

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DEOCLECIANO BATISTA

***A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO MEIO PERPÉTUO
DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INVÁLIDA***

UFPE, março de 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNANBUCO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

DEOCLECIANO BATISTA

A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO MEIO PERPÉTUO
DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INVÁLIDA

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público à Banca do Exame de Qualificação da Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador: Professor Doutor GUSTAVO FERREIRA SANTOS.

UFPE, março de 2003

Folha de Avaliação

Esta dissertação é dedicada aos Professores Doutores
GUSTAVO FERREIRA SANTOS e
RAYMUNDO JULIANO RÊGO FEITOSA,
pessoas de admiráveis virtudes.

RESUMO

A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO MEIO PERPÉTUO DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INVÁLIDA

Este trabalho aponta a anomia no direito legislado brasileiro de meio autônomo de impugnação perpétua da coisa julgada inválida e sugere que a colmatação poderia ser alcançada com a recepção formal da *querela nullitatis insanabilis*. Atualmente, pelo direito posto, a garantia relativa da coisa julgada só pode ser impugnada pelas vias da ação rescisória e dos embargos à execução, ambas sujeitas a hipóteses *numerus clausus* e prazos decadenciais relativamente curtos. A proposta de aperfeiçoamento da ordem jurídica é precedida pela resenha da bibliografia, jurisprudência e legislação de institutos que guardam correlação com o objeto da pesquisa, com ênfase para o sistema de invalidades processuais, a *querela nullitatis insanabilis* e a *res iudicatae*. Discute, a partir de uma perspectiva crítica do pensamento fundado no método lógico-formal, a definitividade e intangibilidade da coisa julgada diante da diversidade de situações ofertadas pela realidade jurídica de títulos judiciais aparentes, inconstitucionais ou nulos de pleno direito. Considera que a autoridade relativa de um instituto processual de direito intertemporal não pode ser sobreposta aos valores superiores da ordem jurídica e nem prevalecer sobre o princípio da supremacia da Constituição. E conclui com a proposta de que a anomia em relação a um meio autônomo de impugnação perpétua seja colmatada com a recepção pelo *ius scriptum* da *querela nullitatis insanabilis*.

Palavras-chave: direito processual constitucional; vícios perpétuos do ato judicial; coisa julgada inválida; *querela nullitatis insanabilis*; meios autônomos de impugnação.

ABSTRACT

QUERELA NULLITATIS INSANABILIS AS AN AUTONOMOUS PERPETUAL MEANS OF IMPUGNING INVALID RES IUDICATAE

This work evidences that Brazilian statutory law lacks an autonomous procedural means for the perpetual rejection of invalid *res iudicatae*, and also suggests that the filling of gaps left by such lack of laws can be reached if *querela nullitatis insanabilis* is formally recognized. Brazilian's dogmatic legal system only admits that the relative guarantee of *res iudicatae* can be attacked by either the use of the action for rescission of final judgment, or via the procedural tool named 'stay of execution', both of them subject to *numerus clausus* hypotheses and short lapsing of time for the right of action term. The proposal of filling the gaps of Brazilian's legal system is preceded by a summary of bibliography, court decisions and statutes of institutes which convey straight relationship with the proposed object of study, always emphasizing elements such as the procedural invalidity system, *querela nullitatis insanabilis* and *res iudicatae*. *Res iudicatae*'s qualities of being definite and intangible are discussed in critical perspective taking into account thoughts based on logical-formal methods, observing the diversity of judicial situations that come up with apparent, unconstitutional or even plenary null court decisions. It is considered that the relative authority of an intertemporal procedural institute should not prevail over either superior legal system values, neither over the principle of the supremacy of the Constitution. The conclusion is that the lack of laws related to an autonomous means of perpetual impugnation can be integrated into *ius scriptum*'s legal system by the acceptance and recognition of *querela nullitatis insanabilis*.

Keywords: procedural constitutional law; perpetual defects of judicial acts; invalid *res iudicatae*; *querela nullitatis insanabilis*; autonomous means of impugnation.

RÉSUMÉ

LA QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMME MOYEN PERPÉTUEL DE CONTESTATION DE LA CHOSE JUGÉE INVALIDE

Ce travail montre l'anomie, dans le droit brésilien, du moyen perpétuel de contestation de la chose jugée invalide et suggère que le colmatage pourrait être atteint avec la réception formelle de la *querela nullitatis insanabilis*. Actuellement, selon le droit posé, la garantie relative de la chose jugée ne peut être contestée que par les voies d'action rescisoires et des contraintes à l'exécution, toutes deux soumises aux hipotèses *numerus clausus* et à des délais relativement courts. La proposition de perfectionnement de l'ordre juridique est précédée d'un résumé de la bibliographie, de la jurisprudence et de la législation des institutions qui ont une corrélation avec l'objet de cette recherche. On y met en valeur le système des invalidités processuelles, la *querela nullitatis insanabilis* et la *res iudicatae*. On discute, à partir d'une perspective critique de la pensée fondée sur la méthode logique-formelle, le définitif et l'intangibilité de la chose jugée en face de la diversité de situations offertes par la réalité juridique de titres judiciaires apparents, inconstitutionnels ou nuls de plein droit. On considère que l'autorité relative d'une institution processuelle de droit intertemporel ne peut pas surmonter les valeurs supérieures de l'ordre juridique, ni prévaloir au principe de la suprématie de la Constitution. Puis, on conclut en proposant que l'anomie par rapport à un moyen perpétuel autonome de contestation soit colmatée par la réception, de la part du *ius scriptum*, de la *querela nullitatis insanabilis*.

Mots-clé: droit processuel constitutionnel; vices perpétuels de l'acte juridique; chose jugée invalide; *querela nullitatis insanabilis*; moyens autonomes de contestation.

LISTA GERAL DE REDUÇÕES

a. C. – antes de Cristo

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIQO – Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade

adv. - advogados

als. - alíneas

ampl. – ampliado

art. - artigo

atual. – atualizado

BACEN – Banco Central do Brasil

c/c – Combinado com

can. – cânone (do lat. *canon*)

cann. – cânones (do lat. *cannonis*)

cap. - capítulo

CC – Código Civil

CEF – Caixa Econômica Federal

CF – Constituição Federal (textos brasileiros de 1991, 1934, 1937, 1946 e 1967)

CIC – *Codex Iuris Canonici*

cf. - confira

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

cód. - código

Confl. – Conflito de Competência

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CR – Constituição da República Federativa do Brasil, de 5.10.1988

d. C. – depois de Cristo

Dig. - Digesto

DJU – Diário de Justiça da União

DOCEGEO – Rio Doce Geologia e Mineração S/A

EC – Emenda Constitucional

ed. - edição

ERE – Embargos em Recurso Extraordinário

etc. – e outras coisas (do lat. *et coetera*)

et al. – e outros (do lat. *et alii*)

i. e. – isto é (do lat. *id est*)

ibid. – indica referência ao que já foi mencionado (do lat. *ibidem*)

id. – o mesmo, a mesma (do lat. *idem*)

inc. - inciso

j. – julgado em

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

liv. - livro

min. – ministro

n., nº e n.º - número

Ord. - Ordenações

p. - página

p. e. – por exemplo

proc. – processo

RE – Recurso Extraordinário

rel. - relator

Rp. - Representação

REsp – Recurso Especial

rev. – revisado

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

sic – assim, deste modo ou ‘reproduzido exatamente como no original’

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t. – tomo

TFR – Tribunal Federal de Recursos

tir. – tiragem

tít. - título

TRF – Tribunal Regional Federal

Ulp. - Ulpiano

v. - volume

v. g. – por exemplo (do lat. *verbi gratia*)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
I PARTE – BASES CONCEITUAIS, SISTÊMICAS E TEÓRICAS	23
CAPÍTULO I – SISTEMA DE NULIDADES DE ATOS E FORMAS NO ATUAL DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	24
1.1 Compreensões básicas	24
1.1.1 O porquê das formas processuais	24
1.1.2 O controle das formas	25
1.2 O sistema brasileiro de anulabilidades e nulidades dos atos e formas processuais	26
1.2.1 A conformação histórica	26
1.2.2 O direito legislado e a sistematização ainda incerta.	28
1.2.3 Taxinomia	30
1.2.4 A nulidade kelseniana levaria à aceitação da preclusibilidade definitiva dos vícios da relação processual	33
1.3 Direito Processual Constitucional.....	34
1.3.1 O grau de nulidade dos atos judiciais contrários à Constituição	35
1.3.2 A nulidade <i>ab initio</i> e perpétua da coisa julgada inconstitucional	37
CAPÍTULO II – A <i>QUERELA NULLITATIS INSANABILIS</i> E OS DEMAIS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA.....	41
2.1 Traços marcantes dos meios de impugnação no sistema jurídico romano	41
2.1.1 Os dois sistemas processuais conhecidos pelo direito romano	41
2.1.2 Como os romanos viam a <i>nulla sententia</i>	43
2.1.3 A resistência às nulidades da sentença nos processos de ‘cognição’ e de ‘execução’ (<i>rectius: actio iudicati</i>) da primeira fase do direito romano	44
2.1.4 Os primeiros meios de impugnação da coisa julgada	46
2.2 A <i>querela nullitatis insanabilis</i> como meio autônomo de impugnação da coisa julgada.....	48
2.2.1 O aparecimento da <i>querela nullitatis</i> no Direito Medieval	48
2.2.2 O destino de pouca glória da <i>querela</i>	51
2.2.3 A imanência do instituto em relação aos vícios processuais graves.....	53
2.3 A preservação pelo direito canônico das duas espécies da <i>querela nullitatis</i>	55
2.3.1 Breves notas sobre a codificação do direito da Igreja.....	55
2.3.2 A disciplina da <i>querela nullitatis</i> no atual <i>Codex Iuris Canonici</i>	58
2.4 A <i>querela nullitatis insanabilis</i> no direito brasileiro.....	59
2.4.1 ‘Expulsa do universo conceitual’, mas com existência clandestina assegurada pelas imposições da realidade jurídica	59
2.4.2 O ostracismo conhecido com o surgimento de ‘novos’ meios de impugnação	61
2.4.3 Outro fator que contribuiu para a proscrição equivocada	62
2.4.4 Os meios que, em tese, seriam idôneos para impugnar a ‘coisa julgada brasileira’	63
CAPÍTULO III – COISA JULGADA E SUAS DEBILIDADES	69
3.1 A pretensa intangibilidade absoluta da coisa julgada	69
3.1.1 Causas da má percepção dos limites da intangibilidade no direito brasileiro	69

3.1.2	A relatividade evidenciada até pelo direito legislado	71
3.1.3	A relatividade reafirmada pelas sentenças que não transitam materialmente em julgado	73
3.2	A formação dogmática da coisa julgada	75
3.2.1	A gênese e consolidação do instituto da <i>res iudicatae</i> na Roma Antiga	75
3.2.2	As principais contribuições teóricas para a fundamentação do atributo da autoridade do caso julgado	79
3.2.3	A intangibilidade como decorrência da certeza do direito afirmado pelos órgãos judiciários e da segurança jurídica devida pelo Estado	82
3.3	A percepção fundada no imaginário do justo	83
3.3.1	A <i>res auctoritas iudicatae</i> seria uma ‘exigência de ordem social’ estranha à aporia de justiça?.....	83
3.3.2	A conformação dogmática da coisa julgada excluiria a abordagem zetética?.....	88
3.4	Coisa julgada inválida e tensões normativas	91
3.4.1	Dificuldades práticas de concreção das normas constitucionais.....	91
3.4.2	O falso problema das tensões constitucionais provocadas pela coisa julgada.....	95

II PARTE – COISA JULGADA INVÁLIDA E PRÁTICA JURÍDICA..... 102

CAPÍTULO IV – AS POSSIBILIDADES AVENTADAS PELA DOUTRINA DE DECISÕES QUE SERIAM INIDÔNEAS PARA PASSAR EM JULGADO..... 103

4.1	Pressupostos desta abordagem <i>numerus apertus</i>	103
4.1.1	Adendo quanto às possibilidades infundáveis de coisa julgada inválida que são inconciliáveis com a idéia de ato normativo	103
4.1.2	A compreensão terminológica das três espécies de invalidade perpétua.....	104
4.2	Coisa julgada aparente ou inexistente	107
4.2.1	Quando não há relação processual	107
4.2.2	Aquilo que não pode ser tido como ‘sentença’	109
4.2.3	‘ <i>Falsus procurator</i> ’	110
4.3	Coisa julgada inconstitucional.....	111
4.3.1	Abrangência e direito legislado	111
4.3.2	Algumas das possibilidades da coisa julgada inconstitucional.....	113
4.4	Coisa julgada absolutamente nula.....	115
4.4.1	‘Segunda sentença no mesmo processo’ e ‘segunda sentença noutra processo’	115
4.4.2	Relação processual <i>post mortem</i>	116

CAPÍTULO V – CASOS CONCRETOS DE TUTELAS JURISDICIONAIS TIDAS COMO INCOMPATÍVEIS COM A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

5.1	Incidência da quebra da coisa julgada e interesse da referência a casos concretos	118
5.1.1	O grau da relatividade admitida pelos tribunais	118
5.1.2	A conveniência de aliar a teoria à prática	120
5.2	Invalidades decorrentes de “falta ou nulidade de citação” (CPC, art. 741, inc. I).....	120
5.2.1	Sucumbência de quem compareceu a juízo para o fim certo de prestar depoimento pessoal	120
5.2.2	Revelia em citação por <i>fax</i> que foi ‘cumprida’ em telefone diverso do mencionado no mandado	122
5.2.3	Nulidade declarada de ofício em rescisória julgada improcedente.....	124

5.2.4	Imóvel inscrito em nome de terceiros que deixaram de ser citados em ação de prescrição aquisitiva	127
5.2.5	Fungibilidade dos meios de impugnação se o titular do registro imobiliário deixou de ser citado	128
5.3	Invalidades reconhecidas por outros motivos	130
5.3.1	Acórdão proferido em recurso já julgado por acórdão que transitou em julgado	130
5.3.2	Sentença alterada depois da publicização	131
5.4	Modificações dos efeitos materiais da coisa julgada	132
5.4.1	Nova avaliação fundada no espírito de justiça da Constituição	132
5.4.2	Sopesamento de garantias constitucionais: sacrifício da coisa julgada em favor da justa indenização	134
5.4.3	Prevalência do “princípio constitucional do justo preço” e revisão da verba honorária	136

CAPÍTULO VI – ‘O CASO SERRA PELADA’: GOLPE EM JUÍZO QUE MATERIALIZOU AS TRÊS POSSIBILIDADES TEÓRICAS DA COISA JULGADA INVÁLIDA

6.1	Adendos Iniciais	138
6.1.1	Os porquês deste estudo de caso	138
6.1.2	Compreensão mínima das relações materiais evocadas na discussão em juízo	139
6.1.3	O contexto processual que inspirou a propositura da <i>querela nullitatis insanabilis</i>	141
6.2	Anatomia da fraude processual	143
6.2.1	O desencadeamento do golpe	143
6.2.2	A ‘fórmula jurídica’ do conto da doação presumida	144
6.2.3	O universo dos doadores e dos ‘terceiros interessados’	145
6.2.4	O que proporcionou o sucesso da trama	146
6.3	Fundamentos e obstáculos para a impugnação do golpe judicial	147
6.3.1	O que foi considerado quando da propositura da <i>querela</i>	147
6.3.2	O indeferimento da inicial e a reforma da decisão terminativa	150
6.3.3	Reconhecimento, nas instâncias recursais, da compatibilidade e indispensabilidade do instituto no direito brasileiro	154

III PARTE – INFERÊNCIAS QUE APONTAM PARA A NECESSIDADE DE COLMATAR O DIREITO LEGISLADO BRASILEIRO COM A RECEPÇÃO FORMAL DA *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*

CAPÍTULO VII – A ESPÉCIE DE *ACTIO NULLITATIS* MELHOR TALHADA PARA A IMPUGNAÇÃO PERPÉTUA DA COISA JULGADA INVÁLIDA

7.1	A impugnação da coisa julgada inválida na atual ordem jurídica brasileira	157
7.1.1	A equivocada opção legislativa por meios de impugnação extraordinários unicamente preclusivos	157
7.1.2	Os instrumentos processuais de impugnação autônoma hoje admitidos pelo direito legislado	159
7.1.3	A admissão de outros meios processuais pela doutrina e jurisprudência mais qualificadas	160
7.1.4	A anomia cada vez mais sentida de um meio autônomo para a impugnação perpétua de títulos inválidos	162
7.1.5	A identidade romano-germânica da <i>querela</i> e sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente no Brasil	164

7.1.6	Possibilidades mais óbvias de inserção normativa.....	166
7.2	Coisa julgada passível de ser impugnada a qualquer tempo	168
7.2.1	A conformação normativa e a natureza relativa da coisa julgada no direito brasileiro	168
7.2.2	A fundamentação teórica da coisa julgada e a contradição intrínseca dos <i>topoi</i> de sua 'intangibilidade'	169
7.2.3	As espécies de coisa julgada inválida que se sujeitam à impugnação perpétua pela via da <i>querela nullitatis insanabilis</i>	172
CONCLUSÃO.....		176
BIBLIOGRAFIA.....		187

INTRODUÇÃO

O direito legislado brasileiro ressenete-se da falta de um instrumento processual próprio para a impugnação, a qualquer tempo, da coisa julgada inválida. A decisão de mérito que passa em julgado é tida como apta à produção de efeitos substanciais tão logo ocorra a preclusão consumativa ou temporal dos recursos ordinários. E a autoridade da coisa julgada conhece o grau máximo de intocabilidade quando restam vencidos os meios autônomos de impugnação extraordinária. Meios estes que, por lei, restringem-se à ação rescisória e aos embargos à execução, ambos sujeitos a elencos exaustivos dos mais reduzidos e prazos decadenciais relativamente curtos (CPC, arts. 485 a 495 e 741 a 744).

Tem-se aí a síntese legalista das possibilidades de impugnação dos *errores in iudicando et in procedendo* da decisão com trânsito em julgado. Com o transcurso dos prazos preclusivos da rescisória e dos embargos, a invalidade do ato processual perde a existência jurídica e já não pode mais ser argüída pelo prejudicado ou mesmo ser conhecida pelo Poder Judiciário.

O propósito, aqui, será o de explicitar a anomia que reclama ser colmatada com a recepção do medieval instituto da *querela nullitatis insanabilis*. A omissão legislativa em prever a impugnação perpétua da coisa julgada inválida teria sido consciente, dada a exigência social de que haja ‘certeza’ quanto ao direito afirmado na relação processual e ‘segurança’ de todos quanto às situações jurídicas atingidas pela composição do conflito de interesses. Seria insuportável conviver com o ‘estado de dúvida’ que existiria se as relações entre as pessoas ficassem, *ad aeternum*, à mercê da incerta iniciativa do jurisdicionado eventualmente prejudicado por nulidades processuais.

Essa realidade levou o Estado a optar pela consolidação do caso passado em julgado assim que a jurisdição é esgotada ou quando da presunção de renúncia pela

expiração de prazo ensejado para o exercício de inconformismo. As vantagens de tal política legislativa seriam muitas, a começar pela contribuição que a estabilidade jurídica aporta para o esforço estatal de pacificação social. A certeza e a segurança jurídicas proporcionam melhores condições para a administração da justiça ao evitar novas apreciações judiciais sobre a mesma controvérsia e frustrar a tendência humana de eternizar o litígio, o que parece justificar a afirmativa de que a inexistência de um instituto processual com as características da coisa julgada poderia comprometer seriamente a credibilidade do direito objetivo perante os seus destinatários.

O problema desse binômio de legitimação da definitividade da *res iudicatae* está em que a ordem jurídica acaba episodicamente derogada em situações tão diversas quanto extraordinárias.¹ A estabilidade alcançada em uma situação concreta com a aceitação de um título judicial aparente, inconstitucional ou nulo de pleno direito há de ser vista sempre como a negativa implícita de algum preceito que deveria incidir na composição do conflito levado a júízo. A certeza e segurança jurídicas constituiriam, assim, valores diferenciados que se sobrepõem a toda valoração contida em normas aplicáveis à situação fática. As conseqüências práticas dessa opção dogmática de lógica formal, ainda que se abstraia o fator ‘justiça’, geram perplexidades como a de saber se os marcos preclusivos devem realmente condicionar o ordenamento normativo e, em particular, a supremacia da Constituição. Afinal, de que vale estar certo e seguro de que um simples instrumento processual incidirá mesmo quando o caso passou em julgado com afronta a cláusulas como as do *due process of law*, isonomia ou legalidade?

A questão cresce em importância quando se sabe que a regra constitucional de direito intertemporal para a proteção da coisa julgada limita-se à lei nova (CR, art. 5.º, inc. XXXVI). Excetuada essa única referência ao instituto na atual Constituição, a

¹ CALAMANDREI, Piero. *Vicios de la Sentencia y Medios de Gravamen*: estudios sobre el proceso civil. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 463.

disciplina normativa, inclusive a proibição de a magistratura decidir novamente a mesma lide, está toda posta no ordenamento infraconstitucional (CPC, arts. 467 a 476; LICC, art. 6.º, § 3.º; *et passim*). As indagações, sob esse aspecto, poderiam ser de outra ordem. Exemplos: A essência relativa da coisa julgada prevalece sobre o princípio da supremacia da Constituição?; O título judicial aparente, cuja inexistência jurídica decorre de ele ser um ‘não-ato’, teria a chancela estatal para produzir todos os seus supostos ‘efeitos’?

A carga de legitimação dogmática que a coisa julgada alcançou com o discurso fundado na necessidade de certeza e segurança jurídicas tem condicionado fortemente a prestação jurisdicional no Brasil. Não raro, direito, justiça, moral e valores elegidos como superiores pela própria ordem jurídica são sacrificados por esses *topoi* ideológica e politicamente conformadores. As dificuldades práticas que daí resultam, como as tensões entre direitos fundamentais, tomam proporções de grande vulto. Só para ilustrar: admitir-se-ia equiparar, em termos de proteção última, o direito à vida e o de propriedade (CR, art. 5.º, *caput* e inc. XXII)?; a sentença penal transitada em julgado poderia ser cumprida se a pena fosse de tortura ou tratamento degradante (*id.*, *ibid.*, inc. XXXVI c/c III)?

Essa classe de tensão provocada pela coisa julgada talvez pudesse ser obviada com fórmulas e técnicas de hermenêutica, como a do sopesamento dos bens e interesses jurídicos constitucionalizados. Mas, não se estaria, então, mitigando o princípio da supremacia da norma constitucional em favor de uma garantia processual relativa? A aplicação do princípio da proporcionalidade poderia assegurar efeitos *ex nunc* à declaração de incompatibilidade com a Constituição?

Algumas das respostas para essas e outras indagações poderão ser conhecidas com a leitura deste texto. Nele estão consolidados os resultados de pesquisas bibliográfica, jurisprudencial e legislativa sobre os institutos jurídicos que guardam estreita correlação com o objeto da pesquisa, especialmente os da nulidade processual, *querela nullitatis insanabilis* e *res iudicatae*. Também podem ser encontradas

reflexões críticas ao pensamento jurídico fundado no método clássico de lógica-formal e várias referências comparativas de aspectos pontuais da ordem jurídica brasileira e de outros Estados. Há ainda algumas modestas contribuições para o aprofundamento do estudo da impugnação extraordinária, como seriam as caracterizações da impugnação perpétua, do gênero 'coisa julgada inválida' e das espécies de invalidades da coisa julgada que foram classificadas, para facilitar a compreensão, em aparentes, inconstitucionais e nulas de pleno direito.

A abordagem da anomia observada no nosso *ius scriptum* pressupõe domínios conceituais, sistêmicos e teóricos que foram antecipados nos três primeiros do total de sete Capítulos. Aqueles três, em realidade, vão além. No primeiro deles, a incursão pelos defeitos de fundo, como a ilicitude do objeto, ou a referência aos defeitos de forma, como a desconformidade com a prescrição legal, mostra que as nulidades são comuns a todos os campos jurídicos e constituem objeto da Teoria Geral do Direito. Evidencia, também, que o estudo das invalidades da coisa julgada está contingenciado pelos valores superiores da ordem jurídica contemporânea e parece inteiramente pautado pelo princípio da supremacia da Constituição. Admitidas essas premissas, a classificação dos vícios extremos apresentados por atos e formas processuais teria de contemplar ao menos três espécies básicas, quais sejam as da aparência ou inexistência jurídica, inconstitucionalidade e nulidade *ipso iure*.

Os segundo e terceiro Capítulos compõem o núcleo da estrutura do texto. Neles estão as resenhas dos institutos da *querela nullitatis insanabilis* e da coisa julgada, desde as gêneses havidas nos dois sistemas processuais conhecidos pelo direito romano até as compreensões aceitas em nossos dias. A *querela*, que foi uma criação dos legisladores estatutários de algumas cidades italianas do início do período medieval e logo foi incorporada em definitivo pelo direito canônico, deve ser apreendida como uma das mais perfeitas sínteses proporcionadas pelo princípio germânico da força formal da sentença e pela distinção romana entre a *sententia nulla* e a *sententia iniusta*. Banida do nosso universo conceitual pela exacerbada pretensão

cientificista dos dois últimos séculos, ela encontrou meios de subsistir clandestinamente no contexto de outros institutos de impugnação, inclusive de forma pouco velada nos embargos à execução exigidos em lei para a postulação de nulidades citatórias e inexigibilidade de títulos judiciais proferidos com ofensa à Constituição (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único).

O considerável espaço reservado no Capítulo III para o desenvolvimento da idéia da *res iudicatae* justifica-se pela compreensão equívoca que se lhe empresta. A investigação procurou caracterizar a formação dogmática iniciada na Roma Antiga, a hierarquia normativa conhecida no direito nacional e as possibilidades ensejadas para a resolução de tensões pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. O ponto de maior interesse, no entanto, talvez esteja na seqüência de considerações críticas ensejadas pelo confronto da coisa julgada com a aporia da justiça.

Os três Capítulos seguintes foram dedicados à doutrina e à *praxis* de situações nas quais a coisa julgada não faz do branco preto, do círculo quadrado, nem do falso verdadeiro. São casos e hipóteses que obrigam o reconhecimento pela doutrina e jurisprudência de que é humanamente impossível para o legislador chegar a uma enumeração *numerus clausus* de decisões judiciais definitivas que jamais poderão passar em julgado. O transcurso dos prazos para a impugnação desses títulos não muda a natureza perpétua dos vícios e nem exclui a possibilidade permanente da propositura da *querela nullitatis insanabilis*.²

O Capítulo IV é dedicado às possibilidades teóricas de coisa julgada inválida e principia com a advertência quanto a ser de todo impensável pretender esgotar aquilo que, em tese, deve ser tido como pseudo-sentença. As hipóteses coligidas parecem extremar a certeza de que a coisa julgada inválida atenta contra as compreensões básicas do que vem a ser o Direito e a Justiça. A retirada do mundo jurídico seria

² CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. p. 253-254.

assim um imperativo lógico e racional a ser alcançado pela via segura do processo cognitivo da ação de declaração da nulidade insanável (*rectius: querela nullitatis insanabilis*).

O Capítulo V traz uma amostra da jurisprudência mais representativa de casos julgados inválidos. Nada de animador, pois a quase totalidade das invalidades acolhidas dizem respeito à nulidade *pleno iure* de inexistência jurídica da relação processual por vícios de citação (CPC, art. 741, inc. I). O alento, mais uma vez, fica por conta de magistrados-juristas que, avessos ao legalismo estrito, não hesitam em afirmar que a *querela nullitatis insanabilis* deve ser tida como o meio processual mais indicado para o ataque das invalidades passadas em julgado.³

O Capítulo VI seria algo próximo a ‘estudo de caso’. Trata-se do resumo de uma experiência profissional que motivou a elaboração desta pesquisa. O embate forense consistiu em inusitado ‘golpe processual’ que materializa de forma perfeita as três possibilidades teóricas da coisa julgada inválida. A responsabilidade pela representação em juízo foi assumida depois do trânsito em julgado das decisões de mérito proferidas em ações declaratória e de cobrança. Com a recusa da patrocinada em autorizar a propositura de rescisória contra acórdão do Supremo Tribunal Federal,

³ P. e.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.677/GO. Recorrente: José Romão Carneiro, sua mulher e outros. Recorrido: Joaquim Pedro Neto e sua mulher. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 21 de agosto de 1969. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 1969. n. 50, p. 703-705; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Nulidade da citação (inexistência) – *Querela nullitatis*. Recurso Especial nº 12.586/SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade LTDA. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 8 de outubro de 1991. Diário da Justiça, Brasília, 4 nov. 1991. Seção 1, p. 15684.

a autoridade da coisa julgada revestiu-se de definitividade quando da preclusão do biênio decadencial. A alternativa que se oferecia pareceu ser a propositura da inominada *querela nullitatis insanabilis*, cujos detalhes e desdobramentos poderão ser conhecidos com a leitura do capítulo.

As principais inferências sobre o papel reservado à *querela nullitatis insanabilis* na impugnação da coisa julgada inválida estão concentradas no sétimo e último Capítulo. Nele são enfrentadas perplexidades como a gerada pela prevalência de um instituto processual de hierarquia normativa infraconstitucional sobre todo o conjunto de valores superiores da ordem jurídica. Também são postas questões e respostas pertinentes à colmatação do direito legislado com a introdução formal da *querela nullitatis insanabilis*. Uma dessas indagações busca aclarar se a função diretiva da coisa julgada na ordem jurídica positivada impediria a identificação do ‘Direito’ com a ‘Justiça’.

As maiores dificuldades no trato da omissão legislativa observada em nossa ordem jurídica, como poderá notar o leitor, estão basicamente naquilo que os romanos chamavam de ‘autoridade ou santidade da coisa julgada’ e na tentativa observada nos últimos tempos de reduzir o direito à letra da lei. Mas, a coisa julgada seria mesmo um direito absoluto, com autoridade revestida de definitividade e intangibilidade? O direito posto não poderia tolerar ao menos o elenco *numerus apertus* para as situações “*che possono presentarsi nella pratica (...) e dei quali no è possibile fissare in anticipo una compiuta elezione, nei quali la sentenza è inidónea materialmente, si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato*”⁴ ?

Sejam quais forem as respostas, a importância desta pesquisa remanecerá ao menos para aqueles que vivem a prática jurídica e estão sujeitos a assistir a ilógica e irracional prevalência da coisa julgada inválida.

⁴ CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile italiano.

I PARTE – BASES CONCEITUAIS, SISTÊMICAS E TEÓRICAS

CAPÍTULO I – SISTEMA DE NULIDADES DE ATOS E FORMAS NO ATUAL DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Sumário – 1.1 Compreensões básicas – 1.1.1 O porquê das formas processuais – 1.1.2 O controle das formas – 1.2 O sistema brasileiro de anulabilidades e nulidades dos atos e formas processuais – 1.2.1 A conformação histórica – 1.2.2 O direito legislado e a sistematização ainda incerta – 1.2.3 Taxinomia – 1.2.4 A nulidade kelseniana levaria à aceitação da preclusibilidade definitiva dos vícios da relação processual – 1.3 Direito Processual Constitucional – 1.3.1 O grau de nulidade dos atos judiciais contrários à Constituição – 1.3.2 A nulidade *ab initio* e perpétua da coisa julgada inconstitucional.

1.1 COMPREENSÕES BÁSICAS

1.1.1 O porquê das formas processuais

A forma existe para emprestar autenticidade, certeza e segurança ao ato processual. Este, como espécie do ato jurídico, pressupõe a exigência da forma porque “a vontade somente interessa quando manifestada por sinais exteriores, palavras, gestos, símbolos”⁵.

O que deve ser evitado no ordenamento das formas processuais é o formalismo, e não um mínimo de formalidade que garanta às partes a oportunidade de participar dos procedimentos tendentes à formação do juízo e ao magistrado o conhecimento seguro dos fatos objeto do conflito.

A diminuição ou supressão das formas comprometeria em igual medida a liberdade dos jurisdicionados e resultaria em proporcional aumento do poder do Estado-juiz⁶. Elas são tidas por todos os juristas como indispensáveis ao atual Estado de Direito, embora não devam ser confundidas com exigências inúteis, onerosas,

⁵ KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 374. VESCOVI, Enrique. *Derecho Procesal Civil: teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984. v. 3, p. 296.

procrastinatórias. Muito menos com simplificações que pequem pelo exagero e enfraqueçam a confiabilidade dos atos.

A busca permanente nesse campo deve ser a do equilíbrio entre celeridade e segurança; um meio termo onde sobressaiam princípios informadores como os da brevidade, economia e simplicidade processuais.

1.1.2 O controle das formas

O desrespeito às formas preestabelecidas pode comprometer de diferentes modos a prestação jurisdicional. Porém, por mais danosa que seja a repercussão para a relação jurídica processual, o defeito formal nem sempre chega a justificar a drástica declaração de nulidade do ato.

A forma é tida de há muito como meio, e não como um fim em si mesma ⁷. De modo que o ato processual carece de autonomia e só existe para que a relação processual proporcione às partes a concreção da vontade da lei ao conflito de interesses submetido a juízo.

A idéia base é a de que “*los actos del proceso tienen una finalidad u objetivo (fines) y se desarrollan conforme a reglas predeterminadas (formas)*” ⁸. Seria desarrazoado, portanto, declarar a nulidade de um ato que tenha alcançado satisfatoriamente o fim pretendido. Antes de inquiná-lo de nulo, é preciso indagar se a

⁷ RODRIGUEZ, Luiz A. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Universidad, 1983.

⁸ VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*.

finalidade atribuída pela lei foi alcançada e se o descumprimento da forma trouxe prejuízo ao processo.

Reflexões dessa ordem levaram ao surgimento de diferentes sistemas de controle das nulidades processuais. Em comum, a busca da uniformidade de critérios e do equilíbrio entre liberdade e rigorismo das formas. O objetivo seria evitar que o ato inválido produza efeitos, embora a eventual falta de validade não importe em ausência de eficácia. Só depois de declarado nulo é que o ato deixa de produzir efeitos, de ser eficaz.

1.2 O SISTEMA BRASILEIRO DE ANULABILIDADES E NULIDADES DE ATOS E FORMAS PROCESSUAIS

1.2.1 A conformação histórica

Na Roma Antiga, o excesso de formalismo tinha como nulo e ineficaz qualquer ato que deixasse de observar as leis procedimentais. O nulo sequer precisava ser assim declarado, pois todos entendiam que lhe faltava um mínimo de validade para a produção de qualquer efeito.

As primeiras distinções entre nulidades e vícios sanáveis começaram a surgir no fim do período clássico e início da Idade Média. Também teriam surgido por essa época as bases para a discussão do que é anulável, inexistente ou nulo.⁹

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 28 e ss.

Pouco depois, com a fusão dos direitos romano e germânico, apareceram os primeiros instrumentos voltados ao ataque das invalidades. Esses instrumentos, de que são exemplos as espécies *sanabilis* e *insanabilis* da *querela nullitatis*, fizeram com que o direito medieval ganhasse em organicidade e acabou por levar o processo romano-canônico a incorporar a idéia de impugnação dos atos viciados.

Inovações de maior monta, no entanto, só seriam conhecidas por volta da metade do século XVIII. Até então, o direito civil continuava influenciando os demais ramos da experiência jurídica, a ponto de o denominado direito de forma ser confundido com o direito de fundo.¹⁰ O processo era visto como simples apêndice daquele que é o mais antigo dos direitos materiais e costumava ser classificado entre os segmentos do Direito Privado.

Com a autonomia do processo e o crescente interesse pelo seu estudo, a declaração de nulidade formal deixou de ser condicionada apenas pela letra da lei para levar em conta também uma série de princípios que informam a teoria dos atos processuais. A legalidade das formas, na experiência forense, passou então a conviver com princípios de grande apelo para o desejável equilíbrio entre celeridade e segurança na prestação jurisdicional; dentre os quais figuram os da economia processual, instrumentalidade das formas e aproveitabilidade ou renovação dos atos.¹¹

¹⁰ CAMUSSO, Jorge P. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1983. p. 19.

