrio, através da aprovação da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, publicada no D. O. U. de 11.11.1999, que, em seu art. 27, possibilita ao Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos que devem ser atribuídos à lei declarada inconstitucional por respectiva Corte, à forma como se passa a demonstrar:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999).

#### 4.4 O parágrafo único, do art. 741 do código de processo civil e os instrumentos de desconstituição excepcional da coisa julgada

Ordinariamente, existem situações em que a sentença, mesmo com o trânsito em julgado, pode ser rescindida. Estes casos vêm previstos no art. 485 do Código de Processo Civil (CPC), constituindo-se, pois, nas vias normais de desconstituição da coisa julgada, como abaixo se colaciona:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV - ofender a coisa julgada;

- V - violar literal disposição de lei;
  - VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
  - VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
  - VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
  - IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;
- § 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
- § 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. (BRASIL, 1973).

A legislação permite ainda, sejam desconstituídas as sentenças prolatadas em ofensa à Constituição. Estas são passíveis de recursos, nos termos do art. 102, III da Magna Carta:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

- .....
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
    - a) contrariar dispositivo desta Constituição;
    - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
    - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- .....(BRASIL, 1988).

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior (2001) preleciona:

Do ponto de vista do direito processual brasileiro existem mecanismos cujos contornos encontram-se bem definidos no sistema para a sua correção, quais sejam, os recursos ordinários e extraordinários. Sob este aspecto a questão não oferece maiores dificuldades, mormente à vista do disposto no art. 102,III, da Constituição Federal brasileira, havendo farta literatura a seu respeito. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p.3).

Recentemente, adveio ao sistema, a nova redação dada ao art. 741, do Código de Processo Civil, pela inclusão de parágrafo único neste, constituindo outra forma de desconstituição da *res iudicatae*, a possibilitar o devedor executado fazer uso dos embargos à execução para ver extinta a exação contra este concretizada.

Entretanto, se o devedor perder o direito de opor os embargos no prazo de lei, há de prosseguir contra este a ação executiva? Impõe-se, claramente, a negativa como resposta, tendo em vista que o princípio da supremacia constitucional veda a permanência de validade a conteúdo jurídico em desconformidade com a Lei Maior. Se o executado reúne elementos suficientes para a prova de suas alegações, poderá se socorrer de outros meios, como se passa a demonstrar.

Neste sentido, o art. 741, por seu parágrafo único, elegeu um meio, mas, não o único, para que se possa corrigir distorções excepcionais, decorrentes da coisa julgada.

Cândido Rangel Dinamarco (2003) explica que há vários caminhos a se tomar, assim se expressando:

A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando de aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tornar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação ‘incidenter tantum’ em algum processo, inclusive em peças defensivas. (DINAMARCO, 2003, p.69).

Argumentou-se, também, ainda, segundo Dinamarco (2003), acerca de uma *ação autônoma*, sugerida por Piero Calamandrei, como uma *ação declaratória negativa de certeza*, (Ibidem. p.71), tese que foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, mas, não como meio exclusivo para o fim a que se propõe ante a problemática da *res iudicatae*.

Concretamente, os tribunais têm se socorrido de várias alternativas para o enfrentamento da questão. Entre estas se verifica o uso da exceção de pré-executividade que tem sido adotado para se obter a declaração de invalidade do título executivo, por sua inexigibilidade, como decorre do julgado cujo excerto se observa, *verbis*:

“EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA VENCIDO NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE – ARGUIÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO – ADEQUAÇÃO DA OBJEÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO OFERECIMENTO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR .A inexigibilidade do título executivo pode ser argüida por simples petição nos autos da execução (a chamada exceção de pré-executividade, independentemente de oferecimento dos embargos do devedor). Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.”(STJ – RESP 187428 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Barros Monteiro – DJU 27.11.2000 – p.166).

Noutro sentido, se adota a ação rescisória, independentemente, do prazo bienal para sua propositura, desde que, a matéria tenha a norma constitucional por fundamento, alterando-se, neste ponto, o teor da súmula 343<sup>1</sup> do E. Supremo Tribunal Federal, considerando o Ministro Edson Vidigal em sede de Recurso Especial, que:

(...) entendimento pacificado nesta Corte de que a Súmula 343/STF somente se aplica à interpretação controvertida de lei federal e não quanto ao conflito de regra constitucional em face da respectiva supremacia jurídica. (...) (STJ – ERESP – 235696 – CE – 3ª S. – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU 08.10.2001 – p. 00161).