¹¹ A primeira das funções desempenhadas por esses princípios seria a de inspirar o legislador na construção do sistema de nulidades processuais. Tanto que o vigente estatuto processual civil brasileiro traz uma série de artigos que correspondem fielmente à formulação dos mencionados princípios. Outra função de igual

Em nossos dias, prevalece a idéia de que o ato só deve ser declarado nulo quando deixa de atingir sua finalidade. Se alcança o fim exigido ou o objetivo esperado, não há falar em prejuízo ou em nulidade. Um bom exemplo seria a falta de citação, tida em muitos ordenamentos como o maior dos vícios, que seria sanada na hipótese de o citando comparecer espontaneamente para integrar o pólo passivo da relação jurídica processual.

1.2.2 O direito legislado e a sistematização ainda incerta

As nulidades são comuns a todos os campos jurídicos e, por isso, constituem tema da Teoria Geral do Direito.¹² Elas podem decorrer de um defeito de fundo, como a ilicitude do objeto, ou de forma, como a desconformidade com a prescrição legal ou a prática defesa em lei. Só essas últimas, que viciam atos e formas da relação processual, compõem o verdadeiro objeto dos vários ramos processuais do Direito Público.

No Brasil, devido à realidade da evolução do ordenamento legislativo, as nulidades ainda são disciplinadas de modo genérico em ramo do Direito Privado (CC de 1916, arts. 145 e ss.; CC de 2002, art. 166 e ss.). Particularidade essa que traz dificuldades nada desprezíveis quando se trata de aplicar tais regras às diversas áreas do Direito Público.

importância seria a orientação que os princípios processuais imprimem à hermenêutica do direito legislado

(PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades Processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 148).

Um exemplo basta para dimensionar o grau dessa dificuldade. No direito material civil, o vício do ato jurídico é cominado de nulo de pleno direito e o juiz não pode supri-lo nem a requerimento das partes.^{13 e 14} No direito processual, diversamente, as nulidades instituídas para atender interesses particulares sempre puderam ser sanadas e até convalidadas.

De modo resumido, tem-se assim que o ato jurídico observa duas regras bem definidas no sistema civilista das invalidades: 1.^a) a nulidade deve ser decretada de ofício, com efeito *ex tunc*, e jamais se imuniza; 2.^a) a anulabilidade só pode ser reconhecida por provocação da parte e o eventual saneamento do ato opera efeitos *ex nunc*.

O sistema processual, por sua vez, apresenta diferentes nuances. A essencial diz respeito à possibilidade de sanação até mesmo de nulidade absoluta ou *pleno jure*. Tome-se como exemplo o vício gravíssimo da citação inválida (CPC, arts. 214, § 2.º, e 247).

¹² BLANC, Ernesto Nieto. *Nulidad de los Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Abileido – Perrot, 1971. p. 15.

¹³ O tratamento da codificação anterior (CC, art. 146, parágrafo único) foi mantido pelo atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 168, parágrafo único. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEGBRAS&>. Acesso em: 6 mar. 2003).

¹⁴ Aliás, na Roma Antiga, o negócio jurídico que contivesse defeito substancial sequer dava entrada no mundo do Direito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*; validade, nulidade, anulabilidade. Campinas: Bookseller, 2000. p. 179).

Alheios à gama de particularidades, muitos ainda procuram fazer valer nas relações processuais as nulidades *lato sensu* da codificação privada. Equívoco esse que não parece ser exclusivo dos brasileiros, como prova o alerta de conhecido jurista italiano para que não se infira que o instituto das anulabilidades e nulidades possa vir a ter no campo processual o mesmo papel que lhe é reservado no plano do direito material.¹⁵ Advertência que se mostra das mais oportunas porque o vício processual deve ser entendido como autêntico freio à atuação do juiz. Tanto que os defeitos de atos e formas que deixam de ser declarados de ofício ou por provocação acabam, em regra, convalidados ou sanados.

A ênfase no tocante às nulidades adjetivas, como se nota, é posta na relação jurídica processual ‘ainda em curso’, não na julgada. Mesmo porque as nulidades que sobrevivem ao julgado são tidas hoje em dia como excepcionalíssimas, em especial as relacionadas à jurisdição. A própria inexistência da relação jurídica processual em face de uma das partes não impede, em regra, a formação da coisa julgada.

1.2.3 Taxinomia

Os atos processuais formalmente viciados costumam ser classificados em ‘inexistentes’, ‘absolutamente nulos’, ‘relativamente nulos’, ‘anuláveis’ e ‘irregulares’.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil: as relações processuais – a relação processual de cognição*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. 2 V. v. 2. p. 433-435.

A inexistência é atribuída aos que não alcançam a condição de ato. Pode ocorrer, por exemplo, quando há permissão legal para que o advogado atue sem mandato na prática de “atos reputados urgentes” (CPC, art. 37, caput). Esses atos, no entanto, são “havidos por inexistentes” se “não ratificados no prazo” (*id.*, *ibid.*, parágrafo único).

A nulidade absoluta manifesta-se quando a norma tutela interesse público e impõe a decretação de ofício. Embora em pequeno número, ela está longe de ser um acontecimento raro na rotina forense. Dois exemplos marcantes seriam a incompetência *rationae materiae* ou *personae* e a ausência na relação jurídica do órgão ministerial que atua como *custos legis*.

A nulidade relativa verifica-se quando a norma é cogente, tutela interesse particular indisponível e determina que o vício seja pronunciado de ofício. Três das muitas hipóteses seriam: (1.^a) a citação que pretere solenidade essencial; (2.^a) a falta de assistência, autorização ou representação; e (3.^a) a penhora *contra legem*.

A anulabilidade ocorre quando a norma é dispositiva, tutela interesse exclusivamente particular e veda a apreciação de ofício. O que significa que somente as partes podem alegá-la. São exemplos: (1) a penhora de bens sem observar a ordem de prioridade; e (2) as citações de (2a) doente em estado grave, (2b) do cônjuge ou de qualquer outro parente do morto no dia do falecimento, (2c) dos noivos nos primeiros dias das bodas e (2d) do funcionário público em sua repartição.

A irregularidade, como última das espécies dessa classificação, é tida como um defeito de pouca ou nenhuma importância. Sua eventual correção dispensa maiores formalidades e chega a ser simplesmente desnecessária.

Uma outra formulação teórica igualmente útil toma o aspecto objetivo dos atos processuais para dividi-los em 'essenciais' e 'não essenciais'.¹⁶ Os não essenciais repercutem pouco interesse porque a falta ou má conformação do ato constitui simples irregularidade sanável. Os essenciais, quando contaminados por vícios de forma, seriam 'insanáveis' (ou 'absolutamente nulos'), 'relativamente nulos' ou 'anuláveis'.

O critério de distinção desses vícios leva em consideração a finalidade e a natureza da norma violada. Se a carga maior é de interesse público, a nulidade será absoluta, insanável. A título de exemplos, os casos de: (a) ato de fé pública praticado por quem não é serventuário de justiça ou compromissado na função; (b) o processo simulado ou fraudulento; e (c) o recurso fora de prazo.

Se a prevalência for do interesse particular, como na hipótese de inépcia da inicial, a nulidade será relativa e sanável.

Um pouco distinta é a situação do vício objeto de norma dispositiva, dado que o defeito apresentado pelo ato constituiria mera anulabilidade e poderia ser imunizado. A eventual omissão do interessado, no entanto, implica sempre em preclusão e conseqüente convalidação porque o interesse em jogo afasta a atuação *ex officio* do juiz. Dentre os inúmeros exemplos, incluem-se os de: (a) não recolhimento

¹⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 124-132.

de custas; (b) litigância quando existe compromisso; (c) ausência de tentativa de conciliação; e (d) omissão de caução.

Essa divisão dos vícios processuais em essenciais e não essenciais ignora a figura do ‘ato inexistente’. O ato tomado como objeto de interesse para a classificação é apenas aquele que tem existência tanto no sentido físico como no jurídico.

O ato não materializado é visto como algo que deixou de alcançar qualquer repercussão na esfera do Direito. Daí dizer-se que “o não-ato há de ser, no máximo, aparência de ato”. Entretanto, é razoável admitir que a clareza e segurança possam motivar alguém a promover “em juízo a declaração de inexistência dele, a fim de que a suposição de existência não cause prejuízos ou embaraços ao interessado”.¹⁷

1.2.4 A nulidade kelseniana levaria à aceitação da preclusibilidade definitiva dos vícios da relação processual

A influência do jurista austríaco gerou entre nós certa compreensão reducionista dos diferentes vícios processuais. A nulidade (ou “inexistência jurídica”) seria “apenas o grau mais alto de anulabilidade” e estaria “praticamente excluída” do direito positivado pelo Estado.¹⁸

Hans Kelsen acreditava que a melhor formulação do problema estaria em “*Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick, 87 (Mass, 1834)”, onde se lê que:

¹⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado. *Querela nullitatis* e ação rescisória.

Talvez (...) seja muito bem possível duvidar de que um ato formal de legislação possa, alguma vez, com propriedade jurídica estrita, ser considerado nulo: parece mais coerente com a natureza do assunto, e os princípios aplicáveis a casos análogos, tratá-lo como anulável.¹⁹

A decisão judicial nula seria então apenas um exemplo de nulidade absoluta ou ato ‘juridicamente inexistente’. Isto porque, embora possa apresentar-se como ‘norma’, ela dispensa qualquer procedimento jurídico para que seja declarada nula *ab initio*.

Essa dispensa de qualquer procedimento jurídico, no entanto, não implica em ausência de verificação quanto à ocorrência de nulidade absoluta. O ataque da decisão pelas partes haveria de pressupor a existência de uma tal possibilidade na ordem jurídica, com o que não estaríamos diante de algo nulo *ab initio* ou de um nada jurídico.

O fenômeno, portanto, precisaria ser visto como norma passível de ser anulada com força retroativa pela eventual declaração de nulidade *ab initio*. Dito de outra maneira, a norma que é anulada pela ordem jurídica precisa antes ser considerada como norma objetivamente válida e ‘conforme ao Direito’. Na linguagem figurada do

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 298.

¹⁹ _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 230, n. 22.

autor, “do mesmo modo em que tudo o que era tocado pelo rei Midas tornava-se ouro, tudo a que se refere o Direito torna-se Direito”.²⁰

Depreende-se desse contexto kelseniano, então, que a hipótese de invalidade perpétua seria um fenômeno estranho à realidade do direito estatal e que a ‘inexistência jurídica’ precisa ser obviada por procedimento específico à constatação do vício. Procedimento específico que estaria sujeito a prazos preclusivos, de modo a assegurar a definitividade e imutabilidade das decisões proferidas na relação processual.

1.3 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL²¹

²⁰ _____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 296-297. *Idem*, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 231-232.

²¹ O Direito Processual Constitucional compreende “as normas processuais constantes da Constituição” (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 2). Sua área de influência inclui a conformação de toda a legislação adjetiva infraconstitucional ao império ou supremacia das normas processuais constitucionalizadas. Em outras ordens jurídicas, “é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que

1.3.1 O grau de nulidade dos atos judiciais contrários à Constituição

É da tradição do nosso Direito prestigiar o princípio da supremacia da Constituição. Idéia essa que tem como nula *ipso jure et ex tunc* toda relação jurídica constituída a partir de ofensa direta à Lei Fundamental.

O mesmo cabe ser observado em relação ao ato processual assim praticado, pois o princípio da supremacia não pode coexistir com o exercício inconstitucional de função estatal básica..

A desconformidade com a norma constitucional deve ser vista como a maior das iliceidades que comprometem de modo irreversível a existência jurídica do ato processual. Em julgamentos de controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado que a admissão de inconstitucionalidade, ainda que temporária, significaria virtual ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. Reconhece, também, que inconstitucionalidades não geram direitos e nem obrigações. Chega mesmo a ter como legítima a oposição pelo jurisdicionado de toda a sorte de resistência à decisão contrária à Constituição.²²

Um exemplo que sinaliza tal linha foi o que se viu quando do julgamento de representação da Procuradoria-Geral da República contra ato do Governador do Estado de São Paulo. Este havia baixado decreto normativo com a determinação de que os órgãos da administração estadual abstivessem de cumprir disposições legais que

seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 15).

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256 *et passim*.

desconsiderassem vetos fundados em argüição de inconstitucionalidade e viessem a ser promulgadas pela mesa da Assembléia Legislativa. O relator, Min. Moreira Alves, externou em voto vencedor a seguinte convicção:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrentes – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do Estado, para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? ²³

O Min. Soares Muñoz o secundou com a consideração de que “qualquer pessoa pode negar-se a cumprir a lei inconstitucional”. A seu ver, “a lei inconstitucional não gera obrigação, nem cria direito”, o que teria sido bem apreendido pelo relator ao referendar lição “muito conhecida” de Rui Barbosa.

Essas compreensões do órgão de superposição máxima encontram eco em várias passagens do próprio texto constitucional. Citem-se, como algumas das evidências da supremacia assegurada pelo constituinte originário, (a) as cláusulas de aplicação imediata dos direitos fundamentais e de vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, (b) o procedimento especial para a reforma do corpo de normas e (c) o princípio básico do Estado de Direito. ²⁴

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 980/SP. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1979. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256.

A magistratura teria, assim, o dever-poder de negar cumprimento ao ato judicial em desacordo com as normas constitucionais. O prejudicado, por sua vez, dispõe da possibilidade de oferecer a mais ampla resistência, com o único risco de as presunções de obrigatoriedade e validade da coisa julgada virem a ser ratificadas quando do novo pronunciamento.

Esse quadro claramente emoldurado pelo constituinte permite manter incólume a ordem jurídica constitucional. Sua lógica reside na negativa de eficácia ao ato processual inconvaleável, que sequer pode ser sanado pelo instituto de preclusão máxima ao fim do biênio ensejado à propositura da ação rescisória. A concessão que poder-se-ia cogitar em casos extremos seria a de ponderar os bens jurídicos envolvidos para admitir, de modo parcimonioso, a incidência de efeitos *ex nunc*. O sopesamento seguiria o espírito que inspirou as exceções comportadas pela declaração de inconstitucionalidade concentrada (Lei nº 9.868/99, art. 27) e “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Lei nº 9.882/99, art. 11).

1.3.2 A nulidade *ab initio* e perpétua da coisa julgada inconstitucional

Todos os graus de jurisdição da magistratura contam com poder para negar validade a atos e normas que contrariem o texto constitucional, mesmo que o ato seja judicial e esteja coberto pela definitividade do trânsito em julgado (CR, arts. 97 e 102, inc. III, als. ‘a’ a ‘c’). Não fosse assim, o Constituinte de 1988 teria instituído autêntica brecha para a derrogação episódica das normas fundamentais e as disposições nelas contidas cederiam quando contrapostas à mera garantia da coisa julgada.

É preciso reconhecer, no entanto, que a aceitação da relatividade da garantia da coisa julgada ainda gera polêmica, embora venha diminuindo o sectarismo em torno das idéias de certeza e segurança das relações jurídicas. Uma prova do arrefecimento da tradicional resistência foi dada há pouco pelo legislador ordinário ao introduzir importante novidade no estatuto processual civil e na ‘consolidação’ das leis trabalhistas. Ambas codificações agora têm como inexigível o “título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidos por incompatíveis com a Constituição Federal” (CPC, art. 741, parágrafo único, e CLT, art. 884, § 5.º).

Essa flexibilização da garantia de inatacabilidade do título judicial passado em julgado não chega a ser inédita em nosso direito legislado. A citação inexistente ou inválida, por exemplo, sempre foi motivo legal para a oposição de embargos à execução (CPC, art. 741, inc. I). Também a decisão judicial desfundamentada, na atual ordem jurídica, ganhou foros de inconstitucionalidade em norma com carga sancionadora, o que constitui importante exceção à tradicional técnica descritiva e principiológica dos textos políticos rígidos (CR, art. 93, inc. IX).

Ainda que possam ser tidas como casuísticas e pontuais, essas positivamente denotam clara percepção de que a coisa julgada constitui simples qualidade da decisão judicial que reclama ser despojada da veste de ato normativo quando proferida em descompasso com a Constituição. A sentença assim prolatada nasce maculada pelo supremo dos vícios e conseqüentemente jamais poderá produzir qualquer efeito na vigência do Estado de Direito.

É precisamente aí que reside o interesse maior deste estudo, seja pela ênfase posta em questões relativas à preservação da ordem jurídica ou pelo modo processual de assegurá-la. Soa intolerável que alguém, em especial a autoridade investida da função estatal básica de dizer o Direito, defenda a prevalência da proteção relativíssima da coisa julgada sobre o princípio da supremacia da Constituição.

Se a coisa julgada é inconstitucional, a invalidade há de ser reconhecida tão logo sobrevenha a impugnação incidental no processo de execução ou quando houver a propositura de ação específica de nulidade. Esta última, para alguns, objetivaria a ‘anulação’ da decisão e teria natureza constitutiva, pois, até ser desconstituída, a coisa julgada pressupõe efeitos legais definidos que precisam ser reconhecidos no mundo jurídico antes de serem tidos como nulos. Por tal raciocínio, a nulidade *ab initio* só pode ser assim considerada se o direito posto prever uma existência jurídica passível de ser desconstituída com força retroativa.²⁵

Há quem distinga a nulidade do ato processual, assim entendido o acórdão ou a sentença com trânsito em julgado, da inexistência da relação jurídica. Embora, ao fazê-lo, incorra em clara confusão quanto aos diferentes regimes jurídicos das nulidades. É o que se nota na obra de um dos mais reputados juristas brasileiros, quando assevera que “a ação para se decretar a nulidade [do “ato jurídico, inclusive do ato jurídico processual”] é constitutiva negativa; a ação para se declarar a inexistência

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 231-232. *Id.*, *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 296-297.

da relação jurídica, que se pretende derivada do ato jurídico nulo, é declarativa negativa”.²⁶

A controvérsia tem pouco interesse prático porque o nosso sistema jurídico sempre conviveu com o mais perfeito dos meios autônomos de impugnação da coisa julgada inválida, que vem a ser a *querela nullitatis insanabilis*. O que se passou nesse meio tempo de reinado incontrastável do dogma da *res iudicatae* é que a *querela* sobreviveu confinada à hipótese legal do defeito ou falta de citação (CPC, art. 741, inc. I). Atualmente, no entanto, o instituto medievo tem tudo para recuperar o espaço perdido com a perspectiva de releitura crítica do caso passado em julgado. Tanto que, não faz muito, o legislador provisório introduziu a aludida inexigibilidade do título judicial formado com afronta à Constituição (CPC, art. 741, parágrafo único, e CLT, art. 894, § 5.º).

O consenso a ser alcançado, por ora, diria respeito tão-só à necessidade de ser reconhecida a invalidade da coisa julgada aparente, inconstitucional ou nula de pleno direito. Necessidade essa que será melhor atendida com a institucionalização da possibilidade de o jurisdicionado propor aquela *actio nullitatis* (CR, art. 5.º, inc. XXXV). Mesmo porque não existe entre nós outro meio de impugnação que tenha sido talhado para obviar, a qualquer tempo, toda sorte de coisa julgada inválida.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. XI, p. 93-94.

CAPÍTULO II – A *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS* COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INVÁLIDA

Sumário – 2.1 Traços marcantes dos meios de impugnação no sistema jurídico romano – 2.1.1 Os dois sistemas processuais conhecidos pelo direito romano – 2.1.2 Como os romanos viam a *nulla sententia* – 2.1.3 A resistência às nulidades da sentença nos processos de ‘cognição’ e de ‘execução’ (*rectius: actio iudicati*) da primeira fase do direito romano – 2.1.4 Os primeiros meios de impugnação da coisa julgada – 2.2 A *querela nullitatis insanabilis* como meio autônomo de impugnação da coisa julgada – 2.2.1 O aparecimento da *querela nullitatis* no Direito Medieval – 2.2.2 O destino de pouca glória da *querela* – 2.2.3 A imanência do instituto em relação aos vícios processuais graves – 2.3 A preservação pelo direito canônico das duas espécies da *querela nullitatis* – 2.3.1 Breves notas sobre a codificação do direito da Igreja – 2.3.2 A disciplina da *querela nullitatis* no atual *Codex Iuris Canonici* – 2.4 A *querela nullitatis insanabilis* no direito brasileiro – 2.4.1 ‘Expulsa do universo conceitual’, mas com existência clandestina assegurada pelas imposições da realidade jurídica – 2.4.2 O ostracismo conhecido com o surgimento de ‘novos’ meios de impugnação – 2.4.3 Outro fator que contribuiu para a proscrição equivocada – 2.4.4 Os meios que, em tese, seriam idôneos para impugnar a ‘coisa julgada brasileira’.

2.1 TRAÇOS MARCANTES DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO ROMANO.

2.1.1 Os dois sistemas processuais conhecidos pelo direito romano

No direito contemporâneo de origem romano-germânica, a exacerbada pretensão ao cientificismo dos últimos séculos resultou em gradual perda de espaço para os meios de impugnação dos vícios da decisão judicial. Preocupação essa que não existiu nos 1.262 anos de história do Direito Romano.²⁷

Roma conheceu nesse período dois sistemas processuais de composição dos conflitos de interesses privados. Ambos tiveram a marca da lenta e progressiva

²⁷ “A história do Direito Romano abrange o período da monarquia – 754 a.C. a 510 a. C. -, da República – 510 a. C. a 27 a. C. -, e do Império – 27 a. C. a 568 d. C., com a invasão dos bárbaros e a queda do

publicização. O primeiro deles, chamado de sistema dos *iudicia privata*, surgiu das formas observadas nos tempos arcaicos e perdurou até o ano de 209 (d. C.).²⁸

Na vigência desse sistema, que mais tarde viria a ser referido como *ordo iudiciorum privatorum*, as características essenciais do direito privado foram preservadas e a administração da justiça procurava alcançar unicamente uma melhor disciplina da defesa dos interesses particulares. O Estado estava interessado em substituir a antiga ‘justiça privada’, mas, naquele momento, o propósito maior era o de conseguir que os demandantes viessem a submeter os seus conflitos de interesses à magistratura. Esta limitava-se a declarar se o autor tinha direito e, em caso afirmativo, ordenava a um juiz privado que apreciasse as provas para prolatar a sentença de absolvição ou condenação do réu.

O segundo sistema processual do direito romano recebeu o nome de *cognitio extra ordinem*. Por ele, as partes instauravam o processo e a partir daí a administração da justiça passava a ser função exclusiva do Estado. Era um processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*) que, no início, foi observado apenas em dadas circunstâncias, nas quais o magistrado atuava investido de *imperium* e compunha a lide sem a intervenção de juiz privado.

Império Romano” (MACEDO, Alexander dos Santos. *Da “Querela Nullitatis” – Sua Subsistência no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 18).

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 26; JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 263 e ss. [§ 56, n. 56.1].

Mais adiante, o que era extraordinário tornou-se regra graças à “concentração de poderes no imperador e a nova organização administrativa e hierárquica dos magistrados”. Nem mesmo:

[...] a circunstância de ocasionalmente as declarações das partes se fixarem numa fórmula escrita e o facto de o magistrado delegar, por vezes, as suas faculdades jurisdicionais num juiz não eliminam a característica essencial do novo processo que se apoia no *imperium* do magistrado, que verifica se os factos alegados são verdadeiros e dá a respectiva sentença. Por isso, enquanto no processo ordinário (*agere per formulas*) a actividade das partes era preeminente e, portanto, conferia ao processo um carácter eminentemente privado, na *cognitio extra ordinem* prepondera a intervenção estatal e a *litis contestatio* perde o seu valor de contrato arbitral para se tornar uma mera designação sem conteúdo: refere, tão-só, um momento nem sempre bem preciso do processo. E a sentença, que antes se apoiava nesse contrato arbitral e, por isso, era, em princípio, insusceptível de recurso, converte-se numa decisão do magistrado que admite recurso para um magistrado superior.²⁹

2.1.2 Como os romanos viam a *nulla sententia*

Tanto o sistema do *ordo iudiciorum privatorum* (754 a. C. a 209 d. C.) quanto o da *cognitio extra ordinem* (209 d. C. a 568 d. C.) sempre negaram repercussão jurídica à decisão judicial contaminada por qualquer nulidade ou vício processual mais grave. A ‘sentença’ era tomada como nula. E “nulo, como o próprio termo exprime (*nec ullus*), é nenhum, ou seja, o que não repercute normalmente no plano do direito”.³⁰

²⁹ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 266.

³⁰ BRANCO, Elcir Castello. Nulo. In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 55, p. 176.

A *nulla sententia* assumia, assim, o exato sentido de ‘algo inexistente’ (*rectius*: de ‘sentença juridicamente inexistente’). O julgado afetado por defeito substancial simplesmente não tinha existência jurídica e o sucumbente estava desobrigado de cumprir o seu dispositivo. Dentre as nulidades mais recorrentes por aquela época incluíam-se: a) o julgado fundado em fórmula elaborada por magistrado incompetente, omissa quanto a ponto essencial ou que prescrevesse algo impossível; b) a condenação de escravo; falecido; pessoa ainda não nascida e daquele considerado incapaz de negociar sem assistência de curador ou tutor; c) a decisão proferida em dia festivo - sem o necessário assentimento das partes -, ou com afronta manifesta a direito, pressupostos processuais ou coisa julgada.³¹

Esse breve apanhado ratifica a assertiva de que os vícios tidos como graves compreendiam desde os erros de atividade ou procedimento (*errores in procedendo*) até os de flagrante equívoco no julgar (*errores in iudicando*). Dir-se-ia que a *nulla sententia* romana não distinguia o defeito produzido pela “*desviación de los medios que señala el Derecho procesal*” daquele surgido com a “*aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable, o en la errónea aplicación de ella*”.³² Toda injustiça substancial ou desvio processual grave tornava a ‘sentença

³¹ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 376.

³² VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 37.

nenhuma’, uma verdadeira “não sentença a cujo respeito sequer cabe falar-se de preclusão ou coisa julgada”.³³

2.1.3 A resistência às nulidades da sentença nos processos de ‘cognição’ e de ‘execução’ (*rectius: actio iudicati*) da primeira fase do direito romano

Ao tempo do *ordo iudiciorum privatorum* não se cogitava de algo como o atual recurso de apelação para infirmar a sentença maculada por vício grave. O julgado era tido como simplesmente nulo e a invalidade podia ser objetada como matéria de defesa em qualquer oportunidade, embora costumasse ser deduzida em contraposição à *actio iudicati* do vencedor.

Um pouco mais tarde, na vigência da *cognitio extra ordinem* e em especial no período republicano, o sucumbente já contava com alguns institutos processuais para resistir à *nulla sententia*. Mas, em regra, valia-se ainda da contestação como defesa na *actio iudicati* (ou *pro iudicato*), que era a relação processual própria para que o credor executasse o título judicial passado em julgado ou exigisse desde logo os direitos confessados (*confessio*) pelo réu.. Antes dessa *actio*, ainda ao tempo do processo das *legis actiones*, o demandante podia pedir autorização ao magistrado para executar os seus direitos sobre a pessoa do demandado. Era a chamada *legis actio per manus iniunctionem*, autêntico resquício da primitiva vingança privada de contrapor um direito à livre disposição do corpo do obrigado.

³³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado. *Querela nullitatis* e ação rescisória.

Durante a fase da *cognitio*, a sentença gozava de força executiva própria e os seus efeitos práticos eram assegurados pela autoridade do magistrado. Para tanto, bastava ao vencedor instaurar a *actio iudicati*, que deixara de ser um instrumento de coação para se tornar uma autêntica ação de execução. O sucumbente, por sua vez, costumava opor-se a essa *actio pro iudicato* com o argumento de que a sentença continha vício que a tornava juridicamente inexistente. Qualquer que fosse o fundamento, porém, a instrução em juízo seguia o procedimento típico de relação processual executiva.

O vício contido em sentença coberta pela autoridade da coisa julgada, independentemente de ser processual ou de injustiça substancial, podia assim ser alegado a todo tempo, seja “como defesa contra a *actio iudicati* ou como réplica à exceção de coisa julgada, e talvez também diretamente com a *revocatio in duplum*”.³⁴

2.1.4 Os primeiros meios de impugnação da coisa julgada

No correr da *cognitio extra ordinem*, a sentença continuou a ser nula sempre que prolatada com erro de atividade ou manifesto equívoco em questão jurídica abstrata (*ius constitutionis*). A grande novidade introduzida por essa época foi a criação da *appellatio*, que teria sido “legalmente regulamentada por Augusto [68 a. C. – 14 d. C.] e depois por *constitutiones* imperiais recolhidas no Código de Teodósio [347 – 395] e na compilação de Justiniano [482 – 565]”.³⁵

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 444-445.

³⁵ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 378.

A *appellatio* surgiu com o fim certo de impugnar os *errores in iudicando* substanciais de questões jurídicas concretas, o que parece corroborar a ilação de que teria sido a real precursora dos chamados ‘recursos propriamente ditos’. Seu aparecimento, contudo, em nada alterou a doutrina da nulidade de sentença no tocante aos *errores in procedendo*.

Pouco depois, criou-se a *supplicatio* como meio de impugnação a ser dirigido ao imperador para que fosse revista a sentença proferida em apelação pelos prefeitos dos pretórios.³⁶ Quando interposta no prazo de dez dias, ela suspendia a execução da sentença e a possibilidade da execução provisória ficava condicionada à prestação de fiança. Os romanistas sempre viram a súplica como uma tentativa ficcional de “equilibrar a justiça, desde que as sentenças dos mais altos dignitários, formadores do Corpo do príncipe, eram inapeláveis”.³⁷

Outro meio característico de impugnação que apareceu nesse meio tempo foi a *restitutio in integrum*. Conhecida também por *restitutio praetoria*, pois teria sido criada e implementada pelos pretores no final do período republicano, ela tinha como

³⁶ O direito germânico antigo, que tinha a sentença como irrecorrível por emanar da Assembléia do Povo e ser ditada em nome de Deus, também iria adotar recursos extraordinários como a *supplicatio* e a *restitutio in integrum*. Estes, a exemplo do que ocorria no direito romano, eram admitidos “*quando alguien sufría alguna grave lesión por una sentencia dictada en un proceso en el cual no había podido defender-se por razones de edad, enfermedad, ausencia o error debido a deficiencia intelectual, proveniente del dolo del adversario o del juez*” (VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 338).

única finalidade a correção dos efeitos injustos das decisões judiciais formalmente válidas. Com a concessão da *restitutio*, toda a discussão havida em juízo era desconsiderada para que fosse restabelecida a situação jurídica anterior.³⁸

Essa ‘restituição integral’ dos romanos não se confundia em nada com os meios próprios para o questionamento de injustiças substanciais ou nulidades de forma. O seu fundamento era a equidade, e não a eventual existência de graves *errores in iudicando* ou *in procedendo*. Estava muito mais próxima de ser um pedido de proteção extraordinária em face de um ato judicial plenamente conforme com o direito vigente, com o que a postulação só chegava a ser apreciada se inexistisse um direito subjetivo e a correspondente *actio* para assegurá-lo. Por outras palavras, alguém “pedia o auxílio do magistrado (*postulatio, impetratio, supplicatio*) e a concessão traduzia uma simples ajuda (*subvenire, adiuvar, succurrere, indulgere*)”.³⁹

Mais tarde, com a chegada do período pós-clássico, a *restitutio in integrum* deixa de atender a simples interesses e passa a proteger o direito subjetivo então denominado de *beneficium restitutionis*. Com isso, unificou-se na mesma pessoa de um mesmo magistrado a competência para conhecer e decidir o conflito e, eventualmente, conferir o *iudicium rescissorium*.

³⁷ SIDOU, J. M. Othon. Ordenações: sistema recursal. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 56, p. 277-287.

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 4, p. 109.

³⁹ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 432-433.

Pouco ou nada mudaria no tocante a essas impugnações até que sobreviesse a debacle definitiva do sistema político dos romanos. Também as nulidades da sentença continuaram a ser atacadas com a *contestatio* à *actio iudicati* ou mediante a propositura daquilo que se denominava *actio praeiudicialis*. Esta, de modo muito semelhante à nossa contemporânea ‘declaração incidental’, apenas autorizava que fosse pedido um pronunciamento judicial sobre questão subjacente para facultar futura discussão em outra relação processual. Algo como um esclarecimento sobre a questão suscitada, sem que o juiz acolhesse ou rejeitasse o objeto principal do litígio.

2.2 A *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS* COMO MEIO AUTÔNOMO DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA

2.2.1 O aparecimento da *querela nullitatis* no Direito Medieval

Veio então a Idade Média e a forte influência do direito germânico levou algumas cidades italianas a criarem em suas legislações estatutárias um meio de impugnação das sentenças nulas que resultava de aspectos comuns aos dois sistemas jurídicos. O novo instituto, que logo seria incorporado ao direito canônico, objetivava aumentar a estabilidade das relações jurídicas e recebeu o *nomen iuris* de *querela nullitatis*.

Não era, ainda, uma típica ação, mas sim algo como um ‘pedido de deferência dos bons ofícios jurisdicionais’ (*rectius: imploratio officit iudicis*) para que fosse oficialmente reconhecida a existência de algum erro de atividade.

Até então, o direito visigótico tratava como não-válida a sentença nula que os romanos tinham como ‘inexistente’. Essa política jurídica nada tinha em comum com a idéia de invalidade ou nulidade *ipso iure* e tornava sem interesse a distinção entre o erro de atividade e o de julgamento. Com a introdução *da querela nullitatis* em estatutos de cidades italianas, fez-se então uma espécie de síntese “entre o princípio germânico da força formal da sentença e a distinção romana entre *sententia nulla* e *sententia iniusta*”.⁴⁰

O direito francês contemporâneo ao aparecimento da *querela nullitatis* admitia a interposição de recurso ao monarca (*lettres de justice*) de decisões finais da justiça feudal (*courts de baronnies*). Com a rápida absorção da atividade jurisdicional pelo Estado, o rei baixou uma *ordonnance* no dia 23 de maio de 1382 para permitir que lhe fosse dirigida petição (*rectius: requête*) quando a sentença apresentasse evidências de erros graves (*lettres de grâce et de proposition d’erreur*). Se a impugnação viesse a ser acolhida, “*los ‘maîtres des requêtes’ libraban al recurrente una orden del rey para que el consejo Real (...) revisara el fallo*”.⁴¹ A *requête* acabaria por originar um pouco mais tarde o ‘recurso de revisão’, meio extraordinário

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973]. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 64.

de reapreciação da sentença que ainda hoje continua a ser adotado por muitas ordens jurídicas filiadas ao sistema romano-germanístico.

A *appellatio*, nesse meio tempo, conservou inalterada a característica romana de meio próprio para a impugnação da sentença válida. Os julgados nulos, que dispensavam a propositura de ação autônoma de declaração de nulidade no sistema jurídico de Roma, eram agora impugnados pela *querela nullitatis*.⁴²

A novidade exigiu que os diferentes vícios da sentença viessem a ser classificados em sanáveis e insanáveis. O prazo para a alegação dos primeiros costumava coincidir com o da *appellatio* e, em caso de preclusão, o vício era convalidado. Os segundos, tidos como mais graves, podiam ser argüidos em igual tempo do prazo de prescrição do direito material em jogo, pois sobreviviam “ao decurso dos prazos e à formação da coisa julgada e podiam alegar-se com a *querela nullitatis* como remédio extremo que, por analogia com uma verdadeira ação, ficava sujeita à prescrição ordinária”.⁴³

2.2.2 O destino de pouca glória da querela

⁴¹ VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 338.

⁴² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sobrevivência da querela nullitatis*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 333, ano 92, p. 115-122, jan./fev./mar. 1996. p. 115.

⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 445.

O regime jurídico diferenciado dos prazos e tipos de nulidades fez com que restassem consagradas inicialmente duas espécies de *querela nullitatis*: a *sanabilis* e a *insanabilis*. A primeira acabou absorvida entre as hipóteses hoje admitidas para a interposição do recurso de apelação. A *insanabilis*, por sua vez, prosperou durante um bom tempo como meio obstativo de preclusibilidade da coisa julgada em atos judiciais e processuais aparentes ou nulos.

Esses destinos distintos das duas espécies de *querela nullitatis* não agradou a todos. Dentre as objeções, houve quem sustentasse que não havia a menor necessidade de fundir-se os princípios romanos da ‘inexistência jurídica da decisão judicial’ e o da ‘recorribilidade’ (ou ‘apelabilidade’). Ambos coexistiam a séculos, sem que ninguém cogitasse a necessidade de fusão. Nenhum inconveniente haveria ou poderia surgir em manter viva aquela dualidade, pois os dois princípios complementam-se na tarefa de “*tutelare ogni caso in cui una sentenza meritasse censura, sia dal lato formale che dal lato sostanziale*”.⁴⁴

Com o passar dos séculos, a maioria das ordens jurídicas de filiação romano-germânica optou por eliminar a *querela nullitatis insanabilis* e fundir a *appellatio* com a *sanabilis*. Umas poucas, como a alemã e a austríaca, ainda preservam institutos assemelhados à *querela* para o ataque a decisões passadas definitivamente em

⁴⁴ ORESTANO, Riccardo. *L'Appello Civile in Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 136-

julgado.⁴⁵ Numa delas, a do Estado do Vaticano, a natureza jurídica do instituto teve preservada suas feições originais quando da promulgação da mais recente versão do Código de Direito Canônico.⁴⁶

As demais ordens jurídicas de mesma filiação, de que são exemplos a brasileira e a francesa, seguiram a tendência histórica de admitir uma ou outra exceção à regra de que todas as invalidades processuais devem ser alegadas nos exíguos prazos de interposição recursal ou de questionamento em meio autônomo. No Brasil, até bem pouco tempo, a ordem jurídica excepcionava apenas a “falta ou nulidade de citação” (CPC, art. 741, inc. I).⁴⁷ Agora, por iniciativa do legislador provisório, é possível também apontar a qualquer tempo a invalidade das decisões contrárias à Constituição (CLT, art. 884, § 5.º, e CPC, art. 741, parágrafo único).

⁴⁵ Esses e outros Estados também germânicos costumam distinguir a *querela nullitatis insanabilis* de meios revisionais tradicionais como os da *appellatio* e da *restitutio in integrum*.

⁴⁶ Como será visto adiante (*in*: 3.2.2), a codificação das leis da disciplina canônica foi revisada pelo *Corpus* de 25 de janeiro de 1983 e as duas espécies de *querela nullitatis* mereceram todo um capítulo de disposições próprias (*Codex Iuris Canonici, Liber VII – De processibus, Pars II – De iudicio contentioso, Sectio I – De iudicio contentioso ordinario, Titulus VIII – De impugnatione sententiae, Caput I – De querela nullitatis contra sententiam, cann. 1619-1627*. Disponível em: <<http://www.intratext.com/X/LAT0010.HTM>> Acesso em: 22 out. 2002).

⁴⁷ Em igual linha, o art. 474 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês também exige a citação regular “*des défendeurs (...); dans le cas contraire, le jugement est rendu par défaut*” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Visu/ArticleCode?commun=&code=&h0=CPROCIV0.rcv&htl=1&h3=10>> Acesso em: 22 out. 2002).

Na Itália, assim como em Portugal, a única causa de invalidade perpétua está na sentença sem assinatura. Um dos apartados do *artículo 161* do seu *Codice di Procedura Civile* exclui textualmente a preclusibilidade “*quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice*”.⁴⁸ O mesmo ocorre com o ‘artigo 668.º’ do estatuto processual civil português, que considera “nula a sentença quando não contenha a assinatura do juiz”.⁴⁹

2.2.3 A imanência do instituto em relação aos vícios processuais graves

Ao contrário do que dá a entender o direito legislado moderno, a experiência jurídica de nossos tempos mostra que essa espécie de *actio nullitatis* jamais chegou a ser abolida. Como bem assinalou em tom literário um dos mais renomados processualistas italianos, a *querela*, que seria uma:

[...] genial criação do nosso direito estatutário, tem deixado no sistema dos meios de impugnação marcas duradouras e profundas, que permitem, reconhecendo e reagrupando os elementos deste instituto hoje dispersos em normas heterogêneas e distantes, encontrar e reconstruir sua fisionomia: como fazem os arqueólogos, que juntando fragmentos recuperados de distintas escavações, chegam com paciência a reconstruir a estátua.⁵⁰

⁴⁸ Disponível em: <www.aulamagna.org/giurisprudenza/codici/prcciv.htm>. Acesso em: 25 set. 2002.

⁴⁹ Decreto nº 29.637, de 28 de maio de 1939 (Disponível em: <<http://www.ao.pt/cdj/cpc.html>> Acesso em: 2 ago. 2001).

⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 268.

Essa percepção pode ser melhor ilustrada com a única exceção à definitividade da coisa julgada ainda textualmente admitida pelo direito italiano. A previsão consta de um dos dois ‘parágrafos’ (*rectius*: ‘apartados’) do art. 161 do *Codice di Procedura Civile* e diz respeito à sentença que “careça de assinatura do juiz”.⁵¹ O fato de o legislador ordinário haver ressaltado apenas essa hipótese não significa que deixa de existir outros casos de invalidades perpétuas. Por motivações lógicas, política e racional, a função estatal básica de dizer o Direito precisa conviver com a necessidade de rever, sem limitação temporal, a decisão judicial à qual falte requisito essencial ou indispensável para a formação da coisa julgada.

Tanto deve ser assim que todas as ordens jurídicas filiadas ao sistema romano-germânico contam com institutos que, por implicarem em rescisão ou revisão de decisões com trânsito definitivo, acabam por contradizer a tão decantada imutabilidade da coisa julgada. Quando o direito legislado resente-se de variantes de impugnação, a tendência doutrinária e jurisprudencial é sempre no sentido de ampliar o leque de instrumentos voltados à correção das injustiças mais gritantes. Tendência essa que leva o direito contemporâneo a “um certo afastamento da frieza kelseniana da

⁵¹ A íntegra do aludido preceito do estatuto processual civil italiano está assim redigida: “*Art. 161 (Nullità della sentenza). La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione. Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice*” (Disponível em: <www.aulamagna.org/giurisprudenza/codici/prcciv.htm> Acesso em: 25 set. 2002).

admissão pura e simples do direito escrito, como limite da análise do cientista do processo”.⁵²

Ao menos a lógica e a razão que informam o atual esforço revisionista do dogma da coisa julgada sempre estiveram presentes na realidade dos conflitos deduzidos em juízo, conquanto não tenham impedido que o prestígio antes desfrutado pela *querela nullitatis insanabilis* viesse a conhecer acentuado declínio a partir do início da ‘era científicista’. Desde então, ela ousou sobreviver quase que de forma clandestina, pois a nova realidade trouxe como “exigência prática” a necessidade de uma “maior estabilidade dos julgados”.⁵³

2.3 A PRESERVAÇÃO PELO DIREITO CANÔNICO DAS DUAS ESPÉCIES DA *QUERELA NULLITATIS*

2.3.1 Breves notas sobre a codificação do direito da Igreja

A acepção de direito canônico, aqui, será a de conjunto das normas contidas no Código de Direito Canônico. Distinta, portanto, do sentido amplo de leis emanadas de autoridades eclesiásticas para disciplinar as relações dos fiéis e ordenar o governo da sociedade cristã.

⁵² CENEVIVA, Walter. Limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, p. 49-78, jan./mar. 1981. p. 62.

⁵³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1944. p. 445.

O interesse deste tópico deve-se à preservação do instituto da *querela nullitatis insanabilis* na nova versão do *Codex Iuris Canonici* - *CIC*. O Código atual data de 25 de janeiro de 1983 e foi promulgado por João Paulo II juntamente com sua *Constitutio Apostolica*. Segundo o Papa, o Código de Direito Canônico é de suma importância porque a Igreja constitui-se como corpo social e visível que reclama a edição de normas para: fixar sua estrutura hierárquica e orgânica; organizar as funções de seu poder sagrado; dispor sobre a administração dos sacramentos; compor as relações entre os fiéis; e disciplinar a vida cristã por meio das leis canônicas.⁵⁴

As origens da sistematização do direito canônico estariam num Decreto (*Concordia Discordantium Canonum*) editado no século XII pelo Papa Graciano. No século seguinte, o Papa Gregório IX encarregou o seu confessor, o espanhol Raymundo Peñaforte, de compilar as normas existentes e publicou-as com o título *Decretais*.

Bem depois, com o movimento modernista das codificações, a Igreja passou a sentir cada vez mais a necessidade de contar com um autêntico Código de Direito Canônico. Este surgiria do trabalho de uma comissão que foi composta em 19 de março de 1904 pelo Papa Pio X. A promulgação por Benedito XV ocorreu junto com

⁵⁴ ESTADO DO VATICANO. *Codex Iuris Canonici*; *constitutio apostolica*. Promulgado por João Paulo II, Papa. Versão bilíngüe: latim-português (o texto latino foi copiado diretamente da edição oficial publicada pela Libreria Editrice Vaticana). Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas, comentários e índice analítico: Pe. Jesús Hortal, SJ. São Paulo: Loyola, 2000. [*Constitutio*] p. 17. (Versão eletrônica, em latim, disponível em: <http://www.intratext.com/X/LAT0010.HTM>. Acesso em: 22 out. 2002.).

a publicação de sua *Providentíssima Mater Ecclesia* e a vigência teve início em 19 de maio de 1918.

Esse primeiro *Codex Iuris Canonici* evitou questões de natureza intrinsecamente religiosas, tais como indultos, liturgia e privilégios. Também circunscreveu-se à ‘jurisdição latina’⁵⁵, com o que:

[...] sem interferir na disciplina da Igreja oriental [⁵⁶], apresenta uma sistematização sucinta e uniforme de um material legislativo de seis séculos, renovando o tratamento do direito eclesiástico não só do ponto de vista da Igreja e de suas escolas, mas também no que diz ao Estado e aos efeitos do direito estatal, levando em conta sobretudo a tendência que passou a se acentuar a partir da I Guerra Mundial, no sentido da separação entre a Igreja e o Estado.⁵⁷

A reforma do primeiro *Codex Iuris Canonici* foi decidida a 25 de janeiro de 1959 pelo Papa João XXIII. O propósito teria sido o de ‘restaurar a vida cristã’ e, quando da promulgação do novo *Corpus* em 25 de janeiro de 1983, João Paulo II cuidou de tê-lo como o “principal documento legislativo da Igreja, baseado na herança

⁵⁵ “O conceito de *Igreja latina* é antes pessoal que territorial. Refere-se às comunidades que surgiram e se desenvolveram inicialmente no antigo Império Romano do Ocidente, mas que posteriormente se espalharam pelo mundo inteiro. Embora, na atualidade, as línguas vernáculas sejam usadas na liturgia, a língua latina continua a ser oficial para a Igreja latina. Por isso, as edições típicas, quer dos livros litúrgicos, quer das disposições canônicas, são as latinas, e a esses textos se deve recorrer em caso de dúvida sobre o seu significado” (*CIC, can. 1, n. 1* [p. 37]).

⁵⁶ É certo, no entanto, que na vigência desse *Codex* houve uma série de tentativas para codificar também o Direito Oriental. Esse intento só foi alcançado em 18 de outubro de 1990, data da publicação da Constituição Apostólica *Sacri Canones* e da promulgação do Código dos Cânones das Igrejas Orientais.

⁵⁷ SURGIK, Aloísio. Direito Canônico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 25, p. 396.

jurídico-legislativa da Revelação e da Tradição”. Para o Papa, o Código seria o instrumento assegurador da ordem tanto na vida individual e social como na própria atividade da Igreja”.⁵⁸

Essas breves digressões em torno da codificação canônica parecem úteis para afirmar a atualidade do estudo e do interesse prático da milenar *querela nullitatis insanabilis*. Esta surgiu no começo da Idade Média como resultado da assimilação do direito germânico por parte de algumas cidades italianas e da Igreja. Ela não tinha, inicialmente, a natureza jurídica de ação voltada à defesa do direito subjetivo a uma prestação jurisdicional regular ou válida. E nem a de instrumento autônomo para a impugnação do título judicial passado em coisa julgada. Era apenas uma espécie de ‘pedido de favor’ que o interessado dirigia à autoridade estatal legitimada para reconhecer a inexistência jurídica da sentença contaminada por *error in procedendo*.

A *querela*, no entanto, logo seria admitida nas ordens jurídicas de inspiração romano-gótica-canônica como o meio próprio para impugnar tanto a sentença maculada por vício de atividade como de julgamento. Mesmo hoje, a espécie *insanabilis* costuma dar mostras de que continua a ser o instituto processual mais perfeito para o fim de desconstituir a decisão judicial inválida que tenha passado definitivamente em julgado.

⁵⁸ ESTADO DO VATICANO. *Codex Iuris Canonici*; constitutio apostolica. Promulgado por João Paulo II, Papa. Versão bilíngüe: latim-português (o texto latino foi copiado diretamente da edição oficial publicada pela Libreria Editrice Vaticana). Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas,

2.3.2 A disciplina da *querela nullitatis* no atual *Codex Iuris Canonici*

A sentença canônica vem a ser o ato judiciário que decide a causa discutida na via judicial. Se a causa for principal, a sentença será definitiva; se incidental, diz-se que ela é interlocutória. Todos os erros materiais nela contidos podem ser corrigidos, a qualquer tempo, *ad partis instantiam* ou *ex officio*. Os *errores in iudicando et in procedendo*, por sua vez, devem ser impugnados por *appellatione* ou *querela nullitatis* (CIC, *cann.* 1607, 1619 e 1628).

A sentença válida, quando considerada injusta ou excessivamente onerosa pela parte perdedora, pode ser atacada pela apelação como meio ordinário de defesa. A inválida, deferentemente, deve ser questionada por uma das duas espécies de *querela nullitatis*. A primeira, adjetivada de *insanabilis*, sujeita-se a rol exaustivo e pode ser proposta a todo o tempo como simples exceção à coisa julgada ou, como ação, no prazo de dez anos contados da publicação da sentença. A segunda, denominada *querela nullitatis sanabilis*, é admitida nos três meses seguintes à “notícia de publicação da sentença” e só pode ser proposta nos casos de julgado proferido: “por *non legitimo* número de juízes”; sem “os motivos ou as razões da decisão”; com omissão “do ano, mês, dia e lugar”; sem “as assinaturas prescritas pelo direito”; com base em ato judicial nulo, cuja nulidade não tenha sido sanada; ou “contra uma parte legitimamente ausente” (CIC, *cann.* 1620-1623).

A inexistência jurídica no direito canônico, por seu turno, é reservada apenas ao ato jurídico que não conta com um mínimo da aparência de válido. Aqueles que

ostentam a aparência de validade, embora carentes de valor legal por vício de índole intrínseca ou extrínseca, reputam-se somente nulos (*CIC*, nota ao *can. 1619* [p. 697]).

A política legislativa tradicionalmente seguida pelo Estado do Vaticano para a enumeração taxativa do que é sanável ou insanável parece ter elegido como critério o grau de gravidade do vício. Segundo a comissão encarregada da reforma do Código de 1917, “sofrem o vício da nulidade insanável aquelas sentenças que se encontram afetadas por um defeito tal que não pareça que se possa sanar nem sequer com o transcurso do tempo” (*CIC*, nota ao *can. 1620* [p. 697-698]).

Além das aludidas possibilidades de impugnação da sentença pelos meios ordinários da apelação e da *querela nullitatis*, a coisa julgada, que “tem estabilidade de direito”, também pode ser impugnada diretamente pelo recurso extraordinário da *restitutio in integrum*. A restituição canônica é concedida contra a sentença que tenha passado em julgado e “deve ser pedida ao juiz que proferiu a sentença, dentro do prazo de três meses, a serem computados do conhecimento” dos motivos da suposta injustiça (*CIC, cann. 1641, 1645 et 1646*).

2.4 A *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS* NO DIREITO BRASILEIRO

2.4.1 ‘Expulsa do universo conceitual’, mas com existência clandestina assegurada pelas imposições da realidade jurídica

Poucos incluiriam a *querela nullitatis insanabilis* entre os meios de impugnação admitidos pela atual ordem jurídica brasileira. Ela continua a ser vista nos meios jurídicos como mera curiosidade histórica e, não raro, há quem sustente que ela teria sido completamente absorvida por outras formas de ataque à decisão judicial e à coisa julgada.

A compreensão dominante em torno dos vícios comportados pelo título passado em julgado costuma ser assim resumida:

O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória, tendente a dar válvula ao amontoamento de aplicações à lei que não incidiram ou de não-aplicação de leis que incidiram, ou de casos graves quanto ao órgão do Estado, que entregou a prestação jurisdicional, ou de ofensas exatamente à coisa julgada. O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões; a isso serve a coisa julgada material.⁵⁹

Essa visão parece correta quando se constata nos textos legais a ausência de qualquer referência expressa ao *nomen iuris* da *querela nullitatis*. Daí as assertivas apressadas, como a de que mesmo os atos nulos “produzem efeitos normais até serem invalidados e se reputam definitivamente convalidados pelo trânsito em julgado da sentença, máxime quando escoado o prazo para a ação rescisória”.⁶⁰

Mas, a exemplo do que ocorre em outros Estados, a *querela nullitatis insanabilis* subsiste de modo implícito em nosso Direito. Ela sempre ofereceu-se aqui como o meio mais adequado para o ataque de vícios extremos da coisa julgada

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5. p. 118.

⁶⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II, p. 346.

inválida, ainda que para tanto tivesse de assumir outras roupagens jurídicas. Nada desaconselha, então, que se adotem iniciativas em favor do seu pleno ressurgimento, como teriam sido as recentes modificações na legislação ordinária que tornaram inexigível o título judicial desconforme com a Constituição (CLT, art. 884, § 5.º, e CPC, art. 741, parágrafo único).

2.4.2 O ostracismo conhecido com o surgimento de ‘novos’ meios de impugnação

Nos dois últimos séculos, as hipóteses de incidência da *querela* foram sendo absorvidas gradativamente em nosso direito por outros meios autônomos de impugnação. Meios esses que teriam a mesma finalidade ou natureza jurídica daquela *actio nullitatis per viam principaliter petitionis*. As distinções mais marcantes seriam: os prazos preclusivos, cada vez mais curtos; e o rol *numerus clausus* de hipóteses passíveis de impugnação.

É certo, no entanto, que se deve ter cuidado com as aparências. Muitas vezes a *querela* está presente em normas legais com outro *nomen iuris*. Veja-se o caso do remédio prescrito para os vícios da citação (CPC, art. 741, inc. I).⁶¹ Os ‘embargos à execução’ ali mencionados, longe de retratarem a esperada composição de peça de defesa e ação de conhecimento, constituem em realidade simples sucedâneo da *querela nullitatis insanabilis*. Eles inauguram nova relação processual para que haja o

⁶¹ O aludido artigo do estatuto processual civil concilia a contribuição germânica da validade formal da sentença com a proposta de distinguir os vícios sanáveis dos insanáveis. A ‘insanabilidade’ que ele consagra seria “o broto, em tempos novos, da perpetuidade da *nullitas* (= inexistência) das sentenças romanas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974-1978. 17 V. v. 11 [1976]. p. 64)

reconhecimento judicial de que a sentença prolatada sem a regular citação da parte “é per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo o tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito”.⁶²

Se a atecnia consagrada no estatuto processual buscou evitar o uso de expressão estrangeira, a preocupação terá sido ociosa diante do grande número de institutos latinos que permeiam todo o ordenamento normativo. O legislador ordinário teria se saído melhor se houvesse preferido a ação declaratória de nulidade que, a exemplo da *querela*, pode ser proposta em qualquer oportunidade (CPC, art. 4.º, inc. I, c/c CR, art. 5.º, inc. XXX).

Esse equívoco de técnica legislativa só faz reforçar a certeza de que a *querela* “muitas vezes se disfarça, no direito moderno, usando outros nomes, para sobreviver, sem que o princípio da conversão dos motivos de nulidade em motivos recursais seja atacado de modo direto”.⁶³ Dito de outro modo, se olharmos sob as palavras das leis, verificaremos que a *querela nullitatis insanabilis* continua a existir no processo contemporâneo com outras denominações”.⁶⁴

⁶² REINO DE PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, [19-?]. Livro III, Título LXXV (Versão eletrônica: Disponível em: <http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/L3P684.HTM>. Acesso em: 30 jan. 2003).

⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sobrevivência da querela nullitatis*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 333, ano 92, p. 115-122, jan./fev./mar. 1996. p. 120.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 251.

2.4.3 Outro fator que contribuiu para a proscrição equivocada

De tempos a esta parte, a maioria esmagadora dos vícios processuais acabou inserida na categoria das nulidades relativas para que pudesse convalescer com o trânsito em julgado. Os defeitos remanescentes, em boa medida, estão fadados igualmente a sucumbir ao fim do prazo decadencial da rescisória. Restariam, portanto, uns poucos atos nulos, tão extraordinários quanto raros, que seriam os únicos sujeitos à impugnação perpétua.

A conclusão óbvia é a de que o direito moderno aderiu firmemente ao princípio de que as possíveis nulidades havidas no correr da prestação jurisdicional acabam por ser higienizadas pelos julgamentos proferidos em eventuais recursos e, pouco depois, tornam-se superadas pela preponderância da coisa julgada.

É esse o modelo das anulabilidades e nulidades processuais seguido pela ordem jurídica brasileira. Nela, os poucos defeitos que deixam de ser sanados pela *res iudicata* terminam sepultados um pouco mais adiante pelo prazo decadencial relativamente curto da ação rescisória. As exceções, repita-se, ficam por conta apenas dos vícios citatórios e da decisão inconstitucional (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único, e CLT, art. 884, § 5.º). Hipóteses que, pelo direito legislado, seriam as duas únicas passíveis de serem atacadas a todo o tempo pela *querela nullitatis insanabilis*.

2.4.4 Os meios que, em tese, seriam idôneos para impugnar a ‘coisa julgada brasileira’

Até o trânsito em julgado, o vício processual pode ser corrigido por apreciação de ofício, incidente de nulidade, interposição de recurso e alguns meios compatíveis com a organicidade do sistema. Dentre os últimos, ações como a

declaratória e mandamental e institutos como os da correição parcial, *petitio simplex*, remessa necessária e representação.⁶⁵

Com a sanatória geral operada pelo trânsito em julgado, a nulidade perde sua existência jurídica e já não pode mais ser argüida e nem suprimida. O ato permanece inválido, mas, em razão da preclusão, “o que desaparece é o direito de obter a declaração do vício”.⁶⁶

Uns poucos, no entanto, continuarão sujeitos à supressão. Só que deverão ser questionados em ‘relação processual distinta’⁶⁷ daquela em que se formou a coisa julgada. No mais das vezes, esse questionamento é possível de ser levado adiante com a oposição de embargos à execução ou propositura de ações como as declaratória, desconstitutiva e rescisória.

No caso específico do direito positivo brasileiro, a regra maior a ser observada é a de que a grande maioria dos vícios processuais deve ser atacada pela via da ação rescisória. A norma de direito público optou por indicar, em rol taxativo, as poucas causas de nulidade que sobrevivem ao trânsito em julgado da sentença. Tornou

⁶⁵ Não importa qual seja a hipótese, o magistrado ou órgão legitimado para invalidar o ato contaminado também o será para convalidá-lo ou somente saná-lo (KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p: 259).

⁶⁶ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990. p. 72, nº 19.

⁶⁷ “Se a impugnabilidade da decisão judicial se verifica no mesmo processo, em continuação do procedimento onde foi ela proferida, estaremos diante de um recurso; ao revés, se a impugnabilidade se verifica em processo distinto, nada tendo a ver com a continuação do procedimento de onde veio a decisão impugnada, estaremos diante de uma ação de impugnação” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 196).

certo, ainda, que a impugnação pelo instrumento unificador dos juízos rescindendo e rescisório deve ser formalizada num prazo decadencial relativamente curto, que era de cinco anos na codificação do direito material de 1916 (CC, art. 178, § 10, inc. VIII) e passou a ser de dois anos quando da vigência do estatuto processual civil de 1973 (CPC, art. 495).

Essa unificação dos motivos de nulidade e rescindibilidade tem sido alvo de críticas. Muitos acreditam que o melhor seria dotar a ordem jurídica de dois meios distintos de impugnação.⁶⁸ Até porque, de acordo com a tradição do direito lusitano e do próprio sistema romano-germânico, as causas de nulidade sempre foram objeto da *querela nullitatis*, que apaga do mundo jurídico o título judicial inválido (*iudicium rescindens*), e da *restitutio in integrum*, que rescinde a decisão definitiva e assegura um novo julgamento (*iudicium rescissorium*).

Se são poucas as nulidades que sobrevivem à formação da coisa julgada, mais raras ainda seriam as que podem ser reconhecidas depois de expirado o prazo decadencial de propositura da rescisória. São exceções quantitativamente insignificantes, embora o mesmo não possa ser dito quanto às possibilidades de ocorrência. Para contrapô-las, a ordem jurídica precisa contar com um instrumento autônomo de impugnação com as feições da *querela nullitatis insanabilis*. Como o direito legislado não dispõe de nenhum meio impugnatório perpétuo, a revisão de

⁶⁸ COSTA, Moacyr Lobo da. *Reflexões críticas sobre a ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 7.

certas coisas julgadas inválidas tem sido propiciada por veículos processuais com prazo fixo, peremptório e relativamente curto.

Esses institutos de alcance limitado buscam, assim, cobrir os vazios existentes numa ordem jurídica que deixou de recepcionar formalmente a *querela*. O mais visível deles seria o misto de ação e defesa nominado de embargos à execução, visto que o legislador o aponta como o mais apropriado para impugnar os defeitos de citação e dos títulos judiciais desconformes com a Constituição (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único, e CLT, art. 884, § 5.º).

Outro desses instrumentos seria o mandado de segurança. A jurisprudência, num claro esforço para suprir as lacunas resultantes da anomia em relação à *querela*, tem admitido como cabível o *mandamus* impetrado para obter o reconhecimento da inexistência jurídica da coisa julgada formada a partir de sentença inválida, pois a exigência de tal título ofenderia “direito líquido e certo do impetrante”.⁶⁹

Se a invalidade da sentença ou da coisa julgada tiver de ser alegada como defesa, o jurisdicionado estará também autorizado a valer-se dos embargos à execução até em situações fáticas que fujam às hipóteses legais de ‘desconformidade constitucional’ e ‘vícios da citação’. Ou, se preferir escapar de imposições como a dos

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança contra ato judicial. Sentença proferida em processo nulo *pleno iure* por falta de citação do réu. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.986-0/RJ. Recorrente: Salvador de Souza Rocha. Recorrido: Juiz de direito da 1ª Vara Cível de Família de Campos-RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 5 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24 nov. 2002.

prazos preclusivos e a da segurança do juízo, poderá ainda optar por qualquer dos meios indicados pela boa prática forense.

Um exemplo dessa ‘boa prática’ seria a “exceção de pré-executividade”, instituto criado por Pontes de Miranda quando da emissão de parecer ao tempo de vigência do Código de Processo Civil de 1939. Há quem afirme que não se trata de ‘exceção’, nem de ‘pré’ e muito menos de ‘executividade’⁷⁰. Abstraída a polêmica em torno da melhor denominação jurídica da nova objeção processual, o fato é que essa criação doutrinária tem alcançado razoável aceitação nos diferentes graus da magistratura.⁷¹

Como se nota, ao contrariar a realidade da experiência jurídica, a atual política legislativa de impugnação da coisa julgada inválida obrigou a jurisprudência a laborar com toda sorte de meios nominados e inominados. Mesmo assim, em casos concretos, ainda há certa perplexidade diante da ausência de um instrumento processual específico para a impugnação do título judicial aparente, inconstitucional ou nulo de pleno direito. Qual seria, então, o meio autônomo para conseguir a

⁷⁰ ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*: matérias de ordem pública no processo de execução. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 92 e ss.

⁷¹ A ‘exceção de pré-executividade’ deve ser entendida como autêntica ‘objeção de invalidade’. Ela nada mais é que a “arguição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o curso do processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente sustação dos atos de constrição material” (SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de pré-executividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 87).

declaração de tais invalidades? A resposta só pode ser a de que todo e qualquer instrumento processual é apropriado para comprovar e levar ao reconhecimento judicial de que a coisa julgada inválida é de nenhum efeito. O vício perpétuo pode ser alegado “em defesa contra quem pretenda tirar da sentença um efeito qualquer, assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório”.⁷²

Essa ordem de reflexão parece ainda mais acertada quando há o que a doutrina italiana chama de “concorrência entre os meios de impugnação”.⁷³ Nada impediria, assim, que um meio alternativo qualquer viesse a ser o mais indicado já no período que medeia o trânsito em julgado formal e o fim do prazo decadencial da rescisória. A conveniência e oportunidade da escolha do meio a ser deduzido devem ser conferidas ao jurisdicionado, pois é legítimo presumir que ele pretenda evitar o depósito prévio e a série de pressupostos específicos da ação rescisória.

⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 446.

⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 223.

CAPÍTULO III - COISA JULGADA E SUAS DEBILIDADES.

Sumário – 3.1 A pretensa intangibilidade absoluta da coisa julgada – 3.1.1 Causas da má percepção dos limites da intangibilidade no direito brasileiro – 3.1.2 A relatividade evidenciada até pelo direito legislado – 3.1.3 A relatividade reafirmada pelas sentenças que não transitam materialmente em julgado – 3.2 A formação dogmática da coisa julgada – 3.2.1 A gênese e consolidação do instituto da *res iudicatae* na Roma Antiga – 3.2.2 As principais contribuições teóricas para a fundamentação do atributo da autoridade do caso julgado – 3.2.3 A intangibilidade como decorrência da certeza do direito afirmado pelos órgãos judiciários e da segurança jurídica devida pelo Estado – 3.3 A percepção fundada no imaginário coletivo do justo – 3.3.1 A *res auctoritas iudicatae* seria uma ‘exigência de ordem social’ estranha à aporia de justiça? – 3.3.2 A conformação dogmática da coisa julgada excluiria a abordagem zetética? – 3.4 Coisa julgada inválida e tensões normativas – 3.4.1 Dificuldades práticas de concreção das normas constitucionais – 3.4.2 O falso problema das tensões constitucionais provocadas pela coisa julgada.

3.1 A PRETENZA INTANGIBILIDADE ABSOLUTA DA COISA JULGADA

3.1.1 Causas da má percepção dos limites da intangibilidade no direito brasileiro

O estudo da coisa julgada constitui domínio natural da Teoria Geral do Processo. Seria de todo recomendável, portanto, que a disciplina normativa do instituto fosse objeto de disposições legislativas específicas para cada ramo processual, com o que teríamos as regras da coisa julgada civil ao lado de outras apropriadas para as particularidades das demais divisões materiais do Direito.

A evolução ainda incipiente de alguns segmentos processuais, no entanto, acabou por consolidar a falsa impressão de que a política legislativa estabelecida para a coisa passada em julgado no nível compreenderia também as especificidades dos demais campos da experiência jurídica. A única concessão legislativa sob esse aspecto teria sido a revisão criminal, que derroga no processo penal a virtual subsidiariedade do modelo imposto pelo estatuto processual civil. Com a revisão, tida como autêntica ação cognitiva, a defesa pode pleitear em qualquer ocasião o reexame da coisa julgada (CPP, arts. 621 a 631, e CPPM, arts. 550 e 562).

Outra fonte de equívocos decorre do modo como é percebida a tradição do constitucionalismo nacional de pôr a coisa julgada a salvo da lei nova.⁷⁴ Não que a natureza processual do instituto desaconselhe essa proteção ou mesmo o trato pelo constituinte de aspectos pertinentes ao Direito Processual Constitucional. Mas o fato é que os diferentes constituintes cuidaram apenas da irretroatividade da lei, em disposição dirigida ao legislador ordinário. Contexto fático e histórico que torna ainda mais certo que a hierarquia da disciplina normativa da coisa julgada não pode ser contraposta às regras, princípios e valores inseridos no corpo da Constituição.

Diga-se, a propósito, que a referida cláusula de direito intertemporal contém a única menção à coisa julgada em todo o texto constitucional. A disciplina normativa do instituto continua inteiramente relegada ao âmbito infraconstitucional, com forte concentração na lei processual civil (CPC, arts. 485 a 495). Direito legislado esse que só faz realçar a essência relativa da *res iudicatae* e tem levado o Supremo Tribunal Federal a reafirmar periodicamente a preponderância incontestável do princípio da supremacia da Constituição. Confira:

⁷⁴ A atual garantia contra inovações legislativas está assim redigida: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada” (CR, art. 5.º, inc. XXXVI). A única alteração em face das Constituições de 1946 (art. 141, 3.º), 1967 (art. 150, § 3.º) e 1969 (art. 153, § 3.º) foi a substituição da conjunção aditiva “e” pela alternativa “ou”. A Constituição do Império (1824, art. 179, § 3.º) e a primeira do período republicano (1891, art. 11, § 3.º) limitaram-se a prescrever a irretroatividade da lei. A de 1934 (art. 113, inc. 3) inspirou o art. 141, § 3.º, do texto de 1946. E a outorgada de 1937 guardou completo silêncio, o que viria a caracterizar anomia quando o ditador, um pouco mais tarde, editou decreto-lei para revogar as disposições pertinentes do Código Civil.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.⁷⁵

Tem-se, aí, algumas das causas da má compreensão dos limites da intangibilidade da coisa julgada. Intangibilidade que decorreria do suposto caráter absoluto das imutabilidade e indiscutibilidade alcançadas pela decisão judicial, seja pelo esgotamento de todas as vias de inconformismo ou por haver expirado o último dos prazos preclusivos ordinários.⁷⁶

3.1.2 A relatividade evidenciada até pelo direito legislado

A coisa julgada, como tem sido reafirmado, está garantida na norma constitucional apenas contra a lei nova. No mais, sequer tem densidade de disposição

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5/MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Outro. Relator: Min. Celso de Melo. Maranhão, 2 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?>. Acesso em: 30 set. 2002.

⁷⁶ A alusão à intangibilidade ou intocabilidade da coisa julgada normalmente quer indicar que a decisão não está mais sujeita a recursos ordinários. A parte os teria interposto nos prazos legais ou já teria utilizado todos aqueles que eram admitidos pelo sistema recursal. A decisão revestida de intocabilidade assume então a condição de verdade imutável, de tal sorte que eventuais injustiças ou imperfeições formais não são mais “suscetíveis de revogação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. V, p. 172).

ou regra constitucional. O propósito buscado pelo constituinte com aquela cláusula de direito intertemporal foi tão-só o de evitar que inovações legais viessem a comprometer a certeza da sentença já não mais sujeita a impugnações.

É preciso reconhecer que nem todos pensam assim. Há aqueles que vêem a coisa julgada como dogma e não hesitam em afirmar sua prevalência quando do confronto com bens jurídicos de igual ou superior relevância. Não faz muito, mesmo quem dominasse os fundamentos das impugnações e das nulidades processuais, parecia inclinado a emprestar caráter absoluto à garantia da coisa julgada. As ressalvas então admitidas diziam respeito apenas a atos aparentes e raríssimas nulidades *ipso iure*. O consenso era o de que a quase totalidade dos vícios formais acabaria invariavelmente higienizada por ocasião da preclusão definitiva da decisão judicial,⁷⁷ de modo que a apreciação errada dos fatos ou a má aplicação do direito só poderia ser objeto de revisão em sede rescisória, pois a coisa julgada material servia para pôr fim às controvérsias, à insegurança, ao “pisar e repisar das questões”.⁷⁸

Apesar do longo reinado da tese da intangibilidade absoluta, que seria excepcionada somente pelo elenco *numerus clausus* da rescisória, a verdade é que a intocabilidade da coisa julgada não encontrava amparo nem mesmo no direito legislado de hierarquia infraconstitucional. Os juízos rescindendo e rescisório, passíveis de serem alcançados com a ação rescisória, têm sido realmente os mais

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. v. 2. p. 435.

recorrentes na prática judiciária.⁷⁹ Essas possibilidades de rescindibilidade e eventual rejuízo, contudo, existem também em outros meios autônomos de impugnação da coisa julgada. Tomem-se, a título exemplificativo, as hipóteses de revisão criminal (CPP, art. 621), anulação de homologatória, nulidade *ipso iure* da relação processual e inexigibilidade do título desconforme com a Constituição (CPC, arts. 486 e 741, inc. I e parágrafo único).

3.1.3 A relatividade reafirmada pelas sentenças que não transitam materialmente em julgado

Algumas das diferentes espécies de decisões judiciais parecem oferecer iguais dificuldades no que diz respeito ao trânsito em julgado. Uma delas seria a sentença determinativa, assim entendida aquela que compõe conflito surgido em relação material continuada. Discute-se se ela realmente faria coisa julgada material,

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5. p. 118.