Humberto Theodoro Júnior (2001, p.21) assevera que não devem existir óbices ao pleno conhecimento da coisa julgada inconstitucional. Destaca que o uso da rescisória é medida extraordinária para a correção do grave vício que se verifica na sentença, neste sentido. Porém, este conhecimento deveria não estar sujeito a prazo, como previsto em lei.

Adotando esta linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça vem se pronunciando em sede de ação rescisória, mesmo sem enfrentar de modo direto a questão da adequação constitucional da coisa julgada:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - SÚMULA 343/STF - INAPLICABILIDADE - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC,

<sup>1</sup> Cujo teor é o seguinte: 343 - Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

ART. 485, V) - FNTSOBRETARIFA - LEI 6.093/74 - INCONSTITUCIONALIDADE (RE 117315/RS) - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA - SÚMULA 83/STJ - PRECEDENTES. - O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional".(Resp 128.239/RS).

- A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF (Resp. 155.654/RS, D.J. de 23.08.99)" (RESP 36017/PE, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11/12/2000, p.00185).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, CPC. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PRECEITO LEGAL NO QUAL SE LOUVARA O ACÓRDÃO RESCINDENDO. Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que "deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação procedente." (AR 870/PE, 3ª Seq., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13/03/2000, p.00123).

Vai mais adiante, José Augusto Delgado (2003 p.113) quando assevera que a sentença passada em julgado, pode ser revista mesmo além do prazo da ação rescisória, se nesta houver injustiça capaz de infligir o regime democrático, malferir a moralidade ou acobertar-se de ilegalidade diante da Constituição Federal.

Como se verifica, são vários os instrumentos de que se podem servir o operador do direito, para, excepcionalmente, insurgir-se contra a *auctoritas rei iudicatae*. Entretanto, esta insurgência não se pode conceber como regra, sob pena de se banalizar a coisa julgada. É, isto sim, situação que ocorre em caráter de excepcionalidade, em vista de situações peculiares ocorridas no contexto do ordenamento jurídico, para o controle dos atos judiciais que afrontem a Lei Maior.

## CAPÍTULO 5 DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS FACE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI CUJA SENTENÇA SE REPORTA

### 5.1 Segurança Jurídica – Aspectos conceituais

A revisitação das discussões que envolvem temas como o da segurança jurídica, remetem o operador do direito aos fundamentos da ciência jurídica, por que não dizer aos fundamentos da constituição do próprio Estado.

É no sentido de estabilidade das relações sociais, em paradoxal contraste com a evolução do mundo globalizado, que o homem volta suas atenções para os atos do Poder Público e espera deste, prosseguir em convivência harmônica na perspectiva planejada e consciente de que o futuro advirá, sem frustrações de seus interesses e atos, seja em razão do próprio Estado e demais instituições ou nas relações privadas que exerça com seus semelhantes.

A segurança jurídica, portanto, reporta-se a temas de monta, a exemplo da eficácia, da legitimidade dos atos, da coisa julgada, entre outros, os quais por sua relevância e atualidade, confundem-se com as bases informadoras do próprio Estado de Direito e da sociedade moderna.

A necessidade de segurança, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p.81) tem raízes instintivas, como elemento de precedência lógica, na formação e organização da sociedade. É uma *necessidade antropológica do homem* (PEREZ LUÑO, 1994, *apud* SILVA B., 2004) por isto, se confiou ao Estado o estabelecimento de institutos capazes de viabilizar a sua efetivação no seio das nações.

Entretanto, seja pela exacerbação legislativa, ou, pela atuação pública ineficaz do Estado, ou mesmo, ante às mudanças globais que se dão em ritmo desenfreado, estabeleceu-se crise

no âmbito da segurança jurídica, que bem é expressada nas considerações de Luis Roberto Barroso (2001, p.51) que assim argumenta:

Na política vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No comportamento consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero de do volátil sobre o permanente e o essencial... As coisas são novas por vinte e quatro horas.(Barroso, 2001, p.51)

Diante destas perplexidades é que o tema da segurança jurídica sobreleva-se para a própria reafirmação do Estado na sociedade moderna.

Por outro lado, esta temática tem guardado algumas polêmicas entre juristas, que em face da segurança jurídica estabelecem asseverada crítica, quando esta é colocada a serviço do Direito, sem no entanto, efetivar a justiça. Neste sentido, por demais pertinente, se faz, destacar a exposição feita pelo Professor Idevaldo Barbosa (2002) durante palestra proferida na Universidade Federal de Campina Grande, em 18 de outubro de 2002, para os alunos do Curso de Especialização em Processo Civil, de onde se extrai o seguinte excerto:

...E nós no Direito, como é que nós nos portamos enquanto juristas? ... Dois elementos são importantes na nossa vida como juristas: primeiro, a busca da justiça, e, o outro, a segurança jurídica. Nós discutimos só duas coisas: ou a busca da justiça, ou, a efetivação do direito na segurança jurídica, que é algo criado entre os séculos XVII e XVIII.

A garantia da ordem jurídica que todos nós desenvolvemos em nossos trabalhos, nossas petições [buscando] a segurança jurídica. Claro, nós criamos um edifício com parâmetros. E para ter parâmetros, tem que ter segurança. E daí os filósofos, os juristas, os positivistas da França e da Alemanha estabeleceram um 'climax' para o exercício do Direito e não, da justiça, pela segurança jurídica.

Então, quando nós somos chamados a discutir filosofia jurídica, nós somos levados a discutir estes dois parâmetros: onde é que eu busco a justiça, e, onde é que eu busco a segurança jurídica.

Quando sou meramente positivista, para mim basta a segurança jurídica. Por isso se vê juiz dizer: 'não me incomodo de fazer justiça, me incomodo em cumprir a lei...' ... É aí onde devia ter no juiz, força interior de contrariar o sistema, a ordem jurídica... por que ele está ali para fazer justiça...para verificar os componentes daquela situação que será justa ou não aplicar aquela lei se ela for conveniente à justiça, e não, à ordem jurídica.

...Não estamos aqui pregando a insegurança jurídica, mas, aquilo que justo é, não necessariamente, por que o elo é a lei, ou a aplicação desta, mas, se a lei não for justa, eu não devo aplicá-la. Aplico outro [reportando-se a institutos, pois a lei é um parâmetro do Direito] e não, o fim dele. [ E no final de sua intervenção, após algumas considerações, o Professor arremata:] Quem criou esta história de que a lei é igual a direito foi Kelsen e os positivistas: tudo o que o Estado disser é legal e não importa a justiça, mas, a legalidade. Importa da certeza de que a norma será cumprida. Veio então o nazismo, o facismo... toda essa teoria delc serviu para isto... (IDEVALDO, 2002).

A intervenção do Professor Idevaldo Barbosa vai, justamente, incidir na concepção subjetiva do princípio da segurança jurídica, onde, em consonância de entendimentos, Canotilho (2001) citado por Bruno B. Silva (2004, p.05) adverte que se deve olhar com suspeição toda iniciativa adotada em razão da ordem, da estabilidade social de forma a estabelecer uma “segurança” visível, apenas, aos olhos dos detentores do poder.

Por fim, impõe-se destacar o magistério de Celso Ribeiro Bastos (1999) para quem segurança jurídica e justiça não estão em pólos antagônicos, mas, em estreita noção de complementaridade, quando se expressa:

A própria segurança jurídica busca a realização da justiça. Na medida em que não há nenhuma segurança é praticamente certa a ausência também da justiça. O que ocorre é que nem todo direito seguro será inexoravelmente um direito justo. Reconhece-se, pois, que o princípio da segurança jurídica exerce um papel mínimo, posto que, sem ele não será possível realizar os demais elementos tais como a justiça, a liberdade, a igualdade, etc. (BASTOS, 1999, p. 32).

Em todo caso, a par das discussões que envolvem o tema, inerente ao Estado de Direito é o princípio da segurança jurídica, como forma do homem poder, ande os atos estatais, ter estabilidade e perspectivas na condução de sua própria vida.

Canotilho (2001) considera que a segurança jurídica, enquanto princípio, está, diretamente, relacionada com os elementos objetivos da ordem jurídica, quais sejam: *garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito* (p. 256). O mesmo autor tece

um paralelo com o princípio da proteção da confiança, para o qual, enquanto subprincípio da segurança jurídica, se voltariam os elementos subjetivos da segurança: a *calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos*. (Ibidem, p. 256). Sendo que estes pressupostos devem permear quaisquer atos em todos os poderes que compõem o Estado de Direito.