⁷⁹ Note-se que os juízos rescindendo e rescisório são de há muito os mais recorrentes na prática judiciária da coisa julgada viciada por erro de julgamento ou de procedimento. Pelo primeiro (*iudicium rescindens*), que se faz presente em toda propositura de rescisória, o sucumbente pleiteia a possibilidade de anulação ou desconstituição do título judicial que tenha transitado em julgado com ao menos um dos defeitos expressamente previstos na norma legal (CPC, art. 485). Com o segundo, dito *rescissorium*, o autor pode obter um novo pronunciamento sobre o conflito originário sempre que a acumulação de juízos for admitida ou decorrer necessariamente da desconstituição do título.

⁸⁰ conquanto não haja dúvida quanto a ser suscetível de revisão porque obedece “ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus*” .⁸¹

A decisão terminativa seria outro exemplo, em que pese sequer tenha a natureza jurídica de coisa julgada.⁸² Costuma-se dizer que ela faz ‘coisa julgada formal’ porque resulta de preclusão ou então da perda da faculdade de praticar ato processual. Mas, diversamente do que ocorre com a decisão definitiva ou de mérito, a parte dispositiva da decisão terminativa não conta com a imutabilidade e indiscutibilidade que conferiria à coisa julgada material a *auctoritas rei iudicatae* e a proteção constitucional contra a lei nova.

Mais adiante, nas passagens reservadas às hipóteses doutrinárias e jurisprudenciais de coisa julgada inválida (Capítulos IV e V), será visto que há

⁸⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas relativas ao direito brasileiro (e tradução dos textos posteriores à edição de 1945) de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 34.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 34.

⁸² Em realidade, a coisa julgada formal e a material têm a mesma essência e diferem tão-somente no tocante à imutabilidade do comando (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 61). A coisa julgada formal pode ser melhor compreendida a partir do caráter inimpugnável que a decisão judicial assume dentro da relação processual na qual foi prolatada (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 915, n. 2). Ela sempre está presente onde há coisa julgada material, muito embora o mesmo não possa ser dito da ordem inversa. Curiosamente, há ao menos um grande processualista que prefere sustentar o contrário, *i. e.*, que a coisa julgada material alcançada com a imperatividade da sentença pode resultar em coisa

circunstâncias fáticas nada desprezíveis que podem tornar a decisão judicial absurda, aparente ou inconstitucional. O interesse maior da incursão casuística será o de reforçar a certeza de que a comunidade jurídica deve conviver com a idéia de que muitas invalidades precisam ser reconhecidas “*aun después de la preclusión de los medios de impugnación*”.⁸³

Entender melhor as leis da razão e da lógica que impõem o abrandamento da suposta intangibilidade da coisa julgada contribuiria em muito para aperfeiçoar o instituto e evitar exageros como a assertiva ajurídica de que a *res iudicata facit albo nigrum*. Também em nada diminuiria a importância da coisa julgada para a estabilidade das relações jurídicas ou para as exigências de ordem pública de que os litígios não devem ser eternizados e a procura da justiça precisa ter um limite.

3.2 A FORMAÇÃO DOGMÁTICA DA COISA JULGADA.

3.2.1 A gênese e consolidação do instituto da *res iudicatae* na Roma Antiga

Os períodos arcaico e clássico compreendem a primeira fase do processo civil romano. O sistema processual então vigente era o dos *iudicia privata*, modernamente rebatizado para *ordo iudiciorum privatorum*. A prestação jurisdicional

julgada formal se houver preclusão da recorribilidade (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I, p. 192, n. 81).

⁸³ CALAMANDREI, Piero. *Vicios de la Sentencia y Medios de Gravamen: estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 463.

ainda não era inteiramente estatal, pois o magistrado (*praetor*) limitava-se a dizer o direito (*ius dicere*) e a ordenar ao árbitro nomeado ou de livre escolha das partes (*iudex privatus*) que apreciasse as provas e externasse sua convicção ou opinião (*rectius: sententia*).

Nessa primeira fase, o sistema dos *iudicia privata* conheceu dois processos: o das *legis actiones* e o do *agere per formulas*. Ao tempo das *legis actiones*, as partes estavam obrigadas a praticar atos formais e orais que haviam sido prescritos na Lei das XII Tábuas. O processo de então abarcava todos os direitos protegidos pelo *ius civile* e estava reservado exclusivamente aos cidadãos romanos no território compreendido num raio de até uma milha em torno da cidade de Roma.

Com a recepção do *ius gentium* pelo *ius civile*, as autoridades estatais sentiram a necessidade de criar um processo voltado à composição dos litígios entre cidadãos romanos e peregrinos ou os que envolvessem apenas peregrinos. Esse novo processo, que ficou conhecido como *agere per formulas*, coexistiu durante algum tempo com o das *legis actiones* e acabou por preponderar ao ser estendido às resoluções dos conflitos protagonizados só por cidadãos romanos. Por ele, as solenidades orais do primeiro processo foram abandonadas e o juiz e os termos da controvérsia passaram a ser fixados num documento escrito (*formulas*).

Tanto o processo das *legis actiones* como o do *agere per formulas* sujeitavam-se a duas fases distintas: na primeira, *in iure*, o *praetor* ouvia as alegações das partes e concedia ou denegava a *actio*; na segunda, *apud iudicem*, que pressupunha a concessão da *actio* pelo magistrado, o *iudex privatus* dava a conhecer sua convicção ou opinião (*i. e.*, prolatava a *sententia*).

Embora não se tenha referência confiável para afirmar a presença da *res iudicatae* no processo das *legis actiones*, parece razoável afirmar que a sentença era, em princípio, irrecorrível. Isto porque o caráter eminentemente privado do sistema processual do *ius civile* estava assentado nas premissas de que a *litis contestatio*⁸⁴ e a *sententia* deveriam produzir os efeitos de excluir a possibilidade de o demandante repetir a *actio* e de emprestar à composição arbitral o valor de caso julgado. Tanto que, pouco depois, a sentença passou a ter no processo do *agere per formulas* a ‘autoridade ou santidade de caso julgado’ que facultava ao interessado opor a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

O fato de o *iudex* ter emitido sua opinião a mando do *praetor* também contribuía para impedir a rediscussão em outro processo. Tão pouco podia haver recurso da decisão do juiz privado a órgão judicial de superior instância. Com o que, “nem o tribuno da plebe nem o próprio pretor que emitiu o mandado de julgar nem o *iudex* que prolatou a sentença podia debilitar o valor da *res iudicatae*”.⁸⁵ As exceções a essas regras ficavam praticamente por conta da *nulla sententia* e da intervenção de magistrado com direito a veto (*ius intercessionis*) ou poder para apreciar a *restitutio in integrum* (*vide supra*, Cap. II, n° 2.1.4).

⁸⁴ A *litis contestatio* vinha a ser o ato pelo qual as partes acordavam, de modo expresso, que iriam se submeter à composição do conflito e externavam o assentimento para com os exatos termos da redação da fórmula ou *iudicium*.

⁸⁵ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 376-377.

Esse quadro só seria alterado no início da era imperial, mais especificamente quando a administração da justiça passou a ser uma função estatal cada vez mais básica. O sistema processual dos *ordo iudiciorum privatorum* entrou em rápido declínio com o aparecimento da *cognitio extra ordinem*, na qual a apreciação das provas e a prolação da sentença ficavam a cargo unicamente do *praetor* investido de potestade. A *cognitio*, com isso, logo restaria consolidada como único sistema processual.

Por essa época, a sentença definitiva prolatada pelo *praetor* já admitia a interposição do recurso de apelação para o magistrado imediatamente acima, numa hierarquia que ia até o imperador. Se a *appellatio* deixasse de ser interposta ou não fosse provida, a sentença era tida como firme e apta a produzir todos os seus efeitos.

O principal desses efeitos era ditado por razões de ordem pública e consistia na conversão do objeto do litígio em *res iudicatae*, de modo a afastar a possibilidade de a questão ser rediscutida na esfera judiciária. Um pouco antes, na parte final do regime republicano, a *iurisprudenzia* firmada era no sentido de que a sentença produzia também o efeito material de impor-se como verdade às partes. Estas podiam assim invocar a todo o tempo a autoridade da coisa julgada e, em contrapartida, sujeitam-se às conseqüências dessa mesma ‘autoridade ou santidade do caso passado em julgado’.⁸⁶

⁸⁶ A fundamentação entre os antigos germanos era bem mais divina. Eles não chegaram a conceber o fenômeno da impugnação recursal porque o processo do seu direito mais primitivo era “*una expresión de la divinidad y de ésta deriva su carácter de infalible. El juicio se desarrollaba en la Asamblea del*

No começo do século III, Ulpiano defendia que a coisa julgada deveria ser tida como verdade jurídica (*verbis*: “*res iudicatae pro veritate habetur*”). O instituto era visto, então, como o fenômeno produzido pela decisão judicial que punha fim ao litígio com a absolvição ou condenação do demandado. *Rectius*: “*res iudicatae dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnationem, vel absolutionem contingit* [Modestino, in ‘Digesto’, 42, I, 1]”.⁸⁷

Mais tarde, já na Idade Média, a máxima do jurisconsulto romano voltou a ser evocada em círculos jurídicos europeus para sustentar a tese de que a autoridade da coisa julgada estaria na ‘presunção da verdade’ encerrada pela sentença. Esta passaria em julgado mesmo se prolatada com equívoco na apreciação dos fatos ou manifesto *error in iudicando*.

O prestígio dessa fundamentação teórica iria perdurar até os primórdios da Idade Moderna, como provam o Código Civil francês de 1808 e os que lhe seguiram em diferentes ordens jurídicas de filiação romano-germânica.⁸⁸ A maioria dos juristas ‘torcia e treslia os escritos romanos’ e continuava por todo esse período a atribuir “à

Pueblo y el presidente de ella (‘Richter’) proclamaba la decisión, que era inmutable” (VESCOVI, Enrique. Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 17).

⁸⁷ REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 52.

⁸⁸ No Brasil, a mesma influência fez-se notar na seguinte disposição de norma editada ao tempo do Império: “São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada” (art. 185 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850).

palavra do juiz um caráter de verdade presumida”. Tanto era assim que o conceito de presunção da verdade “constituía o ponto de partida para as divagações transcendentais com que certa doutrina inferia do conceito do ‘ofício do juiz’ a justificação da coisa julgada”.⁸⁹

3.2.2 As principais contribuições teóricas para a fundamentação do atributo da autoridade do caso julgado

De uns tempos para cá as opiniões se multiplicaram. Há quem afirme que a ordem jurídica estatal deixaria de existir se fosse possível contestar permanentemente as decisões proferidas pelos juízes. Esta seria uma evidência que dispensa maiores considerações por decorrer da experiência jurídica e da realidade histórica.⁹⁰

A recorribilidade seria, portanto, um instrumento de política legislativa que não pode conviver com a procura indefinida de justiça. Procura que deve ser limitada pela exigência de ordem pública da estabilidade dos direitos, a qual deixaria de existir se não houvesse um marco final para que a decisão definitiva viesse a se tornar intangível. Para os que pensam assim, a falta de um limite para a faculdade de argüir a

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942. v. I, p. 513.

⁹⁰ CENEVIVA, Walter. Limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, p. 49-78, jan./mar. 1981. p. 50.

injustiça do julgado impediria que se chegasse “à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida”.⁹¹

Outros doutrinadores sustentam que a coisa julgada não afirma a verdade dos fatos, mas sim a vontade do Estado. A decisão judicial emanada de um dos seus poderes traduziria a especialização da lei a casos concretos, à qual ele empresta a autoridade de caso julgado e assegura a produção de efeitos como os da imutabilidade e obrigatoriedade. Sua existência poderia então ser justificada como sendo desejável e necessária à segurança da vida social.

As linhas gerais dessa justificativa da autoridade da coisa julgada foram consolidadas pelo seu precursor na seguinte síntese:

O raciocínio sobre os fatos é obra da inteligência do juiz, necessária como meio de preparar a formulação da vontade da lei. Por vezes, o juiz não pode sequer raciocinar sobre os fatos. O juiz, porém, não é somente um lógico, é um magistrado. Attingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. O juiz, portanto, “enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se

⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 5. ed. São Paulo:

consegue a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado.⁹²

Em lugar de admitir que a vontade da lei é afirmada no caso concreto pelo juiz, Francesco Carnelutti preferia dizer que o dispositivo da sentença pressupõe o conteúdo da lei. O juiz limita-se então a julgar e o legislador assume o julgamento como se ele próprio o tivesse proferido. A circunstância de atribuir-se ao juízo do magistrado a força de ordem estatal seria, assim, a melhor explicação para a ‘autoridade’ conferida em linguagem corrente à eficácia da coisa julgada.⁹³

O jurista que mais influenciou o pensamento contemporâneo de filiação romano-germânica parece concordar finalisticamente com as visões carneluttiana e chiovendiana. Para ele, “o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral, que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir”.⁹⁴

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. v. 1. p. 514-515.

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 186.

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 295-297.

3.2.3 A intangibilidade como decorrência da certeza do direito afirmado pelos órgãos judiciários e da segurança jurídica devida pelo Estado

Os grandes *topoi* da coisa julgada têm sido as exigências de certeza do direito pronunciado pela autoridade judicial e de segurança quanto à tutela devida pela ordem jurídica estatal. Esses lugares comuns parecem facilitar a administração da justiça e tendem a melhorar a harmonia entre os jurisdicionados. Não houvesse um instituto jurídico para evitar mais de um juízo sobre a mesma relação material e pôr fim em determinado momento às relações processuais, o direito objetivo provavelmente acabaria por experimentar completo descrédito perante os seus destinatários.

A aludida certeza do direito afirmado nas decisões judiciais definitivas não deve ser confundida com a estabilidade da jurisprudência. É razoável que se confira ao jurisdicionado um mínimo de estabilidade no tocante ao conjunto de julgados proferidos pelos tribunais e mesmo a expectativa de que deva prevalecer a jurisprudência iterativa. A certeza ou direito quanto à manutenção da jurisprudência, porém, contrariaria o dogma maior de que o juiz deve observar a lei e decidir de acordo com a própria convicção. Os órgãos revisores podem, obviamente, modificar a sentença com fundamento em erro de julgamento ou de procedimento. No entanto, a decisão havida no primeiro grau de jurisdição será sempre o resultado da convicção e responsabilidade pessoal do juiz.

De modo distinto da certeza quanto ao direito, a segurança jurídica caracteriza-se por ter foros de princípio doutrinário evocado tanto pela magistratura quanto pelo legislador. A idéia é a de que o cidadão possa “confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e

relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”.⁹⁵ Confiança essa que o indivíduo só terá se a estrutura formal do sistema jurídico for garantida “com a aplicação da lei geral-abstrata por juízes independentes”,⁹⁶ de modo a facultar a todos “o exercício livre e responsável das atividades públicas e privadas”.⁹⁷

A crítica mais óbvia a esse binômio legitimador da intangibilidade da *res iudicatae* diz respeito à apreensão deturpada e extremada de sua importância. Não parece haver lógica ou razão superior em continuar a submeter todo o arcabouço axiológico do direito legislado, inclusive o constitucional, à prevalência irrestrita de um instituto de natureza instrumental. Mesmo o mais empedernido dos positivistas talvez devesse convir que soa duvidosa a preferência pela certeza e segurança quando em jogo direitos básicos ou noções elementares de justiça.

3.3 A PERCEPÇÃO FUNDADA NO IMAGINÁRIO COLETIVO DO JUSTO

3.3.1 A *res auctoritas iudicatae* seria uma ‘exigência de ordem social’ estranha à aporia de justiça?

Justiça, igualdade, liberdade e tantos outros termos carregados de

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 377.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale *et. al.* 4. ed. Brasília: Edunb, 1992. v. 1, p. 401.

⁹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29.

simbolismos parecem fadados à eterna investigação filosófica. São noções prestigiosas e próprias de infundáveis percepções conceituais que acabam invariavelmente em definições arbitrárias, confusas, pessoais.

Talvez resida aí a explicação para que o ideal de justiça permaneça à margem do debate em torno da legitimidade da coisa julgada. A autoridade dessa legitimidade sempre esteve fundada numa espécie de consenso reinante nos meios jurídicos quanto à *res iudicatae* ser uma exigência de ordem social ditada pela necessidade de o Estado proporcionar estabilidade aos direitos e segurança aos jurisdicionados. O senso comum parece reforçar essa crença ao admitir a existência de coisas indiscutidas e indiscutíveis, como a de que “a vida social exige que se reconheça a autoridade da coisa julgada”.⁹⁸

A manutenção de certas regras ‘fora de discussão’, no entanto, não afasta desconfortos como o causado pela coisa julgada substancialmente injusta. Tome-se a formulação razoavelmente aceita de que a justiça seria a correspondência da norma com os valores inspiradores de um dado ordenamento jurídico. A admissão, de há muito consolidada, de que o trânsito em julgado torna a decisão intangível pode perfeitamente ser encarada como o virtual reconhecimento institucional da iniquidade da própria ordem jurídica.

A superação dessa ordem de mal-estar lógico e racional parece passar por noções como a da ‘justiça dinâmica’. O dinamismo da justiça estaria na recusa das normas e regras existentes, que seriam invalidadas como injustas diante daqueles que

as revalidam como justas. Se aceitarmos que a justiça tem uma dinâmica própria, no sentido de que os matizes do ‘justo’ passam por constantes alterações nos espaços e tempos considerados, a busca da ‘melhor decisão’ para o conflito posto em juízo deveria necessariamente estar submetida a uma permanente atualização e questionamento dos elementos axiológicos, factuais e normativos envolvidos. Não que o mérito do caso concreto deva ser mantido indefinidamente em aberto, mas sim que a instrução e julgamento da lide reclamam a revisão, a qualquer tempo, de institutos preclusivos como o da coisa julgada.

A estabilidade jurídica não pode continuar a sobrepor-se a percepções básicas do justo, ainda que o ideal de justiça encerre toda sorte de dúvidas e incertezas próprias da justiça dinâmica. Até porque nada parece mais próximo da falibilidade humana do que as certezas de que:

A justiça de ontem é a injustiça de hoje; a justiça de hoje é a injustiça de amanhã. Justiça torna-se um camaleão ao inverso; ela sempre toma cores ‘outras’ que aquelas de seu ambiente. No momento em que o ambiente assimila sua cor, a própria justiça muda de cor. Perseguiamos a justiça sem abraçá-la. Corrigimos injustiças em particular, alcançamos justiças em particular, mas nunca conseguimos uma justiça total. Justiça é um fantasma de formas diferentes. Afinal, pode esse fantasma ser alcançado? É possível uma sociedade justa? ⁹⁹

Essas indagações admitem um sem número de respostas, que soam ao mesmo tempo excludentes e paradoxalmente aceitáveis. A questão de o fantasma

⁹⁸ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 64.

⁹⁹ HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Tradução Savannah Hartimann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 304.

poder ser alcançado estaria então muito mais para um desafio. “Precisamos aceitar ‘caçar o fantasma’ como parte de nossa condição humana, e viver com isso. Nós sempre fomos capazes de corrigir algumas injustiças. Novas injustiças, sem dúvida, ocorrerão e serão corrigidas em seu tempo. O progresso é fragmentado. A sociedade justa constitui, de fato, um fantasma porque nem é possível, nem desejável.”¹⁰⁰

A impossibilidade admitida na resposta à primeira questão pode não ser reafirmada, sem ser contrariada, quando se questiona a possibilidade de uma sociedade justa. “Todas as sociedades têm sido justas, pelo menos quanto a uma forma particular de dominação ter sido considerada legítima. A sociedade justa é possível, mas ‘justiça’ não é um indicador de desejo de uma sociedade”.¹⁰¹

O legislador e o mundo jurídico procuram evitar essa aporia da justiça e o máximo possível de ‘noções confusas’. Com isso, “a noção deixará de ser filosófica e admitirá uma análise científica, desprovida de paixão, mas dando mais satisfação ao lógico”.¹⁰²

Teria sido essa, aliás, a preocupação daquele que foi o principal mentor dos ordenamentos jurídicos positivados da segunda metade do século XX. Em sua teoria pautada por “princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico”,

¹⁰⁰ *Id., ibid.*, p. 305.

¹⁰¹ *Id., ibid.*, p. 304.

¹⁰² “Tentando estabelecer o acordo das mentes sobre o sentido conceitual de uma noção assim, seremos inevitavelmente levados a diminuir-lhe o papel afetivo: é apenas a esse preço que se conseguirá resolver

Hans Kelsen confessa ter contornado o quanto pôde esta dificuldade de ordem racional com o argumento de que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”. Para ele:

Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. E especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.¹⁰³

Em outro texto, o autor chegou a reconhecer expressamente que é difícil libertar o conceito de Direito da idéia de Justiça. A seu ver, ambos seriam “constantemente confundidos no pensamento político não científico, assim como na linguagem comum”. Confusão que decorreria da “tendência de dar aparência de justiça ao Direito positivo”.¹⁰⁴

o problema, se é que se conseguirá isso um dia” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 7).

¹⁰³ Hans Kelsen esboçou sua “Teoria Pura do Direito” num livro que fez publicar em 1911 (*Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*). As alterações mais profundas teriam sido introduzidas em suas *Theory of Law and State* (Cambridge, Mass, 1945) e “*Théorie Pure du Droit* (tradução francesa da Reine Rechtslehre elaborada pelo Prof. Henry Thévenaz, Neuchâtel, 1953)” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XVII e XVIII).

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 8, “c”.

A pergunta posta no início deste tópico diz respeito à possibilidade pouco provável de a coisa julgada ser um instituto estranho à aporia da justiça. O interesse está em saber se a justiça deve ser excluída do universo da coisa julgada por ser uma daquelas questões tidas como insolúveis, de extrema dificuldade lógica e sujeitas a opiniões contrárias e igualmente racionais. A resposta mais aceitável há de ser a que submete a coisa julgada incondicionalmente ao imaginário coletivo do justo, o que reclama a adoção de métodos próximos do pensamento problemático para minimizar as dificuldades lógicas anunciadas por idéias como a da justiça dinâmica.

Essa não seria uma das principais preocupações dos teóricos positivistas. Para eles, a identificação do ‘Direito’ com a ‘Justiça’ constitui clara tentativa política de justificar a ordem social. A distinção que fazem entre aquelas duas noções, contudo, não quer dizer necessariamente que a ordem jurídica positivada deva repudiar a exigência do justo. Significa apenas que, tendo a pretensão de ser uma ciência, o positivismo não pode e nem tem como responder, ‘cientificamente’, “se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça”.¹⁰⁵

3.3.2 A conformação dogmática da coisa julgada excluiria a abordagem zetética?

¹⁰⁵ “O que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens encontram nela a sua felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 9).

A coisa julgada costuma ser vista como uma espécie de conceito-chave que é posto fora de questionamento por ser elemento constitutivo ou estruturador do sistema jurídico. Todo sistema normativo há de conter ao menos um elemento arbitrário, assim entendido o valor afirmado pelos princípios fundamentais que adota sem necessidade de justificativas. Esta última arbitrariedade sempre foi tida como algo impossível de ser logicamente evitado. “A única pretensão que se pode, com todo o direito, alegar consistiria na eliminação de toda arbitrariedade que seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema”.¹⁰⁶

A exemplo de qualquer outro elemento arbitrário de um sistema jurídico, a coisa julgada deve ser compreendida como um ‘dever-ser’ com função diretiva explícita. Essa sua essência dogmática equivale a uma afirmação extrema de dúvidas e, como conceito-fixado que dispensa a necessidade de defesa ou de justificação, tem uma existência jurídica teoricamente inatacável.

O pensar dogmático seria algo peculiar ao jurista e resulta invariavelmente em argumentação afeta ao direito posto. A norma escrita, nessa acepção positivista, há de ser observada em todo o seu rigor literal, de modo a preservar o sistema jurídico mesmo na hipótese de má elaboração legislativa. Os que pensam assim, convencidos da necessidade de preservar o cientificismo que teria assegurado o progresso do Direito, sustentam que:

Nem ao jurista, nem ao juiz, nem ao próprio povo, é dado admitir que os legisladores empreguem termos errados. O que importa é o sistema jurídico. A terminologia errada há de ser recebida como se correspondesse ao conceito, e não ao nome. A ciência, que se introduziu no Direito e fez com que ele progredisse, não pode ser postergada, mesmo se legisladores ignorantes dizem nula, em vez de

¹⁰⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 67.

rescindível, ou rescindível em vez de resolúvel ou resilível, usucapião masculino (o que não é em nenhuma língua do mundo) em vez de a usucapião, expressão que foi sempre a que ouvi de professores, que vi em dicionários do tempo anterior a 1916, cujo Código Civil recebeu emenda reprovável, remissão, em vez de remição, e vice-versa. ¹⁰⁷

O pensamento jurídico, no entanto, está longe de conformar-se a essa ordem de preocupação restritiva. Nele sempre houve espaço para o exame dos fundamentos e justificativas de elementos arbitrários ou dogmáticos. A começar pela hermenêutica zetética, que preservou nos dois últimos milênios a postura científica e filosófica de duvidar das simples opiniões e das ‘verdades’ estabelecidas por *fictio iuris*.

Isso não quer dizer que o pensamento dogmático tenha deixado de ser o mais afeito ao direito legislado do sistema jurídico romano-germânico. Significa, isso sim, que as ‘certezas’ professadas pelo dogmatismo tendem a ter sua legitimidade cada vez mais posta à prova. Isto é, a legitimidade de pôr “fora de dúvida determinadas afirmações (dogmas)”, tornando-as “inatacáveis e eximindo-as da necessidade de fundamentação”. ¹⁰⁸

Valores que antes pretensamente repousavam na fé, natureza ou razão, hoje estão sob o fogo cerrado do criticismo dialético e da interpretação zetética. ¹⁰⁹ Com a

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 11, p. 114.

¹⁰⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Argumentação – II. In: ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 434.

¹⁰⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia (versión del original alemán Topik und Jurisprudenz)*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Tradução Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1963 (*Ensayistas* – 39).

coisa julgada ocorre o mesmo, pois ela inclui-se entre as elaborações dogmáticas que de há muito reclamam uma abordagem crítica. Em realidade, sempre houve:

{...} uma quantidade de modos de pensar que nos convidam ao equívoco; quando se diz, por exemplo, que o caso julgado, isto é, a sentença, e, com mais forte razão, a lei *facit de albo nigrum*, o provérbio deslumbra-nos com a imagem dum legislador ou de um juiz extrapotente, ou, antes onipotente, de modo que não nos resta outra missão além de conhecer o produto dessas potências; mas a verdade é que nós trabalhamos, ao contrário, para descobrir os limites de tal potência, e o resultado do nosso trabalho é a destruição destes mitos.¹¹⁰

3.4 COISA JULGADA INVÁLIDA E TENSÕES NORMATIVAS

3.4.1 Dificuldades práticas de concreção das normas constitucionais

As normas constitucionais, a exemplo das demais normas jurídicas, conformam-se basicamente em disposições (ou regras), princípios e valores. Essa diferenciação ajuda em muito a resolução de tensões normativas entre bens e interesses jurídicos constitucionalizados. Vão longe os tempos em que os princípios e valores eram tomados em conta apenas como instrumentos de supressão das lacunas deixadas pelas regras legais.

As disposições ou regras constitucionais, enquanto espécies do gênero norma jurídica, podem assumir várias compreensões. As mais convincentes seriam aquelas que lhes atribuem maior densidade no confronto com princípios e valores. Elas tendem a delimitar, com grande precisão, o seu campo de incidência e as

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal: litis, proceso – prueba – sentencia, cosa juzgada, recursos – estudios sobre el arbitraje*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1952. v. 2, p. 16.

consequências jurídicas que não de ser extraídas da subsunção.¹¹¹ Daí distinguirem-se pelo alto grau de vinculação, pouca abstração e virtual dispensa de juiz e legislador para a efetiva concreção.

Os princípios, no entanto, devem ser vistos como a espécie normativa que guarda maior importância para a Constituição, pois esta seria apenas um amontoado de normas se não contasse com a coerência, organicidade e sistematização asseguradas por aqueles. Essa relevância dos princípios pode ser melhor dimensionada pelo seu papel diretivo na interpretação das normas constitucionais, pela imposição incontestável dos seus valores a todo o ordenamento jurídico e por funcionarem às vezes como normas diretas de conduta.¹¹² Devido às diferentes funções que cumprem na ordem jurídica, os princípios têm sido especificados como: garantidores, por tornarem certas determinadas garantias individuais; constitucionalmente impositivos (ou programáticos), com os quais o constituinte impõe aos órgãos do Estado, em especial ao Poder Legislativo, a realização de fins e tarefas; juridicamente fundamentais, por terem sido recepcionados expressa ou implicitamente em virtude da grande aceitação alcançada ao longo da história do Direito; e politicamente

¹¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 86-88.

¹¹² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. p. 589-590.

conformadores, com os quais o constituinte assume suas opções políticas mais importantes.¹¹³

Os valores, como terceira espécie de normas constitucionais, ficariam melhor se fossem adjetivados de ‘superiores’ ou ‘últimos’. Todas as sociedades organizadas de nosso tempo consagram uma série de valores superiores, que vão do *due process of law* à paz social. Esta, em essência, seria possível de ser assegurada com o respeito à lei e aos direitos dos demais. Mas muitos dos valores consagrados em textos constitucionais integram o postulado do devido processo legal, que seria assim algo como o valor último a ser preservado. É o que ocorre, por exemplo, com a liberdade, igualdade, justiça, pluralismo e praticamente todos os direitos fundamentais protegidos pelo direito estatal.

Os valores superiores de qualquer ordem constitucional jamais podem ser confundidos com as denominadas cláusulas de estilo. Eles possuem considerável carga vinculante, na medida em que condicionam a elaboração das normas, a definição das políticas públicas, a interpretação finalística dos preceitos constitucionais e uma série de outras atividades estatais. Ou seja, o ‘dever ser’ axiológico dos valores vai muito além de simples expressão de bons propósitos.

As normas constitucionais admitem outras classificações didáticas igualmente úteis. Numa delas, as normas instituidoras de dever são tidas como ‘materiais’ ou ‘primárias’, ao passo que as consumidoras de pena seriam de ‘garantia’ ou ‘secundárias’. Numa outra, elas seriam: ‘preceptivas’, se capazes de produzir

¹¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

efeitos de imediato; ou ‘programáticas’, se dependerem da discricionariedade do legislador para, enquanto gênero, alcançarem vida efetiva.

Qualquer que seja a classificação adotada, os bens jurídicos objeto da norma constitucional assumem diferentes matizes e distinguem-se em prevalência quando precisam ser circunstancialmente considerados. O sentido filosófico de ‘bem jurídico’ para o direito positivado representaria, assim, uma parcela do elemento ‘coisa’, que vem a ser tudo que se encontra no mundo exterior e interior ao homem, enquanto que o ‘bem’ propriamente dito seria “a coisa que constitui ou pode constituir o objeto de um direito”.¹¹⁴ Diz-se ‘material’, quando o seu valor econômico é expresso por utilidade ou limitação; e ‘imaterial’, quando traduz valor moral.

Atento a essas compreensões doutrinárias e filosóficas, o Constituinte brasileiro de 1988 procurou ressaltar o peso maior que quis atribuir a alguns desses bens. Exemplos marcantes dessa vontade são dados pelos ‘fundamentos’ e ‘objetivos fundamentais’ da República Federativa do Brasil (CR, arts. 1.º e 3.º), conquanto deva ser desde logo admitido que a impossibilidade de esclarecimento dessas diferenças axiológicas acaba por tornar a norma inconvenientemente casuística.

As dificuldades práticas apresentadas por qualquer tensão entre os muitos bens jurídicos constitucionalizados assumem, com isso, contornos nada desprezíveis. Uma mostra do fenômeno estaria nas freqüentes colisões dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (CR, art. 5.º, Tít. II, Cap. I). A título de ilustração, admitir-se-

ia equiparar, em termos de proteção última, o direito à vida e o de propriedade (CR, art. 5.º, *caput* e inc. XXII)? Mais. A sentença penal transitada em julgado poderia ser cumprida se a pena fosse de tortura ou tratamento degradante (*id.*, *ibid.*, inc. XXXVI c/c III)?

Essas indagações parecem suficientes para evidenciar que a garantia assegurada pela ordem constitucional à coisa julgada tem a hierarquia normativa de simples disposição ou regra e limita-se à proteção contra a lei nova. Proteção essa que não tem o alcance de princípio garantidor, pois exclue apenas a possibilidade de a atividade do legislador ordinário resultar em prejuízo à decisão que passou definitivamente em julgado. Sequer parece ser capaz de suscitar tensão que leve à necessidade de sopesamento dos bens e interesses com assento constitucional. Quando muito, admitir-se-ia o ‘tudo ou nada’ dworkiniano: garantia absoluta contra inovações legislativas; e invalidade *ex tunc* da coisa julgada nascida com o maior dos vícios, qual seja o da inconstitucionalidade.

3.4.2 O falso problema das tensões constitucionais provocadas pela coisa julgada

De uns tempos a esta parte, os círculos jurídicos brasileiros têm aprendido a conviver com a possibilidade de o conflito surgido com a incidência de mais de uma norma constitucional vir a ser obviado mediante a ponderação dos bens e interesses em jogo. O paulatino abandono da hermenêutica clássica, que resultava na equiparação do texto constitucional à lei ordinária, tende a privilegiar uma das várias vertentes da

¹¹⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Bem jurídico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 10, p. 443.

tópica enquanto método orientado à resolução de tensões normativas.¹¹⁵ A recuperação adaptada do pensamento tópico, ou por problemas, deu-se pela ainda emergente teoria da argumentação jurídica e parece ter sido a nota distintiva da emancipação da hermenêutica constitucional.

Pela técnica da ponderação proporcional, ao contrário do que ocorre na lógica-formal, a situação jurídica de cada parte da relação processual assume um papel distinto daquele observado no tradicional método de subsunção do fato à norma.¹¹⁶ Os interesses individualizados são tomados como referenciais para a atribuição de pesos aos preceitos em tensão. Em seguida, diante da ausência de critério constitucional para a solução de casos concretos, pondera-se lógica e proporcionalmente para afirmar em que medida devem prevalecer as normas colidentes. O resultado haverá de traduzir uma das possíveis respostas razoáveis e sua legitimidade será aferida pelo grau de convencimento alcançado pelo discurso dialético do julgado.¹¹⁷

Dir-se-ia então que a fórmula do sopesamento guarda estreita relação com a lógica do razoável, não com a lógica formal. A lógica do razoável, no dizer de renomado jurista mexicano, seria “uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas, que ademais carrega

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Rio de Janeiro, nº 8, 2000. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_08/cont_constitucionalidade.htm. Acesso em: 10 jan. 2003.

¹¹⁶ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 214.

¹¹⁷ Há pelo menos um autor que acredita na possibilidade de um “controle objetivo” da ponderação proporcional (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 146).

consigo o aprendizado dos ensinamentos recebidos da experiência”.¹¹⁸ Por ela, a ponderação de bens faz-se com a aplicação de uma espécie de teste de proporcionalidade ou razoabilidade. Teste esse que, segundo a doutrina germânica, deve levar em conta a proporcionalidade-adequação das normas de regência, de modo a “alcançar a compatibilidade, o equilíbrio e a coordenação adequada de vários e mesmo de princípios normativos contraditórios”.¹¹⁹

O sopesamento de bens e interesses contidos em normas jurídicas pressupõe, assim, o concurso do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. A idéia da aplicação proporcional de preceitos normativos colidentes teria surgido no direito administrativo da época áurea do jusnaturalismo, com o propósito de estabelecer limitações ao poder de polícia. Mais tarde, terminada a II Grande Guerra, os publicistas germânicos passaram a aproveitar a fórmula para realçar o peso dos direitos fundamentais e desenvolveram uma elaboração doutrinária que caracteriza o princípio da proporcionalidade como o resultado da conjugação da ‘adequação’ dos atos cogentes aos seus fins, ‘necessidade’ dos mesmos e ‘proporcionalidade estrita’ quando consideradas suas vantagens e desvantagens.¹²⁰ Pouco depois, com o *nomen iuris* de ‘razoabilidade’ (*reasonableness*), o princípio foi vinculado pelos estadunidenses ao

¹¹⁸ SICHES, Luís Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959. p. 642.