O mesmo autor formula o entendimento da segurança jurídica *latu sensu* com a seguinte afirmação:

O indivíduo tem direito de poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas, alicerçados em norma jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e os prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2001, p. 256).

Desta noção decorrem conseqüências que, no âmbito dos atos jurisdicionais se identificam com a imutabilidade da *res iudicatae*. Nesta ordem de idéias, a segurança jurídica deve ser entendida sob duas características básicas, já demonstradas por Canotilho (2001): a estabilidade e a previsibilidade. Na primeira, também denominada de *eficácia ex post* (Ibidem, p. 263), se requer que as decisões sejam tomadas à luz de procedimento previsto em lei e não podem ser aleatoriamente modificadas, exceto para os casos e situações em que seja relevante a alteração. Pela previsibilidade ou *eficácia ex ante* (Ibidem, p. 263), decorre no âmbito das relações jurídicas a *exigência de certeza e calculabilidade* (Ibidem, p. 263) em benefício dos indivíduos, considerados os efeitos jurídicos dos atos jurisdicionais refletidos na decisão.

Ademais, à luz dos atos judiciais a segurança jurídica deve ser observada de diferentes formas ou ângulos, quando se tratar de sua aplicação em razão do caso julgado e da sua observância quanto à uniformização da jurisprudência. Com efeito, não se pode conceber que a jurisprudência possa ser mantida nos tribunais sob um caráter de estabilidade, tendo em vista que, o juiz é

responsável pelas decisões que prolatar, mas, a partir de sua atuação jurisdicional, *segundo sua convicção* (Ibidem, p. 264). A jurisprudência não se atrelaria a essa convicção, por não incorporá-la mas, tão só refletir a visão de conjunto para um determinado tema.

## 5.2 Coisa julgada inconstitucional: segurança jurídica efetiva ou aparente?

Seguindo os entendimentos levados a efeito, impõe-se considerar a segurança jurídica ante à prestação jurisdicional e a sentença inconstitucional.

Constitui objetivo da *authoritas rei iudicatae* revestir de imutabilidade a decisão judicial, ou, como define Liebman (1984) *a imutabilidade do comando emergente da sentença* (LIEBMAN, 1984, p.61).

Destarte, como destacado por José Joaquim G. Canotilho (2001, p.263) a estabilidade definitiva do caso julgado é o reflexo da segurança jurídica em sede de atos jurisdicionais.

A questão, porém, toma contornos contundentes, quando a segurança jurídica, considerando os atos jurisdicionais, é argüida para a proteção do caso julgado, não alcançado pela Constituição Federal.

Para o enfrentamento deste óbice jurídico, busca-se a lição de Paulo Otero (1993) citado por Humberto Theodoro Júnior (2001), quando diz que *as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo momento ser destruídas judicialmente* (OTERO *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 19). Invocou, portanto, o citado autor, o sistema geral de nulidades.

Humberto Theodoro Júnior (2001) ainda destaca:

Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para **valer**, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado. (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 18).

Como assevera Humberto Theodoro Júnior (2001), acima, se falta ao ato, refletido na sentença, *condição para valer* (Ibidem, p. 18), impõe-se verificar as refrações do princípio da segurança jurídica sobre o *decisum*, a partir dos elementos assinalados por Canotilho (2001, p. 263) quais sejam, a estabilidade e a previsibilidade, como características básicas a informar o citado princípio.

Não residindo mais *certeza* (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 12) a recobrir o ato jurisdicional dissonante com a ordem jurídica, é de se inferir que este *é nulo* (Ibidem, p. 22) *ipso iure* em razão de sua inconstitucionalidade, que, inclusive, pode ser verificada a qualquer tempo, não estando sujeita ao instituto da prescrição, a exemplo do que ocorre na sistemática adotada para o controle de constitucionalidade de leis.