¹¹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernerst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Prólogo de Francisco J. Bastida. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 124-125.

devido processo legal para fins de controlar materialmente a constitucionalidade das leis.¹²¹

A assimilação do princípio no constitucionalismo brasileiro deu-se de maneira bastante dissimulada. Mas a falta de previsão no texto constitucional não afasta a certeza de que ele está presente nas cláusulas do *due process of law* e do Estado Democrático e de Direito (CR, arts. 1º, *caput*, 5º, inc. LIV, *et passim*). Tanto que o Supremo Tribunal Federal parece inclinado a seguir a jurisprudência norte-americana que situou o princípio da razoabilidade na esfera de influência do devido processo legal. Por ocasião do julgamento da inconstitucionalidade de lei que restringia a indicação de candidatos majoritários aos partidos que haviam obtido determinado percentual de votos na eleição para a Câmara dos Deputados de 1990, o Min. Moreira Alves sustentou em seu voto que a norma feria “o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei”.¹²²

¹²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989. p. 75.

¹²¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade: e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 211-212.

¹²² 1º) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958-3/RJ. Requerente: Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 11 de maio de 1994. fl. 120; 2º) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966-4/DF. Requerente: Partido Social Cristão - PSC. Requeridos: Presidente da

Há quem diga que o sopesamento como critério para afastar tensões normativas deve ser limitado aos princípios, pois estes são menos densos do que as disposições e mais concretos do que os valores.¹²³ Outro argumento recorrente seria o de que os princípios constitucionais estão à margem da exigência doutrinária de que a ordem jurídica não pode tolerar antinomias e, conseqüentemente, ensejam diferentes soluções para os casos concretos, sem que a coerência do ordenamento seja comprometida.¹²⁴ A aceitação sem maiores ressalvas dessas opiniões enseja a atribuição de pesos aos princípios incidentes num caso concreto e a ponderação de qual deva prevalecer na solução do problema. Sem descartar, obviamente, a eventual conveniência ou necessidade do aproveitamento parcial de alguns ou mesmo de todos os princípios postos em confronto.

Situação diversa ocorre quando há choque entre disposições ou regras. A solução, aqui, obedece a critérios bem definidos, como os da anterioridade, especialidade, especificidade, hierarquia etc. O emprego da técnica do sopesamento para compor a concorrência entre disposições constitucionais, ou destas com princípios, só parece encontrar justificativa quando as regras colidentes expressam o conteúdo material de outros princípios ou de valores superiores. A prevalência, em

República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 11 de maio de 1994. fl. 167.

Disponíveis em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>. Acessos em: 24 nov. 2002.

¹²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 86-88.

cada caso, dependerá sempre da pesificação proporcional a ser estabelecida entre as normas em conflito.¹²⁵

A esta altura, convém ressaltar que a técnica da ponderação encontra maior utilidade nas ordens jurídicas que contam com textos constitucionais predominantemente principiológicos e valorativos. Uma boa referência do que acaba de ser dito são os Estados Unidos da América, onde a magistratura pode valer-se da fórmula para o acerto de grande número de conflitos normativos e fixar continuamente o sentido contemporâneo dos preceitos sintéticos de sua Constituição. A vantagem maior desse largo uso da técnica talvez esteja em evidenciar a percepção de que a coisa julgada obedece tão-só a razões de ordem judicial ou processual, o que permite minorar o dogmatismo da exigência de segurança jurídica quando se cuida de evitar a consagração de injustiças flagrantes.

Lá, não raro, as razões de ordem judicial que informam a coisa julgada acabam por ceder diante de outras razões de ordem pública apresentadas pela situação jurídica.¹²⁶ Mas esse pragmatismo dos estadunidenses não significa um entendimento muito diferenciado em torno da preclusão processual máxima. Para eles, a autoridade

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 85.

¹²⁵ Sem descurar, obviamente, das complexas imbricações das normas constitucionais com as de inferior hierarquia, “até porque seria inverter a ordem lógica da supremacia da norma fundamentante sobre a norma fundamentada” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15).

da coisa julgada tem dois significados tradicionais: o primeiro diz respeito à *res iudicata* material, que afasta a renovação da lide entre as mesmas partes sobre a mesma *cause of action*; o segundo refere-se ao instituto do *collateral stoppel*, algo próximo da nossa ‘questão incidente’, que pode ser entendido como a autoridade da coisa julgada conferida aos pontos de direito que foram decididos numa relação processual e não podem ser reapreciados em outra.¹²⁷

Nas ordens constitucionais analíticas, a ponderação pela proporcionalidade da coisa julgada tem seu espaço reduzido¹²⁸ e, quando cabível, reclama maior persuasão na fundamentação ou motivação dos julgados. O caso de dificuldades extremas para o reconhecimento da invalidade da coisa julgada seria o de Portugal, onde a Constituição dispõe que os casos julgados ficam ressalvados da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, “salvo decisão em contrário do Tribunal

¹²⁶ KANE, Mary Kay. *Civil Procedure*. Saint Paul (Min.): West Publishing, 1993. p. 225 [§§ 6-10].

¹²⁷ Essa seria a tônica de toda ordem jurídica da família do *common law*. Atente-se: “*Le droit anglo-saxon distingue ainsi deux manifestations de l’autorité de la chose jugée, d’une part, la chose principale qui est une construction juridique destinée à éviter le renouvellement des procès et qui n’est autre que l’effet négatif, et, d’autre part, la chose jugée sur un point du litige qui fixe de façon immuable ce point afin que les mêmes parties puissent dans des procès successifs et différents en tirer toutes les conséquences juridiques*” (TOMASIN, Daniel. *Essai sur l’autorité de la chose jugée en matière civile*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975. p. 190-191).

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 218.

Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”.¹²⁹

No Brasil, o quadro de restrições ao uso da técnica da ponderação de bens ou interesses ocorre por outro motivo, qual seja o do tratamento normativo de hierarquia híbrida da coisa julgada que praticamente exclui a necessidade do sopesamento. Em tese, só a proteção da lei nova (CR, art. 5º, inc. XXXVI) seria idônea para a caracterização de conflito com os demais bens e interesses protegidos pela Constituição. Tudo o mais, como é o caso da proibição de reexame de controvérsia já apreciada e transitada materialmente em julgado, tem disciplina infraconstitucional (p. e., CPC, arts. 467 a 477) e cede diante da prevalência do princípio da supremacia constitucional.

O ato judicial viciado por inconstitucionalidade, portanto, pode ser impugnado a todo o tempo e em qualquer dos graus de jurisdição pelo simples fato de que a decisão assim passada em julgado não alcança efetividade e muito menos sanção por intermédio do instituto da preclusão máxima. Aliás, a inexigibilidade do título deve ser reconhecida de ofício, pois a validade de qualquer ato praticado pelo poder público depende “sempre da sua conformidade com a Constituição”.¹³⁰

Se os efeitos substanciais do dispositivo da decisão inconstitucional jamais são juridicamente exigíveis, a hipótese de conflito entre a coisa julgada e qualquer das atuais normas constitucionais brasileiras constitui então um falso problema. A

¹²⁹ Constituição da República Portuguesa, art. 282, n. 3 (Disponível em:

<http://www.mj.gov.pt/index.php/article=376&visual=1&id=167>. Acesso em : 18 out. 2002).

pertinência da ponderação proporcional estaria relegada quando muito aos embates suscitados pela lei nova, que podem ser compostos até mesmo com a eventual incidência de efeitos *ex nunc* e com o espírito das exceções comportadas pela declaração de inconstitucionalidade concentrada (Lei nº 9.868/99, art. 27) e “argüição de descumprimento de preceito fundamental” (Lei nº 9.882/99, art. 11). As demais situações jurídicas exigem que o instituto processual seja preterido em favor daquilo que tiver assento na Constituição.

¹³⁰ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: LEX, 1993. p. 61.

II PARTE – COISA JULGADA INVÁLIDA E PRÁTICA JURÍDICA

CAPÍTULO IV – AS POSSIBILIDADES AVENTADAS PELA DOUTRINA DE DECISÕES QUE SERIAM INIDÔNEAS PARA PASSAR EM JULGADO

Sumário – 4.1 Pressupostos desta abordagem *numerus apertus* – 4.1.1 Adendo quanto às possibilidades infundáveis de coisa julgada inválida que são inconciliáveis com a idéia de ato normativo – 4.1.2 A compreensão terminológica das três espécies de invalidez perpétua – 4.2 Coisa julgada aparente ou inexistente – 4.2.1 Quando não há relação processual - 4.2.2 Aquilo que não pode ser tido como sentença – 4.2.3 ‘*Falsus procurator*’ – 4.3 Coisa julgada inconstitucional – 4.3.1 Abrangência e direito legislado – 4.3.2 Algumas das possibilidades de coisa julgada inconstitucional – 4.4 Coisa julgada absolutamente nula – 4.4.1 ‘Segunda sentença no mesmo processo’ e ‘segunda sentença noutra processo’ – 4.4.2 Relação processual *post mortem*.

4.1 PRESSUPOSTOS DESTA ABORDAGEM *NUMERUS APERTUS*

4.1.1 Adendo quanto às possibilidades infundáveis de coisa julgada inválida que são inconciliáveis com a idéia de ato normativo

É de todo impensável pretender esgotar as possibilidades daquilo que, em tese, deve ser tido como pseudo-sentença. A própria experiência jurídica tem sido pródiga em expor um sem número de situações que nunca poderão ser previamente contempladas pelo legislador em enumeração exaustiva. São situações onde a última das decisões judiciais padece da falta de algum aspecto lógico ou racional para alcançar a autoridade da coisa julgada.

As hipóteses aqui referidas resultam de pesquisa aleatória e representam amostra tímida da literatura específica, mas cumprem bem o papel de lançar luzes sobre uma área pouco explorada de nosso Direito. Área onde a exacerbação do ideal da segurança jurídica põe constantemente em xeque uma série de valores tidos pelo constituinte originário como de igual ou superior relevância para a ordem jurídica.

O conhecimento dos resultados dessa acanhada coleta doutrinária parece autorizar a assertiva de que o absolutismo da coisa julgada equivale à negativa das “leis da lógica e da razão”. Expressão esta cunhada no seguinte contexto:

La verdad es que ninguna legislación, ni siquiera las cominadas por

*el principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la aceleración del término de las litis y en alcanzar con la mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica, y en obediencia a éstas, debe la ciencia admitir, aunque sea en la medida más restringida, que aun después de la preclusión de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad insanable.*¹³¹

A coisa julgada inválida atenta contra as compreensões básicas do que é o Direito e a Justiça. O fato de, na prática, sua incidência ser numericamente inexpressiva não afasta a preocupação com as incontáveis possibilidades de sua ocorrência. Constatada, ela deve perder a condição de ato normativo porque o que é aparente, inconstitucional ou nulo *ipso iure* não pode ser juridicamente admitido como apto à produção de efeitos.

A retirada de um tal ato da esfera jurídica, no entanto, reclama a introdução no direito legislado brasileiro de instrumento específico para a impugnação perpétua da invalidade. O meio processual mais indicado para tanto seria a *querela nullitatis insanabilis*, que surgiu no direito medieval para canalizar o questionamento de vícios processuais graves e que se presta como luva para corrigir inconstitucionalidades e iniquidades extraordinariamente manifestas.

4.1.2 A compreensão terminológica das três espécies de invalidade perpétua

A coisa julgada será tida aqui como inválida quando sua existência for (a) ‘aparente’, (b) ‘inconstitucional’ ou (c) ‘nula de pleno direito’.

A aparente, ou inexistente, pode ser descrita como aquela que nasce da crença de que teria efetivamente havido uma relação jurídica processual. Imaginemos, por ora, a hipótese de documento fraudado com todos os requisitos extrínsecos de

¹³¹ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*; vicios de la sentencia y medios de gravamen. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 463.

acórdão ou sentença.

A inconstitucional vem a ser a coisa julgada que resulta de ato processual contrário à Constituição. A única exigência seria que este ato guardasse relevância na relação processual,¹³² como ocorre com a decisão cerceadora da defesa ou violadora de direitos e garantias. No dizer de um jurista português:

Os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício das suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais.¹³³

A inconstitucionalidade da coisa julgada não está apenas na afronta direta ou literal a preceito da Constituição. Ela ocorre também quando a decisão judicial é fundamentada em norma inconstitucional, “tenha sido ou não objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória e geral”, e ainda quando deixa de “aplicar norma constitucional por entendê-la, equivocadamente, inconstitucional”.¹³⁴

Já a nula de pleno direito, última das três espécies de coisa julgada inválida, precisa ser melhor compreendida. A regra, no direito infraconstitucional, é a de que mesmo os vícios mais graves podem ser sanados pelo fenômeno da preclusão, o que é observado tanto no direito processual, onde a nulidade depende de reconhecimento judicial, como no direito privado, onde ainda hoje prevalece o brocardo latino de que

¹³² Seria relevante o ato processual que tenha contribuído para a “constituição, conservação, desenvolvimento, modificação ou extinção” da relação processual (COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *Lições de Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p.137).

¹³³ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 64.

¹³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 147, n. 61.

*quod nullum est, nullum producit effectum.*¹³⁵

As raras exceções à cura operada pelo passar do tempo ficariam reservadas apenas às derrogações expressas do direito legislado. Ressalvas legais essas que afastam para todo o sempre a exigibilidade dos efeitos previstos em coisa julgada constituída a partir de nulidade *pleno iure*.

É de bom tom reconhecer, no entanto, que esses tipos de invalidade da coisa julgada nem sempre permitem classificar de modo convincente a diversidade de hipóteses imaginadas.¹³⁶ Dois dos motivos dificultadores seriam (1) a possibilidade de a hipótese enquadrar-se em mais de uma das três espécies de invalidade e (2) a eventual discordância com as opções conceituais e teóricas aqui adotadas.

Outra advertência refere-se à atribuição de créditos: nem sempre a menção a determinado autor corresponde à efetiva primazia na formulação da hipótese em sede doutrinária.

4.2 COISA JULGADA APARENTE OU INEXISTENTE

4.2.1 Quando não há relação processual

¹³⁵ O aforismo de que ‘o que é nulo não produz nenhum efeito’ surgiu entre os antigos romanos para expressar a crença então generalizada de que o ato nulo não existia do ponto de vista legal e nem tinha existência jurídica.

¹³⁶ Há quem veja a invalidade configurada pela afronta à norma constitucional de natureza processual como algo inexistente ou então nulo de pleno direito. Confira: “Sendo a norma constitucional processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação de parte interessada” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 25).

A existência da relação processual pressupõe que uma demanda seja endereçada a um órgão jurisdicional. Se ela é endereçada a órgão destituído de poder jurisdicional ou a quem não é juiz, “a relação não existe; não há nenhuma obrigação de se prover sequer para declarar que não se pode prover; não seria, portanto, concebível nem uma queixa, nem uma ação por denegação de justiça”.¹³⁷

O mesmo ocorre quando a outra parte deixa de ser regularmente citada. A relação é estabelecida apenas entre o autor e o juiz, pois este terá a obrigação institucional de responder ao jurisdicionado para dar provimento, ou não, ao que couber. A falta de angularização, no entanto, impede o estabelecimento do vínculo processual com o réu, visto que o:

[...] primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e sempre será, a citação do réu, para que possa ser ouvido em suas defesas. *Audiat et altera pars*. É com a citação que se instaura o processo. Sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve oportunidade de se defender. Sempre foi assim, e façamos votos para que sempre assim seja.¹³⁸

Vícios dessa ordem devem realmente ser tidos como essenciais, maiores, radicais. Eles precisam permanecer imunes às conseqüências da coisa julgada, de modo a tornar juridicamente inexistente a decisão judicial apenas formalmente definitiva. Evidência esta que sempre foi assimilada pelo direito brasileiro e que conta com expressa previsão legal na atual ordem jurídica (CPC, art. 741, inc. I).

Poder-se-ia objetar que a incidência dessa hipótese de invalidade é quantitativamente rara. Todavia, como será melhor explicitado um pouco mais adiante

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. v. 2. p. 438-439.

¹³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001. p. 141.

na série de casos concretos, ela ocorre com preocupante freqüência nos embates forenses e chegou a merecer as seguintes considerações na doutrina italiana da primeira metade do século passado:

Não é fácil que se conduza um processo contra ‘um’ réu que não foi citado, sem que o juiz o argúa; mas é fácil que, num processo contumacial, se introduza uma demanda nova e que o juiz a acolha, não argüindo a novidade (...); é fácil que, num processo contra ‘mais de um’ réu, não se haja citado um deles, e o juiz deixe de argüí-lo. Pode dizer-se mais: existe a possibilidade de uma sentença transitada em julgado conquanto a demanda, não somente não fosse comunicada, como ‘nem sequer fosse proposta’. Não é fácil que o juiz profira arbitrariamente uma sentença sem demanda alguma; mas é fácil que, ‘por ocasião’ de uma demanda, sentencie também sobre coisa não demandada.¹³⁹

Também não se pode falar em relação processual quando a citação, por equívoco, incide sobre outra pessoa. Esta poderá noticiar a situação fática ao órgão judiciário e requerer que seja declarada sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo, embora não se lhe exija enfrentar o mérito ou pedir a improcedência do pedido.

A ‘inexistência’ da relação processual, portanto, desobriga o suposto sucumbente de prover as conseqüências materiais da condenação imposta na decisão com trânsito em julgado inválido. Ela distingue-se das nulidades que não sejam *ipso iure* porque o próprio direito legislado deixa antever que jamais poderá ser alcançada por prazos preclusivos.

4.2.2 Aquilo que não pode ser tido como sentença

A decisão judicial pressupõe a prolação por quem é juiz e sua existência está condicionada ao atendimento de uma série de fatores.

Um primeiro fator seria a forma escrita. A sentença não escrita sequer pode ser chamada de sentença e muito menos admite a interposição do recurso de

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica, 1942-1943. v. 3. p. 437.

apelação.¹⁴⁰ Não importa nem mesmo que a decisão tenha sido proferida em audiência, pois a existência estaria condicionada à regular transcrição em ata.

Outro fator essencial é a publicidade. A decisão judicial prolatada com a observância das exigências do devido processo legal precisa ser inserida nos autos e posteriormente publicizada para, só então, ter reconhecida sua existência jurídica. Não é ‘sentença’ aquela que permanece em segredo.

Também não há sentença quando o juiz deixa de agir como tal. Se ele está num café, entre amigos, e prolata uma condenação em “guardanapo servido pelo garçom, sentença não é”.¹⁴¹

Outros “exemplos extremos de atos inexistentes” seriam “a sentença a que falte a parte dispositiva” e “a sentença do juiz que já não tem jurisdição no momento da publicação do referido ato, em virtude de promoção a outro cargo”.¹⁴²

Essas e outras decisões judiciais apenas aparentes, como a de conteúdo incerto ou impossível, costumam receber a denominação de ‘não-sentença’. Frente a elas, “o transcurso do prazo para experimentar os meios de impugnação não pode ter o efeito de sanar a nulidade e de precluir o exercício da ordinária ação declarativa de nulidade insanável”.¹⁴³

¹⁴⁰ ROMA ANTIGA. *Codex Justinianus*: Corpus Iuris Civilis, v. 2, ed. 11. Berlim: Paulus Kuger, 1954 [C. 7, 44, 3, 1].

¹⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Execução de Título Judicial e Defeito ou Ineficácia da Sentença*. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima et al. *O Processo de Execução*. Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 82.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 20.

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 253-254.

4.2.3 ‘*Falsus procurator*’

A demanda proposta por *falsus procurator* será tida como inexistente sempre que deixar de ser ratificada no prazo estabelecido. Aquele que não constitui procurador e que se mantém fora da relação processual poderá, a qualquer tempo, sustentar que é de nenhum efeito tudo quanto for feito em seu nome ou que afetar a sua pessoa.

Igual solução há de ser conhecida pela demanda proposta contra aquele que não é representante. A relação processual poderá até existir, mas seguramente não em relação ao suposto representado.

Variações dessa ordem foram bem apreendidas no seguinte parágrafo:

Se a demanda provém de uma pessoa ou se dirige a uma pessoa ‘na qualidade’ de representante de um incapaz, de procurador de um capaz, de órgão de uma pessoa jurídica, quando, entretanto, tal qualidade não lhe corresponde (*falsus tutor, falsus procurator*), a relação processual inexistente ‘com respeito ao pretense representado’; uma relação processual, porém, existe por certo: só há incerteza sobre se sujeito dela é o pretense representante ou o pretense representado. Enquanto o juiz não houver declarado se existe ou não a pretensa qualidade, deve considerar-se o caso como de nulidade.¹⁴⁴

4.3 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.3.1 Abrangência e direito legislado

Todo ato praticado no âmbito dos poderes constituídos tem a validade condicionada pela sua conformidade à Constituição. Não importa que esse ato seja uma decisão judicial já imune a reexame recursal ou rescisório. Se inconstitucional, mesmo a sentença com trânsito definitivo em julgado jamais poderá ser convalidada

¹⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva. 1943. v. 3. p. 439.

ou produzir qualquer efeito jurídico.

Eis aí a consequência necessária que se extrai dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da norma constitucional, que tem como inválidos os atos do poder público contrários à Constituição. Nem mesmo as noções de estabilidade das relações jurídicas, ainda tão caras ao Estado de Direito, seriam bastantes para assegurar validade ao ato inconstitucional.

Eventual exceção precisaria ter sido prevista pelo constituinte, pois “a segurança e a certeza jurídicas apenas são possíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional o admite”.¹⁴⁵

Entre nós, a ressalva não existe nem mesmo em relação à coisa julgada. Esta foi protegida tão-somente no que diz respeito à ‘lei nova’¹⁴⁶, ao passo que sua imutabilidade tem assento em preceito infraconstitucional e lhe empresta uma “força de lei” em nada comparável à força normativa da Constituição.¹⁴⁷

O propósito bem posto pelo Constituinte de 1988 foi o de livrar a coisa julgada “dos efeitos da lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma

¹⁴⁵ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 61.

¹⁴⁶ Os dizeres da única referência constitucional ao instituto da coisa julgada ficaram assim: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CR, art. 5.º, inc. XXXVI).

¹⁴⁷ Esses aspectos foram explicitados em dois dos artigos que disciplinam a coisa julgada no estatuto processual civil (CPC, arts. 467 a 475). São eles: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”; e “Art. 468. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

garantia dos jurisdicionados”.¹⁴⁸ O instituto circunscreveu-se, assim, à órbita do direito intertemporal para assegurar o primado do princípio da irretroatividade da lei nova.

Outro corolário dessa delimitação em nossa ordem jurídica é o de que a decisão inconstitucional só faz coisa julgada formal. A invalidade impede permanentemente o seu trânsito em julgado material porque haveria impossibilidade jurídica de assegurar os seus efeitos. Dito de outra maneira:

[...] como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida, é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se. Por isso, como a Constituição não permite que um Estado se retire da Federação, ou que se imponha por execução forçada o cumprimento da obrigação de dar um peso da própria carne etc., da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los.¹⁴⁹

Essas obviedades parecem ter inspirado as modificações legislativas que tornaram inexigíveis títulos judiciais inconstitucionais (CPC, art. 741, parágrafo único, e CLT, art. 884, § 5.º) e sugerem que a invalidade deve ser reconhecida de ofício em qualquer época e grau de jurisdição. Defender o contrário seria o mesmo que “reconhecer a autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 140.

¹⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 59.

¹⁵⁰ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 129.

4.3.2 Algumas das possibilidades de coisa julgada inconstitucional

A literatura em torno da inconstitucionalidade da coisa julgada ainda é bastante diminuta e resente-se de um critério seguro para contrapor a mera garantia da irretroatividade da lei nova às demais normas da Constituição. A dificuldade básica consiste em chegar à fórmula que evidencie a prevalência, em casos concretos, de bens e interesses eventualmente colidentes com a garantia relativa da coisa julgada.

As tentativas recentes continuam a incorrer em regras marcadas pela imprecisão ou subjetividade. Tome-se a proposta de Candido Rangel Dinamarco, que na busca de “um critério geral para relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material”, chegou à conclusão que seria juridicamente impossível o trânsito em julgado da sentença que:

[...] declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como esse chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciárias, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo art. 1.º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em conseqüência de uma dívida não honrada, ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1.º, inc. III, e art. 5.º). Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5.º, inc. LXVII).¹⁵¹

As mesmas objeções podem ser feitas aos fundamentos sugeridos por José Augusto Delgado. Em sua abordagem doutrinária, o ministro do Superior Tribunal de Justiça escreve que não há proteção estatal para a coisa julgada formada por força da

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Coisa Julgada

vontade pessoal do julgador e nem com afronta aos princípios da legalidade e moralidade ou à realidade dos fatos. As dezenas de exemplos de coisa julgada inconstitucional que colaciona incluem a: ofensa à soberania nacional; violação à dignidade da pessoa humana; negativa de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; promoção de preconceito racial; e imposição de obrigação contrária à lei.¹⁵²

4.4 COISA JULGADA ABSOLUTAMENTE NULA

4.4.1 ‘Segunda sentença no mesmo processo’ e ‘segunda sentença noutra processo’

As hipóteses teóricas de ‘segundas sentenças’ estão longe de ser casos excepcionais na rotina forense. É possível inclusive afirmar que a incidência tem aumentado consideravelmente nesses tempos de advocacia e magistratura de formulário, onde alguns se vêem praticamente obrigados a firmar minutas padrões impressas em ritmo de gráfica.

Pontes de Miranda era de opinião que as duas hipóteses deveriam conhecer sortes diferentes. A segunda sentença no mesmo processo pode ser tanto a prolatada em audiência como a que foi inserida nos autos e não pode mais ser retirada. A declaração da nulidade *ipso iure* estaria sujeita à propositura de rescisória ou à simples argüição a qualquer tempo e por qualquer pessoa. Isto porque faltava cognição ao prolator da segunda sentença, uma vez que havia esgotado a competência para a causa

¹⁵² DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 101-103.

quando proferiu a primeira decisão definitiva ou terminativa.

Já a segunda sentença noutro processo parte da premissa de que a decisão proferida na outra relação processual tenha conhecido o trânsito em julgado. Ela seria válida, ou poderia ser válida, e sua eventual desconstituição dependeria da propositura de rescisória. “Ocorrida a preclusão, faz-se inatacável o segundo julgado que se proferiu noutro processo, suplantando, portanto, o primeiro”.¹⁵³

Essas soluções ponteanas não convencem. Num momento elegem a coisa julgada como dogma onipotente, pouco depois, diante da primeira incoerência lógica decorrente daquela escolha, apressam-se em criar o ‘dogma do dogma’. Algo tão contraditório que só pode ser visto como a ‘coisa julgada que é mais coisa julgada do que a coisa julgada’.

Um mínimo de coerência parece recomendar para a segunda hipótese a mesma solução proposta para a segunda sentença no mesmo processo. A invalidade, com isso, poderia ser argüída incidentalmente a qualquer tempo e por qualquer pessoa ou deduzida no biênio da rescisória pela parte prejudicada. Expirado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, restaria ainda ao interessado a possibilidade legal de opor-se por meio dos embargos à execução.

Em ambos os casos de segunda sentença, porém, o melhor seria que os jurisdicionados pudessem contar com a *querela nullitatis insanabilis* para obviar essas e tantas outras fragilidades ostentadas pelo nosso direito estatal.

4.4.2 Relação processual *post mortem*

A decisão proferida em relação processual estabelecida depois da morte do réu é nula *ipso iure*. Era assim “no velho direito” e “hoje ainda o é, porque o réu não

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. XI, p. 639-640.

foi citado (não se cita morto) e o réu, no momento da sentença, era o herdeiro”.¹⁵⁴

O mais acertado seria ter a relação processual como inexistente, em lugar de nula de pleno direito (CPC, art. 741, inc. I). A opção adotada pelo legislador pátrio, no entanto, tem sido a preferida na área de influência romano-germânica. Tenha-se como prova o direito francês, que sanciona com igual tratamento os vícios de citação.¹⁵⁵ Na Itália¹⁵⁶ e em Portugal¹⁵⁷, que têm a sentença sem assinatura como única causa de invalidade perpétua, a consequência também é a de nulidade *ipso iure*.

A opção das atuais ordens jurídicas de filiação romano-germânica pelo reconhecimento jurídico do ato, antes de tê-lo como inválido de pleno direito, deve-se em grande parte à sistematização proposta por Hans Kelsen. O ataque à decisão nula, segundo ele, pressupõe necessariamente a existência de tal possibilidade na ordem jurídica.. Ainda que absolutamente nulo ou juridicamente inexistente, o ato judicial só poderia então ser invalidado depois de ser considerado como norma objetivamente

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. XI, p. 93.

¹⁵⁵ O art. 474 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês exige a citação regular “*des défendeurs (...); dans le cas contraire, le jugement est rendu par défaut*” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Visu/ArticleCode?commun=&code=&h0=CPROCIV0.rcv&htl=1&h3=10>> Acesso em: 22 out. 2002).

¹⁵⁶ A cláusula no direito italiano está assim redigida: “*Art. 161 (Nullità della sentenza) La nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi di impugnazione. Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice*” (Disponível em: <www.aulamagna.org/giurisprudenza/codici/prcciv.htm> Acesso em: 25 set. 2002).

¹⁵⁷ O ‘artigo 668.º’ do estatuto processual civil português considera “nula a sentença quando não conhenha a assinatura do juiz” (Decreto nº 29.637, de 28 de maio de 1939. Disponível em: <<http://www.ao.pt/cdj/cpc.ttml>>. Acesso em: 2 ago. 2001).

válida e “conforme ao Direito”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 296-297. *Id.*: *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 231-232

CAPÍTULO V – CASOS CONCRETOS DE TUTELAS JURISDICIONAIS TIDAS COMO INCOMPATÍVEIS COM A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Sumário – 5.1 Incidência da quebra da coisa julgada e interesse da referência a casos concretos – 5.1.1 O grau da relatividade admitida pelos tribunais – 5.1.2 A conveniência de aliar a teoria à prática – 5.2 Invalidades decorrentes de “falta ou nulidade de citação” (CPC, art. 741, inc. I) – 5.2.1 Sucumbência de quem compareceu a juízo para o fim certo de prestar depoimento pessoal – 5.2.2 Revelia em citação por *fax* que foi ‘cumprida’ em telefone diverso do mencionado no mandado – 5.2.3 Nulidade declarada de ofício em rescisória julgada improcedente – 5.2.4 Imóvel inscrito em nome de terceiros que deixaram de ser citados em ação de prescrição aquisitiva – 5.2.5 Fungibilidade dos meios de impugnação se o titular do registro imobiliário deixou de ser citado – 5.3 Invalidades reconhecidas por outros motivos – 5.3.1 Acórdão proferido em recurso já julgado por acórdão que transitou em julgado – 5.3.2 Sentença alterada depois da publicização – 5.4 Modificações dos efeitos materiais da coisa julgada – 5.4.1 Nova avaliação fundada no espírito de justiça da Constituição – 5.4.2 Sopesamento de garantias constitucionais. Sacrifício da coisa julgada em favor da justa indenização – 5.4.3 Prevalência do “princípio constitucional do justo preço” e revisão da verba honorária.

5.1 INCIDÊNCIA DA QUEBRA DA COISA JULGADA E INTERESSE DA REFERÊNCIA A CASOS CONCRETOS

5.1.1 O grau da relatividade admitida pelos tribunais

O reconhecimento judicial das nulidades da coisa julgada deve ser apreendido como algo excepcional na vida forense; um acontecimento tão extraordinário quanto raro. Tenderia a zero a estatística destinada a conhecer o percentual de decisões passadas em julgado que tenham posteriormente sido invalidadas.

O pensamento dominante ainda é o de que a *res iudicatae facit de albo nigrum*. Faz do branco preto, do círculo quadrado e do falso verdadeiro. Toda essa carga dogmática, no entanto, parece insuficiente para resistir a uma experiência jurídica que teima em oferecer “*una seria di casi, che la legge non menziona, e dei quali no è possibile fissare in anticipo una compiuta elezione, nei quali la sentenza è*

inidónea materialmente, si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato".¹⁵⁹

Esta passagem do texto é dedicada precisamente à resenha dos julgados que não resistiram ao poder persuasivo das 'leis da lógica e da razão' e tiveram seu trânsito em julgado invalidado. São eventos dos mais raros, repita-se. E, nesta breve recensão, foram selecionados apenas os reconhecimentos judiciais tidos como expressivos para a tese da relatividade da coisa julgada.

Nada de muito animador, uma vez que a quase totalidade das invalidades acolhidas em nossos tribunais tem a ver com a previsão legal dos vícios citatórios (CPC, art. 741, inc. I). Constatação que denota uma postura jurisprudencial predominantemente acrítica e, ao mesmo tempo, desatenta à conformação normativa e natureza jurídica da *res iudicatae*.

As perspectivas, porém, são bem mais favoráveis. Recentes modificações promovidas pelo legislador provisório no estatuto processual civil (CPC, art. 741, parágrafo único) e na codificação das leis trabalhistas (CLT, art. 884, § 5.º) tornaram positivada a inexigibilidade do título judicial que se apresente contrário à Constituição e prometem diminuir consideravelmente os males da impermeabilidade da coisa julgada. Novidades essas que devem contribuir em muito para que boa parte da magistratura reveja o seu excessivo apego à letra do ordenamento infraconstitucional e passe a observar a prevalência do princípio da supremacia da Constituição.

5.1.2 A conveniência de aliar a teoria à prática

O Talmude não tem o conhecimento como a coisa mais importante da vida.

¹⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile italiano.

Tem, sim, o uso que dele se faz.

Os profissionais do Direito talvez pudessem tirar proveito desse juízo de valor quando o assunto é coisa julgada. Muitos a vêem com reservas. Outros desconfiam de suas feições divinas. Não poucos, por certo, conheceram as conseqüências da imutabilidade de decisão juridicamente inexistente, inconstitucional ou nula de *pleno jure*. E os que experimentaram tais invalidades nem sempre ousaram apontar a natureza de mera garantia relativa da coisa julgada.

Porém, há quem o faça e com sucesso, como demonstram os julgados aqui colacionados. Todos foram bem-sucedidos porque ‘usaram o conhecimento’ que tinham da coisa julgada e dos seus meios de impugnação. A eles este espaço, pois “um capítulo ‘empírico’ ou mesmo referências constantes a fatos reais só têm a enriquecer um trabalho de pesquisa ‘teórico’”.¹⁶⁰

5.2 INVALIDADES DECORRENTES DE “FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO” (CPC, ART. 741, INC. I)

5.2.1 Sucumbência de quem compareceu a juízo para o fim certo de prestar depoimento pessoal

A Perfumaria Sandar propôs na cidade do Rio de Janeiro uma ação declaratória contra a Indústrias Beijaflor. Junto com a contestação, a ré reconveio e pediu que um terceiro, Áureo de Barros, fosse considerado inadimplente em solidariedade à Sandar. A citação daquele que até então era estranho à lide deu-se apenas para prestar depoimento pessoal como um dos incorporadores da autora da ação declaratória. Mesmo não tendo sido citado para os termos da reconvenção, Áureo acabou condenado como inadimplente ao lado da Sandar.

¹⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1997. p. 207.

Demandado como principal devedor na ação de indenização proposta pela Beijaflor, Áureo procurou munir-se de subsídios com uma consulta a Enrico Tullio Liebman sobre as seguintes questões: 1.^a) a decisão que o condenou seria nula?; 2.^a) a eventual nulidade reclamaria a propositura de ação rescisória?

Em sua resposta datada de 10 de outubro de 1944, Liebman sustentou que não se tratava de “reformular ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior; e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente”. Áureo “ou foi terceiro ou foi parte. No primeiro caso, a sentença é para ele *res inter alios*; no segundo caso, a sentença é nula, porque não foi citado.”¹⁶¹

Para o então Professor na Universidade de São Paulo, não tinha cabimento a observação de que Áureo deveria ter apelado como terceiro prejudicado. “A apelação do terceiro prejudicado é o remédio adequado, aliás meramente facultativo, de que dispõe o terceiro que foi indiretamente prejudicado pela sentença que decidiu uma controvérsia alheia; não se pode exigir que a ele confie a sua defesa quem foi diretamente julgado e condenado em sua ausência.”

Ao concluir o parecer, o autor indagou e respondeu assim: “Qual seria, em verdade, o processo adequado para a declaração de tal nulidade? Não há outra resposta que esta: todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito”. Para ele, essa espécie de vício “pode ser alegada em defesa contra quem pretenda tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório”.

Esse “processo principal, meramente declaratório”, seria o instaurado pela *querela nullitatis insanabilis*, tida como a via de impugnação mais apropriada para reivindicar a invalidade da coisa julgada. Assertiva que vem sendo reafirmada pela

¹⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 443-446.

jurisprudência quando enfrenta os chamados ‘vícios de citação’. Atente-se:

Processo Civil – Nulidade da Citação (Inexistência) – *Querela Nullitatis*. I – A tese da *querela nullitatis* persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.¹⁶²

5.2.2 Revelia em citação por *fax* que foi ‘cumprida’ em telefone diverso do mencionado no mandado

O Ministério Público Eleitoral formulou representação contra Odair José Bortolotti, candidato à reeleição a uma das vagas de deputado estadual da Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, porque o representado teria fixado propaganda política em postes (Lei nº 9.504/97, art. 37, e Resolução nº 177/98-TRE/MS, art. 4.º, inc. I).

A citação por *fax* foi endereçada para telefone diverso do mencionado no mandado. Sobreveio então a revelia e o “candidato não reeleito ao cargo de deputado estadual” acabou condenado a pagar elevada multa em dinheiro.

Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o revel propôs “ação de anulação de ato judicial” para obter a declaração de invalidade junto ao próprio Tribunal Regional Eleitoral. Alegou, além da ‘óbvia’ culpa dos simpatizantes pela colagem dos cartazes, a nulidade da citação endereçada a outro número de telefone.

O relator votou inicialmente pela incompetência absoluta do Tribunal

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836.

Regional Eleitoral. A seu ver, “o valor da condenação passou a ser um crédito não tributário da União” que “só pode ser desconstituído pela Justiça Federal” (CR, art. 109, inc. I).

Um dos pares pediu vista e dissentiu com o argumento de que a relação processual deveria ser considerada nula a partir da irregularidade constatada na citação. Para ele, a nulidade decorrente da falta ou defeito de citação pode e precisa ser declarada “a qualquer tempo e por meio de qualquer via judicial, no próprio juízo onde a sentença foi prolatada”. A manifestação dissonante levou o relator e os que já haviam votado a reconsiderarem a declinação do foro e a decidir pela procedência da *querela nullitatis insanabilis*.

O resultado do julgamento, que concluiu pela adequação da *actio nullitatis* em casos de vícios citatórios, coincidiu assim com a jurisprudência firmada em acórdãos de vários órgãos revisionais. O Superior Tribunal de Justiça também adota tal linha e costuma emendar seus julgados com os seguintes dizeres:

Processual Civil. Ação Declaratória. Nulidade de citação e de sentença proferida em ação discriminatória. Existência de coisa julgada material. 1. Sociedades comerciais alienígenas sediadas nos E.U.A., réis revéis em ação discriminatória promovida sob a égide do CPC de 1939. 2. Citação efetuada diretamente pela via editalícia com ausência de qualquer diligência que evidenciasse a impossibilidade de sua realização por carta rogatória. 3. Desnecessidade *in casu* de propositura de ação rescisória. 4. Preliminar de carência de ação afastada. 5. Recurso especial conhecido e provido para que o Magistrado de 1.º Grau decida o mérito da demanda.¹⁶³

Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são em maior número e observam invariavelmente este tom:

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. Para a hipótese prevista no

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200/GO. Processual Civil.

Recorrente: United American Corporation e outro. Recorrido: Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás - IDAGO. Relator: Min. Bueno de Souza. 28 nov. 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, abr. 1990. n. 8, p. 231-252.

art. 741, I, do atual CPC – que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia – persiste, no direito positivo brasileiro - a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é cabível para essa hipótese.¹⁶⁴

5.2.3 Nulidade declarada de ofício em rescisória julgada improcedente

O Tribunal de Justiça de Rondônia reconheceu em rescisória a nulidade de citação por edital havida em ordinária. A outra parte não se conformou e interpôs recurso especial por entender que não cabia ação rescisória, pois, se existente tal vício, a relação processual não se constituiria e, conseqüentemente, a decisão final proferida jamais faria coisa julgada.

A interposição do especial evidenciou clara má fé. Isto porque os recorrentes em momento algum negaram a existência daquilo que a ordem jurídica brasileira considera o mais grave dos vícios e que, quando configurado, faz com que a relação processual seja tida como juridicamente inexistente. O fundamento de seu recurso foi a controvertida inadequação da via eleita. Para eles, a rescisória deveria ser extinta porque o direito positivo não lhe confere a finalidade de impugnar a citação nula. Os recorrentes esperavam, com isso, preservar a situação preexistente com o argumento de que a outra parte não teria utilizado a forma mais apropriada para a impugnação.

Quando do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça surpreendeu ao acolher em parte os argumentos deduzidos no recurso especial. O relator sustentou, com o respaldo dos demais integrantes da Turma, que não era o caso de rescisória, mas sim de declaratória ou mesmo de embargos à execução. Para ele, tal entendimento:

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 97.589-6/SC. Recorrente: Anemarie sonie Uebeli. Recorrido: Eduardo Guilherme Ocampo Gari. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 de novembro de 1982. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>. Acesso em: 24 nov. 2002.

[...] não significa que qualquer nulidade processual deva ser, no direito vigente, reconhecida desse modo. Basta assinalar, por exemplo, que a falta de intervenção do Ministério Público, quando obrigatória, é causa de nulidade do processo (arts. 84 e 246 do CPC). Não pode haver dúvida, não obstante, de que a hipótese é de rescisória, em vista do que se contém no art. 487, III, 'a' do mesmo Código. Tratando-se de citação, entretanto, obviamente que não suprida pelo comparecimento do réu, a nulidade persiste, mesmo esgotados os recursos, podendo ser a qualquer tempo reconhecida.

Essas considerações não parecem ser as melhores. O Supremo Tribunal Federal e o próprio Superior Tribunal de Justiça vinham decidindo e continuaram a decidir na linha liebmaniana de que “todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito”.¹⁶⁵

De qualquer sorte, ao concluir o seu voto, o relator acabou por reconhecer a necessidade de a nulidade “ser proclamada (...) em qualquer oportunidade” (*sic*). Nem mesmo a suposta inadequação da via escolhida pelo sucumbente afastaria, portanto, a obrigatoriedade do reconhecimento de ofício da invalidade. Confira:

Daí não se segue, necessariamente, deva a rescisória ser extinta, sem pronunciamento sobre a pretensão de reconhecer-se a nulidade, não só de sentença mas como do processo. Deve ser proclamada pelo juiz, em qualquer oportunidade em que isso se apresente como relevante processualmente. Na rescisória, até para que se pudesse proclamar sua inviabilidade, ter-se-ia que declarar nula a sentença. Embora não se rescinda, existirá a declaração de que a sentença não subsiste como tal. No caso, aliás, havia outras causas de pedir que não poderiam a rigor ser examinadas em virtude mesmo do reconhecimento da nulidade.

¹⁶⁵ 1º) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836; 2º) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Nulidade da citação (inexistência) – *Querela nullitatis*. Recurso Especial nº 12.586/SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade LTDA. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 8 de outubro de 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 nov. 1991. Seção 1, p. 15684.

A ementa do acórdão ficou assim:

Ação rescisória – Nulidade da citação. Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso. (CPC, art. 741, I). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício.¹⁶⁶

O provimento parcial do recurso constituiu, portanto, mais uma vitória do legalismo estrito. A relação processual da ação ordinária foi declarada nula desde a citação, mas a extinção da rescisória resultou em negativa da instrumentalidade da forma e da fungibilidade recursal.

5.2.4 Imóvel inscrito em nome de terceiros que deixaram de ser citados em ação de prescrição aquisitiva

O imóvel estava transcrito em nome de pessoas que deixaram de ser regularmente citadas em ação de usucapião. Quando tomaram conhecimento da perda judicial do bem, elas propuseram ação ordinária para cancelar o registro imobiliário da aquisição prescritiva e, como causas de pedir, sustentaram na petição inicial a ausência do direito alegado pelos réus e a certeza da nulidade da citação.

A inicial foi indeferida sob o fundamento de que a via adequada seria a rescisória. O Tribunal de Justiça de Goiás manteve a decisão terminativa e os jurisdicionados interpuseram recurso extraordinário, agora fundamentado em preceitos constitucionais então vigentes.

No Supremo Tribunal Federal, o relator ateve-se ao fato incontrovertido de que os recorrentes não haviam sido pessoalmente citados para os termos da ação. “Se

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória. Recurso Especial nº 7.556/RO.

Recorrente: Lauro das Neves e cônjuge. Recorrido: Antônio José de la Reza Abasto e outros. Relator: Min.

Eduardo Ribeiro. Brasília, 13 ago. 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 11811, 2 set. 1991. Seção 1.

os autores não se ligaram à relação processual instaurada na ação de usucapião, é evidente que são partes ilegítimas para a rescisória.”¹⁶⁷

A sentença prolatada naquela ação seria, portanto, *inter alios*. E se não foram partes, não poderiam obviamente propor ação rescisória. Compreensão esta aclarada com as seguintes palavras:

No caso, os recorrentes pertencem à categoria de sujeitos denominados ‘terceiros juridicamente interessados’, em relação à sentença na ação de usucapião. Aliás, compreende essa categoria dois grupos, o primeiro dos quais ‘reúne os terceiros que têm interesse igual ao das partes’. Nesse grupo se incluem os recorrentes. Ora, ‘os terceiros desse grupo podem opor-se à sentença, que de modo algum afeta o seu direito’ (LIEBMAN, ‘Sentença e Coisa Julgada’, em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 40, p. 256 e segs.; nossas ‘Primeiras Linhas’, 2.^a ed., 3.^o v., p. 83). Podem opor-se à sentença, porque esta lhes é nenhuma.

O provimento parcial do extraordinário resultou no retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição “para conhecimento dos pedidos de reivindicação e de cancelamento da transcrição da sentença de usucapião”. Entendimento que só faz reafirmar a orientação daquele órgão de que “todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito”.¹⁶⁸

5.2.5 Fungibilidade dos meios de impugnação se o titular do registro imobiliário deixou de ser citado

O recurso extraordinário interposto nos autos de ação de reivindicação buscava o reconhecimento da inexistência jurídica ou nulidade absoluta de sentença

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.677/GO. Recorrente: José Romão Carneiro, sua mulher e outros. Recorrido: Joaquim Pedro Neto e sua mulher. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 21 de agosto de 1969. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 1969. n. 50, p. 703-705.

¹⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 446.

prolatada em ação de usucapião. O fundamento era a falta de citação, pois os nomes dos recorrentes estavam regularmente inscritos como proprietários do bem.

A relação processual originária havia sido estabelecida com a citação de um terceiro, isto é, de uma pessoa que não tinha título de domínio inscrito na matrícula do cartório de imóveis. O vício tornou a prestação jurisdicional aparente, incapaz de alcançar a condição de coisa julgada.

O Min. Alfredo Buzaid, discordando do voto do relator originário, fundamentou assim a compreensão que saiu vitoriosa:

O problema da legitimidade de parte é um dos mais graves do direito processual civil. Ser parte é questão ontológica, consistente em saber quem está no processo: ser parte legítima é questão de ontológica, porque diz quem deve estar no processo (BETTI, '*Diritto processuale civile*', p. 157). Ora, o de que se cuida na ação de usucapião não é de saber quem está no processo, mas quem deve estar. Se aqueles em cujo nome está transcrito o título de domínio não foram citados para a ação de usucapião, o processo é para eles juridicamente inexistente. Nunca, em tempo algum, a sentença pode atingi-los e *a fortiori* a coisa julgada.

Esse posicionamento viria a ser reforçado com as seguintes palavras do Min.

Néri da Silveira:

[...] os autores deviam ter sido citados para a ação de usucapião. Tal não havendo ocorrido, a sentença transita em julgado, é *res inter alios* em relação a eles. A sentença, na ação de usucapião, quanto à posse do imóvel, não produz efeito, frente àquele cujo nome consta do registro imobiliário como *dominus*, em ordem a transmudá-la em posse justa.

A Turma, vencido o primeiro relator, reconheceu que os recorrentes tinham legitimidade para propor a ação reivindicatória, não se lhes podendo impor a propositura da ação rescisória, e julgou ineficaz a sentença prolatada na ação de usucapião.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg

Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão.

O Superior Tribunal de Justiça também enfrentou igual controvérsia e concluiu pela admissibilidade até mesmo de mandado de segurança. A ementa ficou assim redigida:

Mandado de Segurança – Ato judicial – Réu que não foi citado regularmente – Sentença proferida inválida – Inexistência, portanto, de coisa julgada – Cabimento do *mandamus* – Ofensa no direito líquido e certo – Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* – Ordem concedida – Declarações de votos.¹⁷⁰

5.3 INVALIDIDADES RECONHECIDAS POR OUTROS MOTIVOS

5.3.1 Acórdão proferido em recurso já julgado por acórdão que transitou em julgado

De tempos a esta parte, com os julgados em série de conflitos idênticos, aumentaram em muito as chances de o mesmo órgão judiciário proferir decisões repetidas. Possibilidade esta que sempre existiu, como nos dá conta o seguinte relato:

Certa vez, por volta do terceiro decênio deste século, em Câmara Cível, do antigo Distrito Federal, por negligência da Secretaria, ação que tinha sido julgada havia meses, em via recursal, foi de novo julgada, com a substituição do relator, que deixara o cargo, e com a presença de dois membros que estavam de férias. Quando o Presidente do Tribunal, que era o da Câmara, soube da ocorrência, sugeriu que se ‘decidisse’ dar por nulo o segundo julgamento, constando da ata e da publicação. O segundo acórdão não estava assinado por todos, mas a solução seria acertada mesmo se o tivesse sido.¹⁷¹

A nulidade precisava, realmente, ser declarada de ofício porque o órgão

Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836.

¹⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Sentença proferida em processo sem citação válida: inexistência jurídica – ausência de coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, 1997. p. 308.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. XI, p. 640.

revisor incorreu em erro material ao rejulgar o recurso. Ele já havia esgotado sua jurisdição quando proferiu o primeiro acórdão. *Et lata sententia, judex desinit esse judicem.*

Se o erro não tivesse sido corrigido por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, a parte interessada poderia valer-se de qualquer meio para afastá-lo, inclusive mediante a propositura de *actio nullitatis*.

5.3.2 Sentença alterada depois da publicização

O juiz cumpre e esgota o seu ofício quando publica a sentença. A partir de então, não pode mais substituí-la por outra, nem alterá-la ou torná-la sem efeito. Pode apenas corrigir erros materiais ou, se provocado, aclarar contradições e obscuridades ou integrar omissões.

Mas, não raro, o órgão jurisdicional incorre nesses tipos de desvios. Um exemplo concreto deu-se com o acréscimo à sentença transitada em julgado de um novo dispositivo.

A relação processual originou-se com a impetração de mandado de segurança para evitar a cobrança de determinada contribuição pela Receita Federal. A liminar foi deferida, mas a segurança acabou negada quando da prolação de sentença.

Pouco depois do trânsito em julgado, o juiz inovou o dispositivo com o seguinte acréscimo: “Oficie-se à autoridade impetrada a fim de que converta o depósito ou caução em renda da União. Após, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais”.

O contribuinte impetrou outro mandado de segurança, desta vez contra o ato judicial. Mas, o amparo foi denegado no Tribunal Regional Federal. Na visão do órgão revisor: “O despacho que, em decorrência do trânsito em julgado da sentença denegatória de segurança, opera consequência processual de coisa julgada, mandando converter depósito em renda da União, não pode ser desconstituído pela via mandamental”.

Seguiu-se a interposição de recurso ordinário junto ao Superior Tribunal de Justiça. O argumento básico foi o de que:

O ato impugnado alterou a sentença transitada em julgado, ampliando-a e inserindo nela dispositivo novo. Em assim fazendo, infringiu o preceito contido no art. 463 do CPC, assim expresso: ‘Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração’.

O relator votou pela concessão da segurança e a turma, à unanimidade, declarou nulo o ato aditivo à sentença. Eis os termos da ementa:

Decisão em que o juiz acrescenta novo dispositivo à sentença já publicada. Tal decisão não é ato judicial, pois o magistrado já exaurira e acabara o seu ofício jurisdicional (CPC, art. 463). Nela se contém ato administrativo, emanado de autoridade incompetente. Contra ela cabe Mandado de Segurança, independentemente de recurso preparatório.¹⁷²

5.4 MODIFICAÇÕES DOS EFEITOS MATERIAIS DA COISA JULGADA

5.4.1 Nova avaliação fundada no espírito de justiça da Constituição

Em embargos opostos em recurso extraordinário, Nemésio Raposa e Outros persistiram na impugnação do valor fixado em 1941 para a indenização de imóvel expropriado pela União Federal.

O relator original, Min. Victor Nunes Leal, observou que os Min. Evandro Lins e Luiz Gallotti haviam concluído por ocasião do julgamento do recurso

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.618-3/SP. Recorrente: Condugel S/A de São Paulo. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Humberto Gomes de Barros. São Paulo, 1 de março de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 15 out. 2002.

extraordinário que se devia “fazer novo arbitramento, pelo qual se pudesse alcançar, mais corretamente, a atualização do valor do imóvel”. A seu ver, contudo, era caso de simples “correção monetária”.

Em voto condutor, o Min. Evandro Lins e Silva, que passaria a ser o relator do acórdão, lembrou que “a parte, quando interpôs o recurso, pleiteou junto ao Supremo Tribunal Federal, em face das leis então vigentes, que fosse renovada a avaliação”. Ao concluir sua intervenção, repetiu o pronunciamento antecipado à Turma no sentido de determinar nova avaliação.

O Min. Luiz Gallotti optou também por manter o voto que divergia do relator original. Para ele, “aplicar um índice genérico de correção monetária pode não ser um critério tão rigorosamente justo como será o da nova avaliação do próprio prédio”.

O seu argumento seria reforçado mais tarde com as seguintes palavras do Min. Villas Boas: “Feita a avaliação, naturalmente, a Fazenda deverá pagar aquela quantia que o imóvel vale agora, porque com essa quantia é que se recomporá o patrimônio. Acho que essa decisão é justa, está de acordo com o espírito da Constituição”.

O Plenário, por maioria, decidiu pela procedência dos embargos no dia 16 de agosto de 1965. Isto é, vinte e quatro anos depois de o valor ter sido fixado na primeira avaliação. A ementa ficou assim: “Desapropriação. Não se cumpriu o preceito constitucional que manda pagar prévia e justa indenização. Embargos providos para que se proceda nova avaliação”.¹⁷³

5.4.2 Sopesamento de garantias constitucionais. Sacrifício da coisa julgada em favor da justa indenização

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Recurso Extraordinário (Embargos) nº 54.221/Guanabara. Embargantes: 1.ª Nemésio Rapogo e Outros, 2.ª União Federal. Embargados: Os mesmos. Relator: Evandro Lins e Silva. Guanabara, 8 de setembro de 1965. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 12 nov. 2002.

A Indústria Bussatto S.A., uma serraria, havia plantado um bosque de 1.500 imbuías e dez mil pinheiros em terras públicas federais localizadas na localidade catarinense de Caçador. No dia 7 de outubro de 1949, a União Federal desapropriou o arvoredo porque no ano anterior a área selvática da região havia sido destinada à constituição de reserva florestal.

Depois de esgotada a via recursal junto ao antigo Tribunal Federal de Recursos, a sentença que tinha fixado o preço da desapropriação transitou em julgado em 3 de maio de 1955. Os autos foram então devolvidos à 4.^a Vara da Fazenda em Florianópolis, onde simplesmente sumiram, sem que as partes tomassem qualquer providência para encontrá-los ou reconstituí-los.

Mais tarde, em 25 de novembro de 1971, os autos foram encontrados nas dependências da Procuradoria Regional Eleitoral e devolvidos à Justiça Federal. Só então teve início a execução, com o pedido da credora para que lhe fosse restituída a reserva florestal. Com a recusa da União, a serraria requereu e obteve do juiz federal uma nova avaliação das imbuías e dos pinheirais.

Em sua última tentativa de reverter a decisão do primeiro grau, a União interpôs recurso extraordinário para que o justo preço fosse assegurado pela aplicação da correção monetária em lugar de uma segunda avaliação.

O Min. Clovis Ramalhete, na qualidade de relator, sustentou que a nova avaliação lesaria a coisa julgada. Diferentemente da correção monetária, que seria mera atualização do valor em dinheiro apurado no passado.

O Min. Rafael Mayer objetou que a controvérsia envolvia a peculiaridade do “extravio dos autos, em que largo espaço de tempo mediou a avaliação e a ulatimação do processo de desapropriação”. Por isto, votou pela adoção de:

[...] critério que não o de simples índice de correção monetária, mas o de nova avaliação, com o que se estará cumprindo integralmente o mandamento constitucional da justa indenização, e sobrepondo ao trato abstracionista e monetarista o obséquio ao fenômeno econômico

real que pode envolver elementos concretos que escapam àquele.¹⁷⁴

Em voto de desempate, o Min. Soares Muñoz disse estar convencido de que o pagamento do valor apurado em avaliação realizada antes da sentença de 1952 “redundaria em confisco”. Para ele, a coisa julgada não é superior ao direito de propriedade e à proibição de confisco.

A 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deixou de conhecer o recurso extraordinário interposto pela União. O relator para o acórdão, Min. Rafael Mayer, redigiu assim a ementa:

Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF.¹⁷⁵ Recurso extraordinário não conhecido.

5.4.3 Prevalência do “princípio constitucional do justo preço” e revisão da verba honorária

A Linee Aeree Transcontinentali Italiene S/A já havia conseguido junto ao

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Recurso Extraordinário nº 93.412/SC. Recorrente: União Federal. Recorrida: Indústrias Bussato S/A – Massa Falida. Relator: Rafael Mayer. Santa Catarina, 4 de junho de 1982. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>. Acesso em: 24 nov. 2002.

¹⁷⁵ Os aludidos “precedentes do STF” foram referidos assim no corpo do seu voto: “Esse entendimento traz o endosso desta Corte, em precedentes que não consideram ofensiva da coisa julgada a decisão que determina se atualize o valor do imóvel desapropriado quando se trate de laudo antigo e a expropriante procrastinou o pagamento da indenização (RE 65.395, Pleno, RTJ 53/711; RE 68.608, 1^a T., RTJ 54/376; RE 78.506, 1^a T., RTJ 73/892; ERE 54.221, Pleno, RTJ 34/91), embora deva reconhecer que os há em sentido contrário”.

órgão do primeiro grau que fosse determinada uma segunda avaliação em coisa julgada de bens desapropriados pela União Federal. Estabelecido o novo valor da indenização, a credora pediu, e também obteve, a elevação de seis para 12% dos juros remuneratórios e a revisão dos honorários advocatícios.

A devedora resistiu a essas inovações da coisa julgada. Porém, ao esgotar a jurisdição com o recurso extraordinário, teve de conformar-se apenas com a reforma da majoração dos juros.

A relatoria coube ao Min. Néri da Silveira, cujo voto só deixou de ser referendado no todo por um dos pares da 1.^a Turma. Para ele, uma nova avaliação seria o mais indicado para fazer valer o “princípio constitucional do justo preço”. O Min. Moreira Alves discordou de tal ponto de vista por entender que:

Na espécie, há, não só o trânsito em julgado da sentença condenatória, que condenou em quantia certa, mas também o trânsito em julgado da sentença que determinou a correção monetária a partir de 1984 e não 1957, sendo, ainda, certo que, em 1987, já fora expedido o precatório requisitório.

Os novos honorários advocatícios também foram ratificados. No dizer do relator:

Não é possível afirmar que não mais pudessem ser modificados, inclusive no que concerne à forma de seu cálculo. Se ao ensejo da liquidação da sentença (...) teve-se como incabível o valor, à vista do qual se estabeleceu o *quantum* fixo de honorários, daí resulta a possibilidade de definir-se novo critério para obter sua expressão, com base na nova avaliação. Cabe, assim, desconsiderar-se, pura e simplesmente, o *quantum* fixado e partir-se para o estabelecimento, ou de percentual certo, ou de valor fixo em montante diverso.

O único consenso deu-se na rejeição da dobra do percentual dos juros remuneratórios. Segundo o Min. Néri da Silveira:

Se se tem admitido nova avaliação, embora a coisa julgada, quanto ao principal, não é de acolher-se idêntica solução, acerca do percentual de juros estabelecido, em decisão que transitou em julgado. Ora, na espécie, os juros compensatórios foram definitivamente assentados no acórdão, de fls. 201/202, do TFR, em 6% ao ano. Não caberia deixar, à margem dessa decisão, e fixar novo percentual.

Com o provimento parcial do recurso extraordinário da União Federal, o Supremo Tribunal Federal manteve a sentença que modificou os valores fixados na ação expropriatória. A coisa julgada, com isso, prevaleceu apenas em relação aos juros moratórios de 6% ao ano.¹⁷⁶

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Recurso Extraordinário nº 105.012-8/RN. Recorrente: União Federal. Recorrida: Linee Aeree Transcontinentale Italiane S/A. Relator: Néri da Silveira. Rio Grande do Norte, 1 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>. Acesso em: 12 nov. 2002.

CAPÍTULO VI – ‘O CASO SERRA PELADA’: GOLPE EM JUÍZO QUE MATERIALIZOU AS TRÊS POSSIBILIDADES TEÓRICAS DA COISA JULGADA INVÁLIDA

Sumário – 6.1 Adendos iniciais – 6.1.1 Os porquês deste estudo de caso – 6.1.2 Compreensão mínima das relações materiais evocadas na discussão em juízo – 6.1.3 O contexto processual que inspirou a propositura da *querela nullitatis insanabilis* – 6.2 Anatomia da fraude processual – 6.2.1 O desencadeamento do golpe – 6.2.2 A ‘fórmula jurídica’ do conto da doação presumida – 6.2.3 O universo dos doadores e dos ‘terceiros interessados’ – 6.2.4 O que proporcionou o sucesso da trama – 6.3 Fundamentos e obstáculos para a impugnação do golpe judicial – 6.3.1 O que foi considerado quando da propositura da *querela* – 6.3.2 O indeferimento da inicial e a reforma da decisão terminativa – 6.3. Reconhecimento, nas instâncias recursais, da compatibilidade e indispensabilidade do instituto no direito brasileiro.

6.1 ADENDOS INICIAIS

6.1.1 Os porquês deste estudo de caso

A motivação para abordar as dificuldades que cercam o reconhecimento judicial da coisa julgada inválida veio de embates vividos na prática da advocacia. Já a escolha de um caso concreto da experiência pessoal do autor para ilustrar a real importância da pesquisa teria ao menos duas justificativas: a confirmação empírica da tese sustentada neste estudo; e o emblematismo de um golpe processual que reuniu as três possibilidades teóricas de invalidade da coisa julgada.

A preocupação em aliar o pensamento conceitual com a realidade empírica está longe de ser uma característica dos textos jurídicos produzidos no Brasil. Tal enfoque metodológico, no entanto, parece de todo adequado à essência prática do Direito, que tem sido finalisticamente apreendida pelas diferentes escolas filosóficas como aquilo que deve ser cumprido ou observado pelo homem.

O propósito nesta passagem foi o de evitar a abordagem meramente especulativa ou racional. Daí o espaço reservado a uma discussão em juízo de dezenas de milhões de dólares estadunidenses que vem realçar ainda mais a sentida ausência,

em nosso direito legislado, de um instrumento processual talhado para a impugnação extraordinária de invalidades perpétuas da coisa julgada.

A leitura talvez incuta nos espíritos menos afeitos ao discurso dogmático da coisa julgada a impressão de que a situação fática descrita consegue estremar a visibilidade da essência relativa daquela garantia processual e, ao mesmo tempo, parece respaldar com perfeição a tese de que a ordem jurídica brasileira precisa recepcionar formalmente o instituto conhecido pelo *nomen iuris* de *querela nullitatis insanabilis*.

6.1.2 Compreensão mínima das relações materiais evocadas na discussão em juízo

No início da década de 1980, por decisão governamental, a autarquia Banco Central do Brasil – BACEN, a empresa pública Caixa Econômica Federal – CEF e a sociedade de economia mista Rio Doce Geologia e Mineração S/A – DOCEGEO passaram a comprar todo o ouro produzido no garimpo de Serra Pelada para o fim certo de compor a reserva técnica do Tesouro Nacional.

A aquisição do metal, naquele que foi durante muitos anos o maior garimpo a céu aberto do mundo, fazia-se com a presença física dos garimpeiros. A regra de mercado observada era a imemorial ‘compra e venda’ precedida pela estipulação mútua do percentual de impureza do veio explorado. Por esse pacto consuetudinário, na hipótese de o minério encontrado apresentar quantidade de pureza superior à estimada, quem compra experimenta ganho real em detrimento do garimpeiro. Se ocorrer o contrário, o prejuízo é suportado pelo comprador.

O papel da CEF na formalização da compra era o de intermediária que atuava “por conta e ordem” do Banco Central, nos termos de cláusula convencional assim redigida:

A CEF, por conta e ordem do BANCO, comprará o ouro extraído das áreas vinculadas à autorização de pesquisa concedida à Rio Doce Mineração e Geologia S.A. – DOCEGEO, na região de Serra Pelada,

em Carajás, Município de Marabá, Estado do Pará.¹⁷⁷

Os avaliadores dos quadros da CEF ultimavam a compra nas áreas do garimpo e, em seguida, repassavam todo o produto para que houvesse a depuração e o refino em usinas que a Casa da Moeda mantém no Estado do Rio de Janeiro. Posteriormente, o ouro era remetido em lingotes à Capital para compor as reservas do Tesouro Nacional na sede do BACEN.

A escrituração oficial dos valores destinados à compra constava de contas contábeis específicas das instituições envolvidas. Uma delas, criada para o registro das operações realizadas em Serra Pelada “por conta e ordem do Banco Central”, foi denominada “Banco Central – Reserva Bancária em Espécie”, subconta “Compulsórias”. Outra, também aberta por determinação do BACEN, destinava-se a contabilizar as diferenças ‘a maior ou a menor’ apuradas pela Casa da Moeda e que eram creditadas ou debitadas em nome da DOCEGEO.

Com isso, as diferenças positivas apuradas após o refino do ouro foram cotadas em moeda corrente e depositadas na referida conta bancária da DOCEGEO. Eventuais queixas quanto à regularidade do ato jurídico perfeito da série de ‘compras e vendas instantâneas’ realizadas no garimpo de Serra Pelada teriam, assim, de ser dirigidas às instituições intermediárias (*i. e.*, BACEN, CEF e DOCEGEO) e ao efetivo comprador, no caso, a União Federal.

6.1.3 O contexto processual que inspirou a propositura da *querela nullitatis insanabilis*

As complexidades encerradas pela demanda objeto desta ilustração casuística

¹⁷⁷ A cópia autenticada do mencionado Convênio integra os autos (fl. 236 e ss.) da Ação Ordinária n.º 86.24162-6 (antiga 394-G/86), proposta pela Cooperativa dos Garimpeiros de Serra Pelada – COMIGASP contra o BACEN, a CEF e a DOCEGEO junto à 7.ª Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal em Brasília.

decorrem do delito judicial aqui batizado de ‘Caso Serra Pelada’. O golpe consistiu em utilizar o nome da Cooperativa dos Garimpeiros de Serra Pelada para reivindicar de entidades federais, em especial da CEF, pretensos direitos de garimpeiros, que teriam origem na venda de ouro ocorrida nos primeiros anos da década de 1980. A trama foi posta em prática com a propositura de declaratória de ‘doação presumida’, uma aberração jurídica que só prosperou devido a expedientes como os da supressão da competência constitucional da Justiça Federal, citação por edital de órgãos federais e garimpeiros com endereços conhecidos, corrupção do juiz e sumiço dos autos onde teria sido prolatada a sentença que ‘passou em julgado’.

De posse do título judicial que acolhia a ‘doação presumida’, a Cooperativa voltou-se contra as entidades federais em ação de cobrança que foi distribuída à 7.^a Vara da Seção Judiciária da Justiça Federal em Brasília. A sentença nela proferida, que mais tarde tornar-se-ia ‘imodificável’ com a certificação do trânsito em julgado pela Secretaria do Supremo Tribunal Federal, condenou apenas a CEF a pagar integralmente o montante em dinheiro das alegadas diferenças quantitativas do ouro transacionado e outros consectários.

Formada a coisa julgada e iniciado o processo de execução, a empresa pública confiou-nos a continuidade da defesa. Inexplicavelmente, porém, recusou autorizar a propositura de rescisória para obter o *iudicium rescindens* da sentença prolatada na ação de cobrança. Este *decisum*, pouco depois, alcançaria a preclusibilidade definitiva com o decurso do biênio decadencial para a rescisão (CPC, art. 495), com o que a defesa, no tocante à coisa julgada havida no âmbito da Justiça Federal, ficou legalmente limitada aos meios de resistência facultados em procedimento de liquidação e processo de execução.

Uma tentativa extrema para evitar a consumação do golpe poderia estar no ataque à sentença prolatada pelo juiz corrupto nos autos da ação declaratória de ‘doação presumida’. Como o título havia conhecido o trânsito em julgado definitivo, o direito legislado não ensejava nenhum meio autônomo para a impugnação extraordinária. A única esperança pareceu, então, repousar na *querela nullitatis*

insanabilis, um instituto medieval que continua a contar com alguma aceitação na doutrina e na jurisprudência. Mesmo banida nos últimos séculos do universo conceitual dogmático, essa espécie de *actio nullitatis* sempre teve o respaldo das ‘leis da lógica e da razão’ para infiltrar-se na prática forense e suprimir do mundo jurídico, a qualquer tempo, a *res iudicatae* nascida de vício insanável.

A opção impunha-se como medida de desespero e foi formalizada junto ao juízo da ação de cobrança em 9 de junho de 1993. Pouco depois, o titular da 7.^a Vara Federal alegou ser incompetente para declarar a nulidade da sentença prolatada pelo juiz estadual nos autos da ‘doação presumida’ e indeferiu a petição inicial da *actio nullitatis*. Interposto o recurso de apelação contra a decisão terminativa, a 3.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região decidiu pela competência da Justiça Federal e determinou o retorno dos autos à origem “para que seja examinado o mérito do pedido”.¹⁷⁸ A Cooperativa, inconformada, interpôs o recurso especial que deixou de ser conhecido pelos Ministros da 3.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷⁹

Com as preclusões lógica e temporal da possibilidade de reverter o resultado do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, os autos da *querela nullitatis insanabilis* baixaram recentemente ao primeiro grau de jurisdição para que haja a apreciação do mérito das alegadas invalidades da coisa julgada produzida na relação processual da ‘doação presumida’. Os detalhes desse contexto e os possíveis

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região. Apelação Cível nº 94.01.00139-1/DF. Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF. Apelada: Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada - COOMIGASP. Relator: Juiz Luiz Airton de Carvalho. Brasília, 10 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://arquivo.trf1.gov.br/web2/default.asp?processo=9401001391&pag=9&pt=27 &pd=0&TT=>. Acesso em: 3 jan. 2003.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360.733-DF. Recorrente: Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada - COOMIGASP. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 3 jan. 2003.

desdobramentos são os objetos deste Capítulo.

6.2 ANATOMIA DA FRAUDE PROCESSUAL

6.2.1 O desencadeamento do golpe

Os dirigentes da Cooperativa teriam simulado a convocação de assembléia geral para que seus 53 mil filiados doassem à instituição os direitos e interesses de mais de 100 mil garimpeiros sobre eventuais diferenças apuradas nas transações individuais realizadas em todos os anos de funcionamento do garimpo de Serra Pelada. Mais tarde, um ‘documento’ com 23 assinaturas não reconhecidas foi apresentado em juízo com a denominação de ‘ata da assembléia’ para ‘provar’ que, numa ‘noite chuvosa’, aquela meia dúzia de gatos pingados teria comparecido, ‘em terceira chamada’, para formalizar a ‘doação dos direitos’ de dezenas de milhares de garimpeiros.

Conquanto a ordem jurídica reconheça apenas a cessão de direitos, desde que revestida das formalidades legais próprias aos atos solenes, a Cooperativa utilizou aquela pretensa ‘ata’ para desfechar o golpe com duas medidas judiciais. A primeira foi chamada de ‘protesto judicial’, que não cria direitos, não é constitutivo e sequer produz coisa julgada. A segunda recebeu o nome de “ação declaratória de outorga de consentimento presumido de doação”, nominação esta que atenta contra as noções mais elementares da ciência jurídica, pois ou há consentimento ou o ato simplesmente inexistente.¹⁸⁰ Ambas, como será visto a seguir, alcançaram pouco depois a ‘autoridade

¹⁸⁰ A manifestação positiva da volição é requisito essencial do ato jurídico bilateral da doação. O silêncio é incompatível com a natureza da declaração “porque as declarações pressupõem processo de comunicação” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 58-60). Em síntese: “Para haver ‘doação’, sujeita ao regime particularmente severo deste contrato, é necessário que alguém, ‘por liberalidade’, como diz o art. 1.165 do CC [art. 538 do CC de 2002], proporcione a outrem certa vantagem à

da coisa julgada' graças à provada corrupção do juiz e à supressão total do devido processo legal.