Relembrem-se, neste ponto, as colocações de Wambier e Medina (2003, p.73), conforme item 4.3 *supra*, na parte onde asseveram que falta possibilidade jurídica para os atos lastreados em lei que não era lei, dada a incompatibilidade destes com o ordenamento jurídico, de onde se observa, considerando os elementos apontados por Canotilho (2001, p.263), que se o *decisum* não é apto juridicamente, o mesmo se dirá da eficácia de seus efeitos para a estabilidade e previsibilidade esperados pelos destinatários deste. *Ad hunc modum* a segurança jurídica de tais atos, não se concebe, senão por aparente, até o momento em que se afasta do orbe jurídico, o componente incompatível com este, por declaração de autoridade competente.

Entretanto, em vista de *situações extraordinárias* (DINAMARCO, 2003, p. 72-73) possíveis de ocorrer sob esta ótica, impõe-se resguardar situações jurídicas consolidadas, erigidas sob a incidência do princípio da boa-fé, sob pena de tornar mais angustiante ainda, uma injustiça praticada e corrigida, através da exclusão da ordem jurídica, de uma sentença inconstitucional,

como condição de preservação do princípio, não menos valoroso constitucionalmente, da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Para tanto, rebusca-se os ensinamentos de José Augusto Delgado (2003, p.113) para quem se torna imprescindível observar, ante a constatação de caso julgado inconstitucional, a aplicação do princípio da proporcionalidade, como medida de adequação do ato jurisdicional.

Neste sentido, há de se permitir ao magistrado, como refletido no art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o dimensionamento dos efeitos a serem aplicados sobre a *res iudicata* afastada da ordem jurídica, por malferir a Constituição Federal, mas, sobretudo, há de se considerar a busca perene da aplicação do *Direito Justo* (Karl Larenz 1993 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 18).

## CONCLUSÕES

Durante muito tempo, o instituto da coisa julgada viveu incólume a quaisquer questionamentos capazes de refutar seus fundamentos mais intrínsecos, notadamente, o comando, a qualidade que desta decorre, e que reveste de imutabilidade e definitividade as relações jurídicas postas sob seu manto. Tem sido assim, por que a própria existência das relações jurídicas necessitam da segurança necessária à estabilidade das relações jurídico-sociais.

Neste contexto, a análise do caso julgado, podia ser exercida, tão só, ante às escassas hipóteses previstas na legislação processual civil alusivas à ação rescisória, ou em sede de recursos ordinários ou extraordinários como meios de correção das impropriedades, deste, decorrentes.

O problema que se cinge de especial relevo se verifica quando o caso julgado transitado soberanamente, excede às hipóteses previstas lei processual civil e vai afrontar à Constituição Federal de 1988, ante a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, na qual a sentença tenha encontrado base de sustentação sendo este o corte metodológico que pontuou o estudo ora elaborado.

A síntese conclusiva a que se passa, impõe-se para se refletir dos resultados obtidos no presente trabalho científico:

- a. A Sentença, enquanto ato jurisdicional, deve estabelecer-se segundo os termos da lei e nos limites desta na ordem infraconstitucional. A validade da sentença vincula-se à validade da lei que lhe dá existência. Nesta ordem de idéias, sendo a lei sujeita ao controle de constitucionalidade, a sentença que se subsume na

vontade desta, deve guardar igual tratamento perante a Lei Maior. Sendo assim, a sentença guarda estrita vinculação legal com a lei que lhe empresta fundamentos, sendo a vontade desta aplicada ao caso concreto.

- b. A coisa julgada, enquanto uma qualidade que decorre da sentença, tornando-a imutável e indiscutível tem sua dimensão normativa em sede infraconstitucional, no âmbito da vinculação legal que decorre da sentença. A própria constituição Federal de 1988, é expressa ao afirmar que a lei não prejudicará a coisa julgada, e, desta feita, a Magna Carta se reporta à lei quando da observância de não afetar a Coisa julgada. A ocorrer de forma outra, seria conferir o poder da sentença transitada em julgado, sobrepor-se à Constituição, malferindo a ordem normativo-hierárquica no Estado Constitucional de Direito, pela inversão do princípio da Supremacia da Constituição.
  