6.2.2 A 'fórmula jurídica' do conto da doação presumida

O golpe processual foi deslanchado no ano de 1986 com uma petição inicial intitulada de 'ação declaratória de outorga de consentimento presumido de doação'. A pretensão deduzida era a de “obter o consentimento presumido de associados, ou não, no sentido de fazerem a doação de valores correspondentes às sobras de ouro, paládio, prata e outros metais preciosos que foram comercializados pelos garimpeiros desde o início das atividades de garimpagem no local, até hoje, com a DOCEGEO (subsidiária da Companhia Vale do Rio Doce), CEF (Caixa Econômica Federal) e BACEN (Banco Central do Brasil)”.¹⁸¹

Como única causa de pedir, a inicial sustentava que vinte e três dos seus cerca de cinquenta e três mil garimpeiros filiados teriam comparecido a uma assembléia extraordinária e “procedido a doação de suas cotas-partes à Cooperativa”. A homologação judicial seria necessária porque existiam outros milhares de “ausentes, mortos ou, até mesmo, que atualmente não mais empregam suas atividades no garimpo de Serra Pelada, não sendo, pois, associados da requerente, e que comercializaram suas produções antes de sua existência”.

6.2.3 O universo dos doadores e dos 'terceiros interessados'

Os presumíveis doadores seriam os cinquenta e três mil garimpeiros

custa do seu patrimônio (VARELA, Antunes. Doação: requisitos. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 29, p. 168-71).

¹⁸¹ Transcrição de trecho da peça inicial da ação proposta junto à 2.^a Vara Cível da Comarca paraense de Marabá (Proc. n.º 4.149/86, Cooperativa dos Garimpeiros de Serra Pelada *versus* "terceiros interessados").

regularmente inscritos na Cooperativa e mais os “ausentes, mortos ou, até mesmo, que atualmente não mais empregam suas atividades no garimpo de Serra Pelada, não sendo, pois, associados da requerente, e que comercializaram suas produções antes de sua existência”. Entre os ‘terceiros interessados’, segundo os arquitetos do golpe, estariam todas as instituições federais pretensamente obrigadas.

Não era o caso, portanto, de citação por edital. Os entes federais e os garimpeiros filiados contavam com endereços certos e conhecidos. Mesmo assim, e sem que houvesse prova da citação, o juiz declarou a revelia e homologou, em tempo recorde, “a outorga do consentimento presumido de doação de sobra do ouro, do paládio, da prata e outros metais preciosos retirados do garimpo de Serra Pelada”.

6.2.4 O que proporcionou o sucesso da trama

Corria o ano de 1992 e a ação de cobrança fundada no título da doação presumida teve o trânsito em julgado certificado pelo Supremo Tribunal Federal. A execução provisória pendia de liquidação por arbitramento quando recebemos a incumbência de assumir a defesa da CEF. Os primeiros passos consistiram em produzir uma série de petições para evitar o depósito em juízo do montante da condenação, que alcançava várias dezenas de milhões de dólares estadunidenses.

Em seguida, a prioridade seria conhecer os autos da ação declaratória de doação presumida. Estes haviam sido retirados há alguns anos da secretaria do juízo da comarca paraense por um dos advogados da Cooperativa. Quando intimado a devolvê-los, o profissional respondeu que não poderia porque o processo teria sido consumido em incêndio ocorrido nas dependências de sua representada. Só não explicou como isso teria sido possível, já que o registro do sinistro por parte das autoridades policiais atestava que o fogo teria tido lugar muito tempo antes da saída dos autos do cartório judicial.

Mesmo com todo o empenho da CEF, os autos da doação presumida continuaram desaparecidos e a reconstituição não pôde ser feita pela total falta de

interesse da Cooperativa. Restou à defesa socorrer-se de cópias das peças que instruíram a inicial da ação de cobrança e de custosas pesquisas promovidas nos círculos forenses do município de Marabá. Os poucos elementos conseguidos, porém, seriam suficientes para comprovar que o sucesso inicial do golpe deveu-se exclusivamente à série impressionante de ilícitos processuais. Invalidades que vão da falta de citação e negativa de preceitos constitucionais à corrupção de magistrado.

6.3 FUNDAMENTOS E OBSTÁCULOS PARA A IMPUGNAÇÃO DO GOLPE JUDICIAL

6.3.1 O que foi considerado quando da propositura da *querela*

Com o trânsito em julgado da doação presumida perpetrada na justiça estadual, a Cooperativa municiou-se do título executivo para propor a ação de cobrança apenas contra o BACEN, a CEF e a DOCEGEO. A ação foi proposta na Seção Judiciária da Justiça Federal em Brasília e, quando da composição do conflito, o titular da 7ª Vara houve por bem excluir o BACEN e a DOCEGEO e julgar procedente o pedido em relação à CEF.¹⁸²

As partes esgotavam ainda a via recursal quando a Cooperativa requereu a execução provisória. O perito da liquidação por arbitramento, mesmo sem consultar os registros oficiais das compras de ouro efetuadas para compor as reservas do Tesouro, chegou a uma dívida inicial de mais de novecentos quilos do metal. Respalhada em fortes evidências de desvios e equívocos constatados no trabalho apresentado pelo vistor oficial, a empresa pública federal impugnou o laudo e agravou várias das interlocutórias proferidas. Porém, embora existissem e continuem a existir vários incidentes processuais e recursos à espera de pronunciamento do grau revisor, o *quantum debeatur* foi homologado por sentença que também continua sujeita a ser

¹⁸² Ação Ordinária nº 394-G/86, posteriormente renumerada para 86.24162-6.

revista quando do julgamento de recurso de apelação interposto pela CEF.

Por essa época, a defesa da estatal já estava segura de que o título judicial evocado como fundamento da ação de cobrança continha inúmeras invalidades e precisava ser impugnado antes do pagamento compulsório da condenação multimilionária. O meio autônomo da impugnação extraordinária seria a *querela nullitatis insanabilis*, único instrumento processual que se pode ter como apropriado para o questionamento perpétuo das inconstitucionalidades, inexistências jurídicas e nulidades *ipso iure* contidas na sentença prolatada pelo juiz da 2.^a Vara Cível da comarca paraense de Marabá. Eis alguns exemplos dos vícios substanciais que afrontaram a cláusula do devido processo legal e o princípio da supremacia da Constituição:

- falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, no caso o BACEN, a CEF, a DOCEGEO e a União Federal, todos apontados na inicial da ação declaratória de doação presumida como detentores ilegítimos dos valores correspondentes às pretensas diferenças a maior de metais comercializados pelos garimpeiros e que deveriam ter sido citados para integrar o pólo passivo da relação processual pela possibilidade de “obrigação direta, a prejudicá-los ou afetar-lhes direito subjetivo”¹⁸³;

- nulidade de pleno direito da alegada e nunca provada citação editalícia dos réus, em especial dos garimpeiros regularmente afiliados à Cooperativa, *i. e.*, cadastrados, portadores de carteira de sócios contribuintes e com endereços certos, conhecidos e individualizados (CPC, arts. 231, 247 e 248);

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 118-DF. Suscitante: Juízo Federal da 7ª Vara-DF. Suscitado: Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de Brasília-DF. Relator: Sálvio de Figueiredo. Brasília, 28 de agosto de 1989. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 14 nov. 2002.

- quebra de competência constitucional *ratione personae*¹⁸⁴ e supressão do juízo natural das instituições federais¹⁸⁵, dado que não pode ser alterada a reserva de atuação judiciária conferida com antecedência pela ordem jurídica;

- ausência de relação jurídica processual, pois a simples homologação da versão unilateral de que teria havido ‘doação presumida’ caracteriza negativa da garantia constitucional do direito de defesa em processo legal;¹⁸⁶

- omissão de nomes de réus filiados à autora e também da intimação de curador especial para substituir processualmente os réus de existência certa e endereço conhecido (CPC, arts. 9.º, inc. II, e 246);

- corrupção do juiz pela Cooperativa, ilícito que teria sido provado em sindicância instaurada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará para conhecer irregularidades como a noticiada nos seguintes trechos de carta divulgada em reportagem de primeira página do jornal local:

¹⁸⁴ A Constituição Federal de então atribuía ao juízes federais a competência exclusiva para “processar e julgar, em primeira instância, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal” fossem “interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar” (CF de 24.01.67, com a redação da EC n.º 1, de 17.10.69). O preceito foi recepcionado pela Constituição de 1988 com as seguintes alterações de forma e conteúdo: “Aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (CR, art. 109, inc. I).

¹⁸⁵ O Estado de Direito exclui a possibilidade de juízos de exceção ao garantir que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (CR, art. 5.º, inc. LIII).

¹⁸⁶ O vínculo processual não se angularizou porque só contou com a participação da autora e do juiz estadual. O direito constitucional de ação pressupõe o poder de deduzir uma pretensão e também o da outra parte defender-se; qualquer obstáculo ao seu regular exercício fere os consectários da ampla defesa e do contraditório (CR, art. 5.º, incs. LIV e LV).

Na carta, Sérgio Couto [advogado da Cooperativa e Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil] acusa o magistrado de várias maneiras, bem como de ter-lhe pedido dinheiro emprestado (170.000,00) e também passagens aéreas para Belém, no que ele diz ter atendido. ‘Só não posso provar é que esse dinheiro foi dado por empréstimo e, não, por corrupção. Assim fico exposto a responder por crime de corrupção e concussão que pratica tanto quem dá como quem recebe dinheiro para obter vantagens ilícitas’, diz o causídico. Acusa também ao magistrado de ter obrigado o advogado Vanduir Lima a lhe dar 400.000,00 para que despachasse favorável nos ‘levantamentos de um dinheiro da Cooperativa de Garimpeiros, depositado na CEF em favor de Jorge Esmael e Leal Júnior. Isso, inclusive, o Dr. Vanduir está pronto para provar e quem também viu esse dinheiro foi o Alan, oficial de Justiça, que também levou 100 mil cruzados’, diz Sérgio Couto na longa missiva recheada de outras acusações ao Magistrado.¹⁸⁷

6.3.2 O indeferimento da inicial e a reforma da decisão terminativa

Nesse meio tempo, a exemplo do que havia ocorrido com o julgado estadual de 1988, a sentença federal da ação de cobrança tornou-se igualmente *res iudicatae* definitiva por ocasião do transcurso do biênio da rescisória. A perspectiva que se oferecia para a defesa, como última cartada para evitar o sucesso do golpe da doação, passava então a ser a propositura da *querela nullitatis insanabilis* contra o título judicial forjado no interior do Pará.

As incertezas eram muitas, a começar pela competência jurisdicional para o conhecimento das invalidades. Avaliação apressada poderia conduzir à impressão de que a competência seria de órgão do Poder Judiciário do Estado do Pará. Mas, como empresa pública federal, a CEF tem como juízo natural e originário o primeiro grau da Justiça Federal (CR, art. 109, inc. I). Esta competência *ratione personae* prefere a qualquer outra e, embora resolvesse o problema em favor da esfera federal, deixava

¹⁸⁷ A Comissão encarregada da apuração contou com Desembargadores e representantes do Ministério Público estadual e da Ordem dos Advogados do Brasil. Do relatório final consta, entre outros ilícitos, que os advogados da Cooperativa teriam cedido dinheiro para o juiz comprar automóvel, fornecido passagens aéreas para ele e a esposa e mobiliado seu gabinete e também a residência.

dúvidas quanto à quem caberia conhecer a lide. Afinal, a *actio* deveria ser proposta junto ao primeiro grau ou perante o grau revisor? Se a competência era de juiz federal, seria da Seção Judiciária do Distrito Federal, onde o título estava sendo executado, ou do Estado do Pará, onde a sentença inválida foi prolatada? Se do segundo grau, seria do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, com sede no Recife e ao qual está vinculada a Seção Judiciária do Estado do Pará, ou o da 1.^a Região, que revisa os julgados dos juízes federais de Brasília?

A ponderação lógica e sistêmica permitia inferir que a *querela* teria de ser proposta, por dependência, na 7.^a Vara Federal. Assim foi feito, com a posterior discordância do magistrado, para quem havia impossibilidade jurídica de o juiz federal anular sentença de juiz estadual. Eis o fundamento lido na terminativa:

[...] sejam quais forem os alegados vícios da relação processual, ou mesmo a falta de citação da Caixa Econômica Federal, não é admissível que o Juiz Federal anule sentença proferida por Juiz Estadual, como quer a autora. Como a sentença não é sua, o juiz federal estaria atuando como órgão de 2.^a instância. No sistema do direito processual civil não se admite que o juiz de 1.^o grau anule sentença de juiz de igual hierarquia.¹⁸⁸

No recurso interposto contra a sentença que indeferiu a inicial da *querela*, a CEF procurou demonstrar a precedência da justiça comum federal em face da justiça comum estadual e a inafastabilidade dos preceitos constitucionais em torno da competência funcional por graus de jurisdição. Evocou, para tanto, entendimentos jurisprudenciais e lições doutrinárias que observam a seguinte linha:

[I – julgado] Como se sabe, competência não é para quem quer, mas para quem pode. O juiz natural é fixado em nosso sistema pela Constituição. É dela, Constituição, que devemos partir. A primeira regra estabelecida pelo art. 109 da Constituição – a regra geral – é fixada *ratione personae*. Isso, no fundo, veio da Constituição norte-americana, onde a União, diante de Estados-membros fortes, tinha que ser protegida. A regra geral, pois, é de que a União Federal, suas

¹⁸⁸ Ação Declaratória de Nulidade nº 93.10026-2 (originalmente, 93.7218-8), 7.^a Vara da Seção

autarquias e suas empresas públicas só podem ser julgadas por tribunais da União;¹⁸⁹

[II – doutrina] Se a lide que se examina não se inclui na esfera da justiça especial, será, então, de competência da justiça comum. Todavia, a justiça comum ainda está dividida em justiça comum federal e justiça comum estadual, sendo que a primeira precede a segunda para a fixação da competência. [...]. Somente após a constatação de que o caso não está também relacionado como sendo da competência da justiça federal, cai-se na competência comum geral da chamada justiça comum. [...]. Concomitantemente à verificação de a hipótese estar ou não enquadrada em alguma justiça especial, é necessário que se examine se não existe previsão constitucional que subtraia a causa dos juízes de primeiro grau, atribuindo a competência diretamente a algum Tribunal. Essa competência atribuída diretamente ao Tribunal chama-se competência originária e, conseqüentemente, exclui a ordem normal dos processos, que é o ingresso em primeiro grau para subir, posteriormente, em grau de recurso aos Tribunais superiores.¹⁹⁰

Ao julgar o recurso, o órgão revisor admitiu expressamente a sobrevivência no direito brasileiro da *querela nullitatis insanabilis*, considerou impossível o trânsito em julgado de algo aparente e nulo de pleno direito, reafirmou o interesse de agir da empresa pública federal e terminou por reconhecer a competência exclusiva do primeiro grau da Justiça Federal. Em certa passagem do seu voto, o relator pergunta e responde o seguinte:

[...] como poderá ser obrigada a CEF, ou melhor, como poderá ser-lhe oposta uma sentença, em cujo processo não foi ouvida, não tendo sido a ela assegurado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa? A sentença proferida pelo Juízo de Marabá/PA não pode ser oponível à CEF, em face da *nullitatis insanabilis*, que nela se encontra, isto é, a falta de sua citação para o processo, onde teria direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

¹⁸⁹ STJ, Confl. n° 660-DF, Rel. Adhemar Maciel, j. 25.8.90. No mesmo sentido: BRASIL.

Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n° 2.285-PE. Suscitante: Juízo Federal da Primeira Vara – Pernambuco. Suscitado: Juízo de Direito de Belo Jardim - PE. Relator: Waldemar Zveiter. Pernambuco, 3 de fevereiro de 1992. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 14 nov. 2002.

¹⁹⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1989. p. 196-200, v. I.

Não se trata, pois, de anular na Justiça Federal o que decidiu a Justiça Estadual do Pará, mas de declarar que aquela decisão não é oponível à CEF, que não foi citada para a demanda.

A ementa ficou assim:

Processual civil. Ação de declaração de nulidade insanável (*Querela nullitatis insanabilis*). Conceito. Existência no direito processual brasileiro. Declaração de não oponibilidade dos efeitos da sentença para o réu não citado. Inexistência de *res judicatae*. Apelação provida. 1. A ação declaratória de nulidade insanável – *querela nullitatis insanabilis*, apesar de ter tido origem no direito medieval, subsiste no direito processual brasileiro, como ação ordinária autônoma, para declarar a não oponibilidade dos efeitos da sentença proferida contra réu não citado para a ação, tornando inválido o processo contra ele (CPC, art. 214, e CF, art. 5.º, LIV e LV). 2. A sentença proferida contra réu não citado para a ação, por ser inválido o processo, isto é, inexistente, não transita em julgado. 3. A CEF, por ser depositária dos bens, objeto da 'Ação Declaratória de Outorga de Consentimento Presumido de Doação', ajuizada contra 'Terceiros Interessados', na qual não foi citada, tem interesse processual em ver declarado, pela Justiça Federal, seu foro natural, que a relação jurídica decorrente da sentença proferida em processo inválido (art. 214 do CPC e art. 5.º, LIV e LV, da CF) não lhe é oponível, bem como o título executivo dela resultante. 4. Apelação provida, para que seja examinado o mérito do pedido.¹⁹¹

O inconformismo então passou a ser da Cooperativa, que interpôs recurso especial fundado na assertiva de que o acórdão do tribunal *a quo* teria violado a coisa julgada ao considerar que as eventuais sobras de metais preciosos não poderiam ser devolvidas por constituírem herança jacente pertencente à União Federal. A relatora do especial discordou de tal tese porque o acórdão recorrido só fez determinar o retorno dos autos ao juízo do primeiro grau para que fosse apreciado o mérito da *actio nullitatis*. Compreensão que foi ratificada pelos demais ministros e resultou nesta

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Apelação Cível nº 94.01.00139-1/DF.

ementa:

Processual Civil. Recurso Especial. Acórdão recorrido. Invalidez. Coisa julgada. Violação. Inocorrência. – O acórdão recorrido não padece de invalidez, porquanto, assentado em fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada, pronunciou-se acerca das questões suscitadas pelas partes. – Inexiste, na espécie, a alegada violação à coisa julgada, uma vez que, a par de não se tratar de pretensão novamente deduzida em ação idêntica, o acórdão recorrido não atingiu a imutabilidade e a indiscutibilidade da parte dispositiva da sentença proferida na outra ação.¹⁹²

6.3.3 Reconhecimento, nas instâncias recursais, da compatibilidade e indispensabilidade do instituto no direito brasileiro

O provimento definitivo da *querela nullitatis insanabilis* deu-se "para que seja examinado o mérito do pedido". Mas, sem que incorresse em tutela *extra* ou *ultra petita*, o acórdão proferido no regional cuidou de realçar as invalidades perpétuas do título judicial e tornou certa a inexigibilidade jurídica daquilo que é aparente, inconstitucional e nulo de pleno direito.

O 'Caso Serra Pelada' é, assim, um exemplo paradigmático da importância da *querela*. Passados todos esses anos desde o trânsito em julgado da sentença firmada pelo juiz corrupto, a *actio nullitatis* tornou-se o único instrumento processual hábil para a impugnação extraordinária de todas as invalidades encerradas pela relação jurídica da inominável 'doação presumida'. Sem a *querela*, bens e interesses de relevância superior ao da coisa julgada estariam irremediavelmente comprometidos e o sentimento final seria de estarmos submetidos a uma ordem jurídica das mais iníquas.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360.733-DF. Recorrente:

Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada - COOMIGASP. Recorrido: Caixa Econômica

Federal - CEF. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de junho de 2002. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 3 jan. 2003.

III PARTE – INFERÊNCIAS QUE APONTAM PARA A NECESSIDADE
DE COLMATAR O DIREITO LEGISLADO BRASILEIRO COM A
RECEPÇÃO FORMAL DA *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*

CAPÍTULO VII – A ESPÉCIE DE *ACTIO NULLITATIS* MELHOR TALHADA PARA A IMPUGNAÇÃO PERPÉTUA DA COISA JULGADA INVÁLIDA

Sumário – 7.1 A impugnação da coisa julgada inválida na atual ordem jurídica brasileira – 7.1.1 A equivocada opção legislativa por meios de impugnação extraordinários unicamente preclusivos – 7.1.2 Os instrumentos processuais de impugnação autônoma hoje admitidos pelo direito legislado – 7.1.3 A admissão de outros meios processuais pela doutrina e jurisprudência mais qualificadas – 7.1.4 A anomia cada vez mais sentida de um meio autônomo para a impugnação perpétua de títulos inválidos – 7.1.5 A identidade romano-germânica da *querela* e sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente no Brasil – 7.1.6 Possibilidades mais óbvias de inserção normativa – 7.2 Coisa julgada passível de ser impugnada a qualquer tempo – 7.2.1 A conformação normativa e a natureza relativa da coisa julgada no direito brasileiro – 7.2.2 A fundamentação teórica da coisa julgada e a contradição intrínseca dos *topoi* de sua ‘intangibilidade’ – 7.2.3 As espécies de coisa julgada inválida que se sujeitam à impugnação perpétua pela via da *querela nullitatis insanabilis*.

7.1 A IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INVÁLIDA NA ATUAL ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

7.1.1 A equivocada opção legislativa por meios de impugnação extraordinários unicamente preclusivos

O direito legislado brasileiro ressenete-se da falta de instrumento processual próprio para a impugnação, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, da coisa julgada inválida. Carência que não resulta de imprevisão, mas sim da adesão consciente às exigências jurídicas de ‘certeza’ quanto ao direito afirmado na relação processual e ‘segurança’ de todos quanto às situações jurídicas atingidas pela composição do conflito de interesses.

A certeza e a segurança jurídicas são apanágios indispensáveis ao Estado de Direito. Elas contribuem para o esforço estatal de pacificação social e, no que diz respeito à intangibilidade definitiva da coisa julgada, facilitam a administração da justiça ao (a) evitar novas apreciações judiciais sobre a mesma controvérsia e (b) frustrar a tendência humana de eternizar o litígio.

As justificativas para a prevalência dessas convicções arraigadas vão da natural ação destruidora do tempo ao interesse institucional em que as relações entre as pessoas não fiquem, *ad aeternum*, à mercê da incerta iniciativa do jurisdicionado supostamente prejudicado por nulidades processuais. A ordem jurídica parece condenar de modo veemente esse ‘estado de dúvida’ quando extingue em certo tempo o direito à impugnação ou presume renunciada a restrita faculdade de resistir à coisa julgada. Seria algo como o preço a ser pago por aquele que deixa de buscar o reconhecimento judicial da invalidade no prazo preclusivo estabelecido em lei para os dois únicos meios nominados de impugnação extraordinária da coisa julgada, *i. e.*, a ação rescisória e os embargos à execução.

Os *topoi* da certeza e da segurança reúnem, assim, excelentes atrativos lógicos para a conformação cientificista do direito sancionado pelo Estado. Só que a experiência jurídica, dadas as suas indissociáveis vinculações com as ‘leis da razão’, tem evidenciado, na prática forense, a necessidade de os ideais da certeza e da segurança serem contrapostos a uma série de valores superiores da própria ordem jurídica. E quando do sopesamento de bens e interesses envolvidos, aqueles pressupostos de estabilidade precisam, às vezes, ceder diante da evidência da natureza relativa da autoridade do caso passado em julgado.

É o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada inconstitucional. A gravidade do vício assume tamanha proporção que, mesmo com o passar de toda uma vida, ainda assim não se deveria conviver com a preponderância de um simples instituto processual sobre o princípio da supremacia da Constituição. Admitir o contrário, como tem acontecido regularmente em nossos tribunais, significa negar o que há de mais legítimo no discurso da estabilidade jurídica. Afinal, que certeza e segurança podem haver numa ordem jurídica que sequer consegue fazer prevalecer o disposto em sua Lei Maior?

7.1.2 Os instrumentos processuais de impugnação autônoma hoje admitidos pelo direito legislado

Por lei, a decisão judicial de mérito que passa em julgado só poderia ser impugnada com a propositura de ação rescisória ou oposição de embargos à execução (CPC, arts. 485 a 495 e 741 a 744).

As poucas hipóteses *numerus clausus* de cabimento da ação rescisória sujeitam-se a biênio decadencial e podem ser deduzidas para obter o *iudicium rescindens* e, no mais das vezes, também o *rescissorium*. O juízo rescindendo é inerente a toda ação rescisória e tem índole constitutiva negativa. Já o juízo rescisório depende da necessidade de um novo julgamento, o que nem sempre ocorre (p. e., inc. IV do art. 485 do CPC).

Os embargos à execução, que vêm a ser um misto de peça de defesa e ação de conhecimento, também estão pautados por elenco exaustivo dos mais diminutos e prazo preclusivo de apenas dez dias. As invalidades da coisa julgada neles versadas restringem-se à “falta ou nulidade de citação” e incompatibilidades “com a Constituição” (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único; CLT, art. 884, § 5.º).

Essas poucas concessões do legislador ordinário reafirmam a tendência histórica de inserir os vícios processuais na categoria de nulidades relativas, de modo a convalerem com o trânsito em julgado. As raras nulidades absolutas remanescentes sucumbiriam, conseqüentemente, com a eventual preclusão dos prazos legais de propositura da rescisória e oposição de embargos à execução.

Tem-se aí a síntese legalista do nosso sistema de impugnação extraordinária dos vícios processuais contidos na decisão judicial com trânsito em julgado. Expirados os prazos preclusivos da rescisória e dos embargos, a invalidade do ato processual perde a existência jurídica e já não pode mais ser argüída pelo prejudicado ou ser conhecida pelo Poder Judiciário.

7.1.3 A admissão de outros meios processuais pela doutrina e jurisprudência mais qualificadas

Conquanto possa soar contraditório ou despropositado, a verdade é que, na

prática forense, o jurisdicionado tem como atacar a coisa julgada inválida a todo o tempo e pelo meio processual que se lhe afigurar mais conveniente. Esta dedução teria sido parcialmente antecipada por Enrico Tullio Liebman ao dizer que “todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgamento meramente aparente é, na realidade, inexistente e de nenhum efeito”. O então professor da Universidade de São Paulo entendia que “a nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretenda tirar da sentença um efeito qualquer, assim como pode ser pleiteada no processo principal, meramente declaratório”.¹⁹³

Boa parte dos círculos jurídicos aceitam sem maiores reservas essas considerações do processualista italiano. Daí afirmações como a de que “a sentença nula de pleno direito” autorizaria o pedido de “decretação da nulidade, fora da ação rescisória, nos simples embargos do devedor; ou, antes em *actio nullitatis*, ou em *exceptio nullitatis*”.¹⁹⁴

Opiniões como essas foram transcritas na fundamentação de um acórdão que acolheu a *querela nullitatis insanabilis* como meio autônomo de impugnação da coisa julgada aparente ou nula de pleno direito. O relator sustentou na oportunidade que não há trânsito em julgado quando a relação processual sequer chegou a ser constituída, o que propicia a declaração de nulidade “a qualquer tempo, (...) em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”.¹⁹⁵

O Supremo Tribunal Federal também tem tido postura liberal quando se

¹⁹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 446.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974-1978. v. 11. p. 102.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Nulidade da citação (inexistência) – *Querela nullitatis*. Recurso Especial nº 12.586/SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade LTDA. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 8 de outubro de 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 nov. 1991. Seção 1, p. 15684.

depara com a fungibilidade dos meios autônomos de impugnação. Em certa ocasião, ao julgar a viabilidade de *querela nullitatis insanabilis* proposta por terceiros juridicamente interessados – que assim foram considerados “em relação à sentença na ação de usucapião” -, aquele órgão de superposição máxima seguiu a orientação liebmaniana por entender que “os terceiros desse grupo podem opor-se à sentença, que de modo algum afeta o seu direito”.¹⁹⁶

Em outras oportunidades, a Corte reafirmou a linha mais liberal ao admitir até mesmo a propositura de ações cognitivas para a obtenção do reconhecimento judicial da inexistência jurídica da relação processual.¹⁹⁷

Há, como restou demonstrado, autêntica “concorrência dos meios de impugnação”.¹⁹⁸ Fenômeno que encontra explicação na convergência doutrinária e jurisprudencial quanto à fungibilidade de qualquer dos instrumentos escolhidos, ainda que seja o mandado de segurança¹⁹⁹ ou a extravagante “exceção [*rectius*: objeção] de

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.677/GO. Recorrente: José Romão Carneiro, sua mulher e outros. Recorrido: Joaquim Pedro Neto e sua mulher. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 21 de agosto de 1969. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 1969. n. 50, p. 703-705.

¹⁹⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836.

¹⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 223.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança contra ato judicial. Sentença proferida em processo nulo *pleno iure* por falta de citação do réu. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.986-0/RJ. Recorrente: Salvador de Souza Rocha. Recorrido: Juiz de direito da 1ª Vara Cível de Família de Campos-RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 5 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 24 nov. 2002.

pré-executividade”.²⁰⁰

7.1.4 A anomia cada vez mais sentida de um meio autônomo para a impugnação perpétua de títulos inválidos

A coisa julgada inválida afronta as compreensões mais elementares do que vem a ser o Direito e a Justiça. E é de todo impensável que o legislador possa contemplar em enumerações exaustivas aquilo que deve ser tido como título judicial aparente, inconstitucional ou nulo *ipso iure*.

Esgotar em texto escrito as hipóteses que possam resultar em coisa julgada inválida seria uma daquelas tarefas consideradas sobre-humanas. Tanto que a experiência judiciária noticia inúmeras situações que, conquanto nunca tenham sido previstas em norma, encerram a mais perfeita certeza jurídica quanto à impossibilidade de o título judicial vir a ser reconhecido pelo Direito.

Se for levado em conta o atual universo doméstico de milhões de lides compostas a cada ano, a enfermidade processual descrita como coisa julgada inválida chega a ser extraordinária e os números de sua incidência concreta podem ser avaliados como quantitativamente insignificantes. Esta realidade, contudo, não diminui a preocupação com a sentida ausência em lei de um instrumento processual específico para o reconhecimento da imprestabilidade daquilo que não reúne um mínimo de aptidão para produzir efeitos jurídicos. Dir-se-ia mesmo que:

[...] ninguna legislación, ni siquiera las cominadas por el principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la aceleración del término de las litis y en alcanzar con la mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica, y en obediencia a éstas, debe la ciencia admitir, aunque sea en la medida más restringida, que aun después de la preclusión de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro:

insanable.²⁰¹

A falta do meio de impugnação adequado precisa então ser colmatada porque o que é aparente, inconstitucional ou nulo de pleno direito não pode ser perpetuado por preclusão processual. Obviedade que ficou ainda mais evidente com a recente previsão de inexigibilidade das decisões proferidas em descompasso com o texto constitucional (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único; CLT, art. 844, § 5.º). Se é assim, o instituto melhor talhado para o reconhecimento judicial de qualquer das invalidades imprescritíveis seria a *querela nullitatis insanabilis, actio* que sempre se prestou admiravelmente para reparar desde iniquidades extremas até lesões diretas ao princípio da supremacia da Constituição.

7.1.5 A identidade romano-germânica da *querela* e sua compatibilidade com a ordem jurídica vigente no Brasil

A *querela nullitatis insanabilis* surgiu no início do período medieval como meio de impugnação de sentenças nulas que conciliava aspectos comuns aos sistemas jurídicos romano e visigodo. Ela seria, assim, “uma das sínteses entre o princípio germânico da força formal da sentença e a distinção romana entre *sententia nulla* e *sententia iniusta*”.²⁰²

A criação desta *actio nullitatis* coube a legisladores de algumas cidades italianas e logo foi incorporada pelo direito canônico. Sua função inicial foi a de aumentar a estabilidade das relações jurídicas, pois até então reinava a subjetiva compreensão romana de que a nulidade seria insuscetível de produzir qualquer efeito,

²⁰¹ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil: vicios de la sentencia y medios de gravamen*. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 463.

²⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. XI, p. 30.

e sequer reclamava a declaração formal de sua inexistência jurídica.

O regime jurídico diferenciado quanto a prazos de impugnação dos *errores in iudicando et in procedendo* levaria a *querela* a ser adjetivada como sanável e insanável. A *sanabilis* veio a conhecer, um pouco mais tarde, a completa absorção pelas hipóteses atualmente admitidas para a interposição do recurso de apelação, ao passo que a *insanabilis*, em certas ordens jurídicas, continuou a ser o meio utilizado para obstar a preclusibilidade da coisa julgada inválida.

O legislador brasileiro acompanhou a política de muitas ordens jurídicas de filiação romano-germânica ao excluir a *querela nullitatis insanabilis* do *ius scriptum* e fundir os institutos da *appellatio* e da *sanabilis*. A *insanabilis*, no entanto, encontrou meios de subsistir em vários institutos de impugnação, inclusive de forma pouco velada nos embargos à execução exigidos em lei para a postulação de nulidades citatórias e inexigibilidade de títulos judiciais proferidos em desconformidade com a Constituição (CPC, art. 741, inc. I e parágrafo único).

A heróica sobrevivência clandestina prova o acerto da doutrina e jurisprudência abalizadas em ter a *querela* como uma criação genial do direito estatutário que se mostra insuperável na impugnação perpétua de todas as possíveis invalidades da coisa julgada. Quando nada porque existe um sem número de casos em que “o transcurso do prazo para experimentar os meios de impugnação não pode ter o efeito de sanar a nulidade e de precluir o regular exercício da ordinária ação declarativa da nulidade insanável”.²⁰³

Se a omissão do *nomen iuris* da *querela nullitatis insanabilis* buscou evitar o uso de expressão estrangeira, a preocupação terá sido ociosa diante do grande número de institutos jurídicos latinos acolhidos pelo direito legislado. Havia ainda a óbvia possibilidade de a denominação ser vertida para o português sem acarretar qualquer prejuízo para a disciplina normativa e a *praxis*.

²⁰³ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução

O silêncio legislativo, por esse prisma, talvez tenha sido a pior das escolhas. A compatibilidade da *querela* com o sistema processual vigente tem sido comprovada na rotina forense justamente pela falta de uma *actio nullitatis* que pudesse, a todo o tempo, impugnar a sentença prolatada com afronta à ordem jurídica e em descompasso com a certeza e a segurança inerentes à autoridade da coisa julgada. Atualmente, só a magistratura infensa ao legalismo estrito e os representantes processuais mais qualificados conseguem livrar o jurisdicionado de ser submetido às conseqüências da coisa julgada aparente, inconstitucional ou nula de pleno direito.

7.1.6 Possibilidades mais óbvias de inserção normativa

A *querela* poderia ser formalmente recepcionada em nosso direito como ação declaratória de nulidade sujeita ao procedimento ordinário previsto no processo de conhecimento do Código de Processo Civil. O melhor mesmo, no entanto, seria incluí-la como garantia no rol do art. 5º que integra o Capítulo I do Título II da Constituição.

Se constitucionalizada, ela passaria a figurar ao lado dos demais institutos processuais garantidores de direitos, de que são exemplos a ação popular, o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Sua introdução por emenda em nada afetaria as limitações materiais conhecidas por ‘cláusulas pétreas’²⁰⁴ e poderia ter como justificativas o aperfeiçoamento da ordem jurídica e o reforço institucional à certeza e à segurança dos “direitos e garantias expressos” na Constituição “e outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (CR, art. 5.º, § 2.º).

²⁰⁴ As chamadas ‘cláusulas pétreas’ precisam ser melhor compreendidas. A fórmula aprovada pelo Constituinte de 1988, segundo a qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” os bens jurídicos expressamente mencionados (CR, art. 60, § 4.º), é uma vedação em grau máximo de rigidez que proíbe o poder reformador de emendar com a tendência de extinguir, suprimir, e não de aprimorar ou melhorar as matérias lá ressaltadas.

O acatamento desta proposta contribuiria em muito para a colmatação do *procedural due process* e aumentaria a legitimidade da ‘justiça legal’ (CR, Preâmbulo²⁰⁵, art. 5.º, incs. XXXV, LIV, LV, *et passim*). Outros possíveis méritos da inserção da *querela* no texto constitucional estariam na maior visibilidade da natureza relativa da coisa julgada e na recuperação das reais dimensões jurídicas daquela milenar espécie de *actio nullitatis*.