- c. O princípio da Supremacia da Constituição deve ser salvaguardado, para a preservação do Estado Constitucional de Direito, aplicando-se às relações jurídicas confrontantes com Lei das Leis, efeitos *ex-tunc*, devendo isto ser observado, como regra, tanto para os atos legislativos, quanto para os atos jurisdicionais. Entretanto, à lei declarada inconstitucional, sem prejuízo do pensamento e aplicação das disposições usualmente adotadas, pode ser atribuído efeito *ex nunc* se, em condições excepcionais, se verificar necessária referida aplicação, para que se possa preservar situação anteriormente existente, com vistas à preservação da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

- d. O conceito de inexigibilidade da sentença, por força da nova disciplina normativa prescrita para o inciso II do art. 741, a partir do parágrafo único, neste, inserido, todos do Código de Processo Civil pátrio, adota novos contornos, compreendendo, para sua configuração, além da certeza e segurança, que são decorrentes da doutrina tradicional, as novas figuras tratadas no parágrafo único citado, das quais se extrai ser, também inexigível o título, fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Nesta ampliação de conceito, o título executivo torna-se inexigível, não apenas nas situações de inadimplemento do devedor, o será, da mesma forma, se a sentença confrontar-se com a Constituição Federal, a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei em que o julgado encontra amparo.
- e. A relativização da coisa julgada no âmbito do Estado Jurisdicional Executor da Constituição, pode melhor ser compreendida, através do uso do termo *adequação constitucional da coisa julgada*, para que as situações patológicas, apontadas em sede constitucional, oriundas das sentenças com trânsito em julgado soberano, sejam observadas como inafastável necessidade de adequar os atos judiciais aos preceitos e princípios constitucionais, de modo a estabelecer a consonância entre estes e a ordem jurídica vigente, de forma a se levar em conta, também, outros princípios da Lei Maior, igualmente, relevantes não atingindo os destinatários da *res iudicata* imbuídos de boa-fé.
- f. São vários os meios de desconstituição excepcional da coisa julgada, podendo serem exercidos os embargos do devedor, a partir da inexigibilidade do título executivo, com esteio no art. 741, II e parágrafo único; o uso da exceção de pré-

executividade, ação declaratória negativa de certeza ou mesmo a ação rescisória, independentemente, de prazo prescrito em lei ordinária, como medida extraordinária a ser adotada.

- g. A estabilidade do caso julgado é o reflexo da segurança jurídica em sede dos atos jurisdicionais. Segurança jurídica e justiça são noções complementares, não contrapostas, no que pese o acirrado debate que envolve a matéria. Entretanto, não deve a segurança jurídica, em nome da formalidade, contrapor-se à ordem jurídico-constitucional, de modo a produzir injustiças ou malferir outros princípios constitucionais, do que é exemplo a dignidade humana. A sentença malferida por inconstitucionalidade deve ser adequada aos preceitos constitucionais, com a preservação dos favorecidos de boa-fé, pelo assentamento de efeitos *ex nunc*, como medida excepcional, quando da verificação da coisa julgada inconstitucional. Enquanto isso não ocorra, a segurança jurídica pendente nesta, nunca será efetiva, será mera aparência, posto que, não apto o *decisum*, a produzir eficácia capaz de proporcionar aos destinatários deste, a *estabilidade e previsibilidade* inerentes à configuração da *res iudicata*, enquanto um dos princípios fundantes da ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS.

NEGRÃO, Theotônio (org.). Código de processo civil e legislação processual em vigor/ colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 34. ed. atual. até 14 de junho de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Idevaldo. *Filosofia do direito*. Sousa: [s.c.p.], out. 2002. CD.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em < <http://www.in.gov.br> >.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 5.869, de 11 de jan. de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < <http://www.in.gov.br> >.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União de 11.11.1999. Disponível em < <http://www.in.gov.br> >.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A concretização da constituição pelo legislador e pelo tribunal constitucional*. In. Nos Dez Anos da Constituição. Lisboa, 1987 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. On line. Disponível em <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/Arquivos/0504HumbertoCoisaJulgada.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In. Nascimento, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol 2. 14. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte)*. vol 3. 2.ed. Campinas: Millennium, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOURA, Marcelo. *Coisa julgada inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.cursodecisum.com.br/artigos/coisajulgadainconstitucional.htm>>. Acesso em 28.10.2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, s/d.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. On line. Disponível em <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/Arquivos/0504HumbertoCoisaJulgada.pdf>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, Tomo X: arts. 612 – 735.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Bruno Boquimpani. *O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada inconstitucional*. On line. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto775.htm>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol 2. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 24. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. On line. Disponível em <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/Arquivos/0504HumbertoCoisaJulgada.pdf>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.