A opção por norma infraconstitucional, como o estatuto processual civil, poderia resultar em incompreensões práticas quanto ao alcance desse meio autônomo e imprescritível de impugnação de qualquer que seja a coisa julgada inválida. O alerta parece justificável porque os institutos da *res iudicatae* e da *querela* pertencem aos domínios da Teoria Geral do Processo e reclamam disciplina em espaços próprios nos diferentes ramos processuais da experiência do Direito.

É forçoso ter presente, no entanto, que a exigência de *quorum* qualificadíssimo dificulta em muito a inovação do texto constitucional e que a diversidade de ramos processuais demandaria um grande número de modificações legislativas. A solução menos problemática, por isso, talvez esteja no simples acréscimo de inciso ao artigo 4.º do Código de Processo Civil, de modo a assegurar que o interesse processual na propositura de ação declaratória imprescritível estende-se à obtenção de reconhecimento judicial quanto à invalidade da coisa julgada aparente, inconstitucional ou nula de pleno direito.

²⁰⁵ A ‘justiça’ foi eleita como um dos “valores superiores” da afirmação da legitimidade dos trabalhos constituintes que resultaram na instituição da atual ordem jurídica e que devem ser perseguidos pela República Federativa do Brasil. O preâmbulo, do ponto de vista normativo, carece de força coercitiva por não integrar formalmente o texto constitucional, embora este não possa ser publicado sem aquele. Mas, do ponto de vista material, o seu valor jurídico está em ajudar na interpretação ou integração da norma constitucional e, por isso, deve ser considerado como parte da Constituição.

7.2 COISA JULGADA PASSÍVEL DE SER IMPUGNADA A QUALQUER TEMPO

7.2.1 A conformação normativa e a natureza relativa da coisa julgada no direito brasileiro

A Carta do Império de 1824 inaugurou a tradição do constitucionalismo nacional de pôr a coisa julgada fora do alcance da lei nova. A única exceção ficou por conta do silêncio observado quando da outorga do texto de 1937.

O costume de ressaltar apenas a proibição dirigida ao legislador ordinário foi mantido pelo Constituinte de 1988. A preservação da tradicional política legislativa deu-se por meio de simples ‘disposição’ ou ‘regra’, *i. e.*, sem emprestar à cláusula a estatura de ‘princípio’ ou ‘valor’ constitucional.

No mais das vezes, as disposições constitucionais distinguem-se pela pouca abstração e por comportarem aplicação direta, o que torna dispensável a concreção pelo juiz ou legislador.²⁰⁶ Elas apresentam também um caráter marcadamente vinculativo, de conteúdo funcional, que torna a garantia de intangibilidade lida na norma constitucional limitada ao comando de que “a lei não prejudicará (...) a coisa julgada” (CR, art. 5.º, inc. XXXV).

Aliás, o dispositivo que acaba de ser evocado contempla a única referência à expressão ‘coisa julgada’ em todo o corpo da atual Constituição. Tudo o mais que diga respeito à disciplina normativa fica a cargo do ordenamento infraconstitucional, em especial do estatuto processual civil (CPC, art. 467 a 475; LICC, art. 6.º, § 3.º; *et passim*).

A mítica ‘intangibilidade absoluta’ da *res iudicatae*, como se nota, não é sustentada nem mesmo pelo direito legislado. Há mesmo pelo menos três hipóteses

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 172-173.

ipso iure nas quais o pretense dogma cede a leis da lógica e da razão: a da relação jurídica processual aparente, por vício de citação (CPC, art. 741, inc. I); a da prevalência do princípio da supremacia da Constituição (CPC, art. 741, parágrafo único; CLT, art. 884, § 5.º); e a da decisão judicial desfundamentada (CR, art. 93, inc. IX).

7.2.2 A fundamentação teórica da coisa julgada e a contradição intrínseca dos *topoi* de sua ‘intangibilidade’

Na Roma Antiga, a sentença livre de vícios foi tida inicialmente como firme e apta a produzir todos os seus efeitos. Um desses efeitos decorria de razões de ordem pública e consistia em converter o objeto do litígio em *res iudicata*, o que impedia a rediscussão judiciária do conflito.

A *iurisprudenzia* então estabelecida tinha a sentença válida como uma verdade a ser observada por demandante e demandado. Ambos podiam invocar a existência da decisão e permaneciam sujeitos para sempre à ‘autoridade ou santidade do caso passado em julgado’.²⁰⁷

Mais tarde, já no século III, Ulpiano sustentou que a coisa julgada deveria ser tomada como ‘verdade jurídica’. Sua célebre expressão, “*res iudicatae pro veritate habetur*”, pareceu a todos que espelhava bem o fenômeno produzido pela decisão judicial proferida para compor em definitivo o litígio deduzido pelas partes.

A percepção romana viria a ser apreendida por juristas europeus do período medieval como a ‘presunção da verdade’ encerrada pela autoridade da coisa julgada de que se revestiu a sentença final e válida. Essa *praesumptio* prevaleceria até o começo do século XIX, uma vez que os meios jurídicos, “torcendo e treslando os textos

²⁰⁷ JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 376.

romanos”, atribuíam “à palavra do juiz um caráter de verdade presumida”.²⁰⁸

Nesses dois últimos séculos apareceram inúmeras explicações para a autoridade do caso julgado. As de maior prestígio talvez tenham sido as de que: 1^a) o dispositivo da sentença pressupõe o conteúdo da lei, pois “o juiz não faz mais que julgar e o legislador manda que o que o juiz tenha julgado valha como se houvesse sido mandado por ele próprio”²⁰⁹; 2^a) a decisão judicial consiste apenas em afirmar ou negar “uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto”²¹⁰; e 3^a) a força de caso julgado que a ordem jurídica confere a uma decisão judicial de última instância corresponde à simultânea vigência da norma geral predeterminadora do conteúdo da decisão judicial e da que enseja à autoridade judiciária a determinar, por si, o conteúdo da norma individualizadora a ser elaborada²¹¹.

O único consenso em toda a história do sistema jurídico romano-germânico parece ser o de que a coisa julgada existe como instrumento de política legislativa para evitar a eternização do litígio. Os grandes *topoi* de sua autoridade seriam, assim, as exigências jurídicas de ‘certeza’ quanto ao direito pronunciado pela autoridade judicial e de ‘segurança’ quanto à tutela estatal das relações materiais resultantes da composição havida em juízo.

O senso comum em todo esse período tem sido o de que o direito posto pelo Estado poderia deixar de existir se fosse possível contestar permanentemente as

²⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942. v. 1. p. 513.

²⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 186.

²¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942. v. 1. p. 514-515.

²¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 295-297.

decisões proferidas pelos juízes. “Realidade histórico-jurídico (...) que, por evidente, dispensa maior estudo”.²¹² A impossibilidade de conviver com a procura indefinida da justiça teria, assim e de modo gradativo, imposto a atual série de prazos judiciais preclusivos. “Não houvesse esse limite, além do qual não se possa argüir a injustiça da sentença, jamais se chegaria à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida”.²¹³

É certo, como costuma ser afirmado, que o binômio informador da estabilidade facilita a administração da justiça e tende a contribuir para o esforço de pacificação social. Também é certo que a ausência de instituto jurídico destinado a evitar mais de um juízo sobre a mesma relação material e pôr fim em determinado momento às relações processuais poderia comprometer a credibilidade do direito objetivo perante os seus destinatários. É igualmente certo, todavia, que a certeza e a segurança emprestadas pela *res iudicatae* têm resultado em derrogação episódica da ordem jurídica sempre que a estabilidade concreta vem a ser alcançada com título judicial aparente, inconstitucional ou nulo de pleno direito.

Esse estado de coisas faz com que o jurisdicionado seja obrigado a estar certo e seguro de que um simples instrumento processual incidirá mesmo quando o caso passou em julgado com afronta ao *due process of law*, isonomia, legalidade e tudo o mais. O pior é que a tão decantada estabilidade jurídica deixa de ser elemento estruturador do ordenamento estatal para condicionar o próprio Direito. Direito, justiça, moral e valores superiores como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e tantos outros acabam sacrificados pela simples lembrança de um discurso ideológica e politicamente conformador.

²¹² CENEVIVA, Walter. Limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, p. 49-78, jan./mar. 1981. p. 50.

²¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3, p. 45.

7.2.3 As espécies de coisa julgada inválida que se sujeitam à impugnação perpétua pela via da *querela nullitatis insanabilis*

A invalidade da coisa julgada pode ser a todo tempo argüida pelo interessado ou reconhecida de ofício sempre que o título judicial for aparente, inconstitucional ou nulo *ipso iure*. Estes seriam os vícios que negam de maneira mais acintosa as compreensões básicas do Direito e da Justiça.

A ‘aparência’ ou ‘inexistência jurídica’, primeira das aludidas espécies de invalidade da coisa julgada, costuma restar caracterizada quando a relação processual sequer chega a ser estabelecida ou quando a decisão definitiva carece de requisito essencial. No caso específico da relação processual, a existência pressupõe que a demanda tenha sido endereçada regularmente a um órgão jurisdicional. Se ela é endereçada a órgão destituído de poder jurisdicional ou a quem não é juiz, “a relação não existe; não há nenhuma obrigação de se prover sequer para declarar que não se pode prover; não seria, portanto, concebível nem uma queixa, nem uma ação por denegação de justiça”.²¹⁴

Já a decisão judicial definitiva pressupõe a legitimidade da origem e o atendimento de exigências como a forma escrita e a publicidade do ato. Na falta, o julgado será juridicamente inexistente, como ocorre com a “sentença do juiz que já não tem jurisdição no momento da publicação do referido ato, em virtude de promoção a outro cargo”, ou com a “sentença a que falte a parte dispositiva”.²¹⁵

Essas e outras decisões judiciais apenas aparentes, como a de conteúdo incerto ou impossível, costumam receber a denominação de ‘não sentença’. Frente a

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva. 1943. v. 2. p. 438-439.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 20.

elas, o decurso dos períodos de tempo facultados à impugnação não tem o efeito de imunizar a invalidade ou suprimir a propositura da *querela nullitatis insanabilis*.²¹⁶

A segunda espécie de coisa julgada inválida decorre da simples contrariedade direta com a Constituição. A decisão judicial que incorre em *error in iudicando* de tal envergadura só alcança o estágio da coisa julgada formal, dada a impossibilidade jurídica de revestir-se da intangibilidade conferida apenas ao trânsito material.²¹⁷

Um dos consensos publicistas mais arraigados de nosso tempo talvez seja o de que todo ato praticado no âmbito dos poderes constituídos tem sua validade condicionada à conformidade com as normas constitucionais. Pouco importa que o ato seja um título judicial com trânsito em julgado e não esteja mais sujeito à oposição dos embargos à execução ou à propositura da ação rescisória. Se inconstitucional, a consequência lógica é a de que ele jamais poderá ser convalidado ou vir a produzir qualquer efeito jurídico. Atente-se:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de ‘menor’ grau de positividade jurídica guardem, ‘necessariamente’, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

²¹⁸

²¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*: estudos sobre o processo civil. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 253-254.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Coisa Julgada Inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 59.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5/MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Outro. Relator: Min. Celso de Melo. Maranhão, 2 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?>. Acesso em: 30 set. 2002.

Não faz muito, o legislador provisório rendeu-se a essa conquista do constitucionalismo moderno e houve por bem tornar inexigível o título judicial que desrespeita o princípio da supremacia da Constituição.²¹⁹ Inexigibilidade que reclama ser reconhecida de ofício em qualquer oportunidade e tempo, pois toda a magistratura conta com poder para negar validade a atos e normas que colidam frontalmente com a Constituição.²²⁰ Solução contrária implicaria na autovinculação dos órgãos judiciários “a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial”.²²¹

Por fim, a nulidade *ipso iure*, tida aqui como a última das espécies de coisa julgada inválida, costuma situar-se em áreas comuns aos fenômenos da aparência jurídica e da inconstitucionalidade. A regra observada no direito infraconstitucional é a de que até os vícios mais graves acabam sanados pela preclusão. Fórmula que vale tanto para o direito processual, onde a nulidade depende de reconhecimento judicial, quanto para o direito privado, que nas relações materiais ainda segue o brocardo de que ‘o que é nulo não produz nenhum efeito’.

Convém esclarecer, no entanto, que essas exceções excepcionalíssimas à cura operada pelo decurso do tempo estão confinadas às derrogações expressas do direito legislado. O interessado só poderá objetar indefinidamente o defeito do ato jurídico se a imprescritibilidade contar com inequívoca reserva legal, como ocorre com os vícios citatórios (CPC, art. 741, inc. I), a sentença desfundamentada (CR, art. 93, inc. IX) e o título judicial atentatório à Constituição (CPC, art. 741, parágrafo único). As três hipóteses ora aludidas, antes de nulas de pleno direito, pertencem à classe de invalidade da coisa julgada inconstitucional por colidirem com a cláusula do devido processual legal e com o princípio da supremacia da Lei Fundamental.

²¹⁹ CPC, art. 741, parágrafo único, e CLT, art. 884, § 5.º.

²²⁰ CR, art. 97 e inc. III, als. ‘a’ a ‘c’, do art. 102.

²²¹ OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*.

Mas, independentemente de qual seja a espécie de invalidade da coisa julgada, o instituto processual melhor concebido para a impugnação perpétua do título judicial viciado continua a ser a milenar *querela nullitatis insanabilis*. Recepcioná-la em nosso *ius scriptum*, de modo formal, seria de grande valia para o aperfeiçoamento dos meios autônomos de impugnação extraordinária e reforçaria sobretudo as vias de controle da integridade da Constituição.

CONCLUSÃO

O senso prático dos antigos romanos tornava desnecessária a instituição de meio autônomo para a impugnação da *nulla sententia*. Esta, quando aparente ou contrária às normas procedimentais, dispensava a declaração da nulidade porque todos entendiam que lhe faltava validade para a produção de efeitos jurídicos.

A valoração do vício contido em decisão judicial e a conseqüente necessidade de sua impugnação extraordinária só passariam a ser notadas no final do período clássico e início da Idade Média. Data desse período a preocupação em distinguir a gravidade do defeito apresentado pelo ato processual, o que levou o emergente direito continental europeu a ter como sanável a anulabilidade e insanável a inexistência jurídica e a nulidade absoluta.

Pouco depois, com a fusão dos direitos romano e germânico, apareceram os primeiros instrumentos voltados à impugnação em apartado dos defeitos de forma apresentados pela decisão definitiva. O princípio germânico da força formal da sentença e a tradicional diferenciação romana entre sentença injusta e nula proporcionaram a criação de institutos processuais como as espécies *sanabilis* e *insanabilis* da *querela nullitatis*. Esta surgiu no início do período medieval por obra de legisladores de algumas cidades italianas e logo seria incorporada pelo direito canônico. Sua função inicial como meio de impugnação de sentenças nulas foi a de aumentar a estabilidade das relações jurídicas em reação à subjetiva compreensão romana de que a nulidade seria insuscetível de produzir qualquer efeito e sequer reclamava a declaração formal de sua inexistência jurídica.

A causa de a *querela* ter conhecido as fórmulas sanável e insanável deve-se ao regime jurídico diferenciado dos prazos de impugnação dos *errores in iudicando et in procedendo*. Com o passar do tempo, a *sanabilis* acabou absorvida entre as hipóteses atualmente admitidas para a interposição do recurso de apelação e a

insanabilis continuou a ser adotada, pelo menos pelo direito canônico, como meio próprio para obstar a preclusibilidade da coisa julgada inválida.

A idéia de um sistema de controle das nulidades processuais surgiria bem depois, mais precisamente por volta da metade do século XVIII. Até então, o processo era tido como apêndice do direito civil e poucos distinguiam o direito de forma do direito de fundo, o que dificultava a compreensão das conseqüências diferenciadas que os vícios do ato têm nas relações jurídicas material e processual. No Brasil, com a codificação do direito material privado de 1916, o legislador procurou tornar clara a distinção ao dispor que o vício do ato substancial deveria ser sancionado como nulo de pleno direito e não poderia ser suprido pelo juiz nem a pedido das partes.²²² Bem diferente, portanto, do que ocorre no direito processual, onde o juiz pode, para atender interesses particulares, sanar e até convalidar a maioria das nulidades.

Nos dias atuais, as anulabilidades e nulidades que o juiz deixa de suprimir no curso de uma relação processual ainda “se eclipsam diante de uma sentença de mérito tornada irrecurável”.²²³ Poucas, muito poucas mesmo, sobrevivem durante determinado tempo, até que sobrevenha a preclusão definitiva das impugnações extraordinárias. Em caráter excepcionalíssimo, o direito legislado às vezes chega a admitir que um ou outro defeito de maior potencial ofensivo possa ser revisto a qualquer tempo. O ato viciado torna-se, então, ‘nulo de pleno direito’, embora fosse

²²² O atual Código Civil (art. 168, parágrafo único) manteve a regra do parágrafo único do art. 146 do Código de 1916. A nova redação ficou assim: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes” (Disponível em: http://sitem.caixa/SitemArquivos/100/sistema/conteúdo/gerid/rid00001_ncodigocivil.a. Acesso em: 26 fev. 2003).

²²³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva. 1943. v. 2. p. 433-435.

melhor tê-lo como juridicamente inexistente (CPC, art. 741, inc. I) ou, em alguns casos, simplesmente inconstitucional (CR, art. 93, inc. IX; CPC, art. 741, parágrafo único; CLT, art. 884, § 5.º).

As derrogações expressamente ressalvadas pelo legislador afiguram-se de todo ociosas. Afinal, as infindáveis possibilidades de decisão judicial juridicamente inexistente ou inconstitucional sempre estarão fora do alcance de enumerações exaustivas e, nos atuais estágios dos *procedural and substantive due process*, em nenhuma hipótese podem assegurar a produção dos efeitos substanciais previstos no dispositivo do pretense título passado em julgado. A primeira, por não alcançar a condição de ato, *i. e.*, por ter apenas a ‘aparência’ de ato jurídico; a segunda, por ferir o princípio da supremacia da Constituição.

A impressão que fica é a de que o *ius scriptum* deveria abster-se de incursões casuísticas quando está em jogo a definitividade do caso julgado. A previsão de uma ou outra hipótese jamais terá o condão de excluir a possibilidade de existir sentenças destituídas de um mínimo lógico e racional para emprestar legitimidade à estabilidade jurídica prometida pela coisa julgada.

O reconhecimento pontual de que a *res iudicatae* nem sempre *facit albo nigrum* chega a soar contraditório. Afinal, a autoridade da coisa julgada repousa em grande parte no poder estatal de torná-la intangível mesmo quando a sentença afirma que um círculo é quadrado. As exceções ou ressalvas em nossa legislação, contudo, eram necessárias para delimitar a crença generalizada em ‘garantia absoluta’, quando a proibição de nova decisão judicial tem assento infraconstitucional (CPC, arts. 467 a 475; LICC, art. 6.º, § 3.º; *et passim*) e a proteção constitucional limita-se à lei nova (CR, art. 5.º, inc. XXXVI).

Aliás, a relatividade da coisa julgada tem sido reafirmada sistematicamente pela experiência jurídica, como provam as hipóteses doutrinárias e casos jurisprudenciais objetos de três dos sete capítulos deste estudo. Todas as decisões judiciais viciadas neles aventadas e que foram classificadas no correr do texto como

aparentes, inconstitucionais ou nulas *ipso iure*, dão ensejo à impugnação, a qualquer tempo, pela via da *querela nullitatis insanabilis*.

A *querela*, como espécie do gênero *actio nullitatis*, é vista por muitos como mera curiosidade histórica que teria sido absorvida por outras formas de ataque à decisão judicial e à coisa julgada. Porém, ao contrário do que dá a entender o direito legislado moderno, a realidade forense mostra que ela subsiste de modo implícito em nosso Direito. Tanto que continua a ser admitida como o meio processual mais indicado para o ataque à coisa julgada inválida por parte considerável da doutrina²²⁴ e da jurisprudência²²⁵ mais seletivas.

O consenso tende, hoje, à aceitação de que os doutrinadores e legisladores não têm como esgotar em elenco exaustivo o rol de decisões judiciais que seriam inidôneas para passar em julgado.. Nem mesmo o transcurso dos prazos ensejados

²²⁴ A título ilustrativo: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Citação inicial* (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944. p. 446; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. III, p. 102.

²²⁵ Dentre os inúmeros julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 96.696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 de março de 1982. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, dez. 1982. n. 104, p. 826-836; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.677/GO. Recorrente: José Romão Carneiro, sua mulher e outros. Recorrido: Joaquim Pedro Neto e sua mulher. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 21 de agosto de 1969. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, 1969. n. 50, p. 703-705; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Nulidade da citação (inexistência) – *Querela nullitatis*. Recurso Especial nº 12.586/SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade LTDA. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 8 de outubro de 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 nov. 1991. Seção 1, p. 15684.

para o exercício de eventual inconformismo bastaria para superar a invalidade e afastar a propositura, a qualquer tempo, da *querela nullitatis insanabilis*.²²⁶

Os equívocos quanto à preclusibilidade definitiva da decisão de mérito e ao suposto banimento da *querela* pelo positivismo estrito parecem resultar da função estruturadora que a coisa julgada assume nas ordens jurídicas de filiação romano-germânica. Como conceito-chave, posto fora de questionamento, ela constitui um dos elementos afirmados arbitrariamente pelos princípios fundamentais que foram adotados sem justificativas quando da instituição do sistema jurídico. Arbitrariedade que é logicamente impossível de ser contornada, a menos que se cogite de atividade constituinte que leve à eliminação dos valores arbitrários “que se encontram na base do sistema”.²²⁷

Nos primeiros tempos, especialmente quando a noção de coisa julgada começava a ser delineada no sistema processual romano da *cognitio extra ordinem*, a decisão final já era tida como firme e apta a produzir todos os seus efeitos. Um deles decorria de razões de ordem pública e consistia na conversão do objeto do litígio em *res iudicata*, de modo a afastar a possibilidade de a questão ser rediscutida na esfera judiciária. Outro daqueles efeitos seria o de a *sententia* impor-se às partes como verdade. Vencedor e vencido podiam invocar a todo o tempo a autoridade da coisa julgada e, em contrapartida, estavam sujeitos às conseqüências do que era chamado de ‘autoridade ou santidade do caso passado em julgado’.

Pouco depois, já no século III, todos comungavam da percepção ulpianiana de que a coisa julgada deveria ser tomada como verdade jurídica (*rectius*: “*res iudicatae pro veritate habetur*”). Expressão essa que seria revista para ‘presunção da

²²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 253-254.

²²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 67.

verdade' por juristas europeus do período medieval. A partir daí, pouco ou nada mudaria até “os primórdios do século XIX”, pois os doutrinadores, “torcendo e treslendo os textos romanos”, continuaram a atribuir “à palavra do juiz um caráter de verdade presumida”.²²⁸

Nesses dois últimos séculos, porém, houve várias tentativas de melhorar a fundamentação da autoridade do caso passado em julgado. As propostas com maior aceitação teriam sido as da: a) pressuposição de que o dispositivo da sentença traduz o conteúdo da lei²²⁹; b) vontade do Estado²³⁰; e c) coexistência da norma geral “que predetermina o conteúdo da decisão judicial” com a que assegura ao órgão jurisdicional o poder de “determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir”²³¹.

Abstraída essa fundamentação teórica, ainda hoje incerta, talvez seja mesmo razoável supor que a ordem jurídica estaria em xeque se fosse ensejada a possibilidade da busca indefinida de ‘justiça’. A estabilidade das relações jurídicas parece realmente exigir que, em algum momento, a discussão em juízo tenha um fim. Não houvesse esse limite, além do qual não se possa argüir a injustiça da sentença, jamais se chegaria

²²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. v. 1. p. 513.

²²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Tradução Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 186.

²³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. v. 1. p. 514-515.

²³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 295-297.

à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida”.²³²

A certeza e a segurança jurídicas seriam, portanto, os grandes *topoi* da *res iudicatae*. A certeza, no contexto da estabilidade jurídica, diz respeito tão-só ao direito afirmado na relação processual, ao passo que a segurança refere-se às situações atingidas pela composição do conflito de interesses. Ambas dão mostras de que contribuem em muito para o esforço estatal de pacificação social e, no tocante à intangibilidade da coisa julgada, facilitam sobretudo a administração da justiça ao evitar novas apreciações judiciais sobre a mesma controvérsia e frustrar a tendência humana de eternizar o litígio.

Advirta-se, contudo, que a exagerada importância atribuída a esse binômio da estabilidade jurídica tem gerado ao menos um grave inconveniente: não raro, sua simples evocação basta para que seja preterida toda sorte de direitos, inclusive os valores tidos como superiores pela própria ordem jurídica. Direito, justiça, moral e fundamentos constitucionais como os da cidadania e da dignidade da pessoa humana são cotidianamente sacrificados em nome da certeza e da segurança jurídicas. Se é assim, cabe indagar: de que adianta estarmos certos e seguros de que a coisa julgada incidirá ainda que o título judicial seja aparente, inconstitucional ou nulo *ipso iure*?

Talvez a resposta positivista explique o porquê de o ideal de justiça permanecer à margem do debate em torno da legitimidade da coisa julgada. Esta sempre fundou sua autoridade numa espécie de consenso quanto a ser uma exigência de ordem social ditada pela necessidade de o Estado proporcionar estabilidade aos direitos e segurança aos jurisdicionados. E é consabido que o senso comum admite a existência de coisas indiscutidas e indiscutíveis, como a de que “a vida social exige

²³² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3, p. 45.

que se reconheça a autoridade da coisa julgada”.²³³

A opção de manter certas regras ‘fora de discussão’, no entanto, não afasta desconfortos como o causado pela coisa julgada substancialmente injusta. Tome-se a formulação razoavelmente aceita de que a justiça seria a correspondência da norma com os valores inspiradores de um dado ordenamento jurídico. A admissão, de há muito consolidada, de que o trânsito em julgado torna intangível mesmo a decisão inválida equivale ao reconhecimento institucional da iniquidade da própria ordem jurídica.

A aporia da justiça e outras noções confusas costumam ser evitadas pelo legislador e por quem milita na área do Direito. O propósito, aí, seria o de reduzir ao mínimo as conotações afetivas daquelas dificuldades lógicas, substituindo o quanto possível o enfoque filosófico pelo científico. Hans Kelsen, por exemplo, justificava essa postura metodológica com o argumento de que “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”. Ele chegava inclusive a mostrar uma certa irritação com:

[...] aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo, quer dizer, crêem poder definir um Direito justo e, conseqüentemente, um critério de valor para o Direito positivo. E especialmente a renascida metafísica do Direito natural que, com esta pretensão, sai a opor-se ao positivismo jurídico.²³⁴

Conquanto fundadas em consistentes opções lógicas, as objeções kelsenianas soam insuficientes para afastar a possibilidade de a coisa julgada ser pautada pelo imaginário coletivo do justo. O conceito de ‘ordem jurídica positivada’ não é, como

²³³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 64.

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XVIII.

ele sugere, de todo incompatível com a exigência do justo e nem repudia a identificação do ‘Direito’ com a ‘Justiça’. A recusa em responder se a lei é justa ou qual vem a ser o elemento essencial da justiça talvez seja conveniente à declarada pretensão ao cientificismo, mas não pode continuar a impedir que a ordem jurídica estatal seja enriquecida e permeada com contribuições aporéticas, como a da hermenêutica zetética, que se caracteriza pela postura científica e filosófica de duvidar das simples opiniões e das ‘verdades’ estabelecidas por *fictio iuris*.

Não que a abordagem dogmática tenha deixado de ser a mais afeita ao direito legislado do sistema jurídico romano-germânico ou que este último deva enfim ser abandonado. O que se quer é o reconhecimento pelo direito estatal que o pensamento jurídico não exclui o questionamento permanente dos fundamentos e justificativas de elementos arbitrários ou dogmáticos. Tanto que as ‘certezas’ professadas pelo legalismo estrito vêm tendo a legitimidade cada vez mais posta à prova. Valores com suposta sustentação na fé, natureza ou razão estão submetidos agora ao fogo cerrado do criticismo dialético e da interpretação zetética.²³⁵

A coisa julgada parece ser um desses elementos de elaboração dogmática que, de há muito, reclama a abordagem crítica. Ainda que se lhe negue a revisão em casos extremos de flagrante injustiça, a lógica de mera garantia relativa de hierarquia infraconstitucional e o interesse maior em preservar a ordem jurídica tornam imperativo o reconhecimento da invalidade perpétua de títulos judiciais aparentes, inconstitucionais ou nulos de pleno direito.

Para evitar ou remediar lesão de tamanha gravidade, o instrumento processual mais indicado desde os tempos medievos tem sido a *actio* conhecida pelo *nomen iuris de querela nullitatis insanabilis*. Sua recepção formal pelo *ius scriptum*

²³⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia* (versión del original alemán Topik und Jurisprudenz). Prólogo de Eduardo García de Enterría. Tradução Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1963 (Ensayistas – 39).

poderia ocorrer por um dos modos aqui sugeridos (cf., *supra*, o tópico 7.1.6) e traria ao menos dois aperfeiçoamentos para o direito brasileiro, que seriam a possibilidade perpétua do expurgo da coisa julgada inválida e o reforço dos meios de controle da integridade da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

1. Livros e artigos

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco*, Recife, n. 8, p. 201-223, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, José Manuel Arruda. Notas sobre a coisa julgada coletiva. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 88, p. 31-57, out./dez. 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade: e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BLANC, Ernesto Nieto. *Nulidad de los Actos Jurídicos*. Buenos Aires: Afileido – Perrot, 1971.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale et. al. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992. v. 1.

BÖCKENFÖRDE, Ernerst-Wolfgang. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Prólogo de Francisco J. Bastida. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANCO, Elcir Castello. Nulo. In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 55, p. 173-177.

BUENO, Cassio Scarpinella. Sentença proferida em processo sem citação válida: inexistência jurídica – ausência de coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 88, p. 308-319, out./dez. 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tradução Santiago Sientís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1959 (Colección Breviarios de Derecho).

_____. *Estudios sobre el proceso civil; vicios de la sentencia y medios de gravamen*. Buenos Aires: EJEA, 1961.

_____. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. (Coleção Ciência do Processo).

_____. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile italiano. *Rivista di Diritto Processuale*, [S.l.], 1951.

CAMUSSO, Jorge P. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Ediar, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Introdução e tradução Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal: litis, proceso – prueba – sentencia, cosa juzgada, recursos – estudios sobre el arbitraje*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1952. v. 2.

_____. *Instituições do Processo Civil*. Tradução de: Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CENEVIVA, Walter. Limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, p. 49-78, jan./mar. 1981.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale. Notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Acadêmica e Saraiva, 1942-1943. 2 V.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil: as relações processuais - a relação processual de cognição*. Tradução Paulo Capitanio. Notas: Enrico Tullio Liebman. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de: Adrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *Lições de Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Reflexões críticas sobre a ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 77-121.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 33-76.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado. *Querela nullitatis* e ação rescisória. *Revista de Processo*, São Paulo, 1987. p. 27-44, out./nov./dez, n. 48.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Argumentação – II. In: ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 449-455.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FONSECA, José Roberto Franco da. Coisa julgada criminal. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 16, p. 48-54.

FRANÇA, Rubens Limongi. Bem jurídico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 10, p. 442-458.

FRANÇA, Rui Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Tradução Savannah Hartimann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano – I: parte geral – introdução, relação jurídica, defesa dos direitos*. Coimbra: Coimbra, 2000. (Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – ‘Studia Iuridica 50’)

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.

LAROUSSE, Novíssima ENCICLOPÉDIA Delta. *Justiniano I*. Supervisão: Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Delta, 1982. v. 4, p. 1120.

_____. *Ulpiano*. Supervisão: Antônio Houaiss. Rio de Janeiro: Delta, 1982. v. 7, p. 2087.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Citação inicial (falta – nulidade absoluta da sentença, embora já transitada em julgado). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 152, p. 443-446, nov. 1944.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Notas de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. São Paulo: Bushatisky, 1976.

_____. *Eficácia e Autoridade da Sentença*: e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Notas relativas ao direito brasileiro (e tradução dos textos posteriores à edição de 1945) de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Araras: Bestbook, 2001.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à Teoria da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da “Querela Nullitatis” – Sua Subsistência no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Rio de Janeiro, nº 8, 2000. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_08/cont_constitucionalidade.htm. Acesso em: 10 jan.2003.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Reimpr. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente Indeterminados. In: TEMAS de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Temas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 5.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 1-31.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Execução de Título Judicial e Defeito ou Ineficácia da Sentença. In: ANTUNES, Ápio Cláudio de Lima et al. *O Processo de Execução*. Estudos em Homenagem ao Professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 79-94.

ORESTANO, Riccardo. *L'Appello Civile in Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1966.

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

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades Processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Nulidades da Sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado; validade, nulidade, anulabilidade*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 4.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974-1978. 17 V.

_____. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975-. v. 4.

_____. *Tratado da Ação Rescisória das Sentenças e de Outras Decisões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1951.

RODRIGUEZ, Luiz A. *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Universidad, 1983.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3.

SICHES, Luís Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. Cidade do México: Porrúa, 1959.

SIDOU, J. M. Othon. Ordenações: sistema recursal. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 56, p. 277-287.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, p. 47-63, out./dez. 1987

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 333, ano 92, p. 115-122, jan./fev./mar. 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de pré-executividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SURGIK, Aloísio. Direito Canônico. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 25, p. 392-397.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 123-161.

TOMASIN, Daniel. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975 (*Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXXXIII [sic]*).

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Curso de Direito Processual: processo civil de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1976.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VARELA, Antunes. Doação: requisitos. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 29, p. 168-71.

VESCOVI, Enrique. *Derecho Procesal Civil: teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984. v. 3.

_____. *Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia (versión del original alemán Topik und Jurisprudenz)*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Tradução de: Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1963 (*Ensayistas – 39*).

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de Processo Civil: vol. 1 – teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

2. Julgados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceiros não citados pessoalmente em ação de usucapião, em nome dos quais está transcrito o imóvel, podem reivindicá-lo por ação ordinária, pois a sentença em relação a eles não tem autoridade de coisa julgada. Recurso Extraordinário nº 63677/GO. Recorrente: José Romão Carneiro, sua mulher e outros. Recorrido: Joaquim Pedro Neto e sua mulher. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 21 ago. 1969. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, 1969, n. 50, p. 703-705.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I – Processo Civil. Usucapião. Recurso Extraordinário nº 96696/RJ. Recorrente: Hindenburg Mário Daruj e outro. Recorrido: Daniel de Souza Rocha e sua mulher. Relator: Min. Relator para o acórdão. Alfredo Buzaid. Min. designado: Soares Muñoz. Brasília, 22 out. 1982. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 104, p. 826-836, dez. 1982.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Antes da vigência da Lei 4.686/65, já o STF ordenava nova avaliação quando o laudo era antigo e o expropriante procrastinava o pagamento. Recurso Extraordinário nº 65.395/SP. Recorrentes: Ignez Corrêa Constantino e Outros. Recorrida: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Aliomar Baleeiro. São Paulo, 25 de fevereiro de 1970. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 20 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Não viola a Constituição Federal, nem denega vigência de dispositivos federais o AC. que , em face da demora na ultimação do processo expropriatório, adota laudo novo ao invés da correção monetária de velho. Recurso Extraordinário nº 78.506/SP. Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo. Recorrido: Augusto Giaquinto – Espólio de. Relator: Aliomar Baleeiro. São Paulo, 30 de outubro de 1974. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Não se cumpriu o preceito constitucional que manda pagar prévia e justa indenização. Embargos recebidos para que se proceda nova avaliação. Recurso Extraordinário (Embargos) nº 54.221/Guanabara. Embargantes: 1.ª Nemésio Rapogo e Outros, 2.ª União Federal. Embargados: Os mesmos. Relator: Evandro Lins e Silva. Guanabara, 8 de setembro de 1965. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 12 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Filiação. É razoável e coincidente com a jurisprudência do STF a interpretação de que interessados na herança não podem impugnar o registro civil de nascimento de filho do *de cujus*, declarado e assinado livremente por este e sua esposa, tanto mais quanto esta reafirma a autenticidade do ato. Recurso Extraordinário nº 68.606/Guanabara. Recorrentes: Délia Cristina Gifford Monteiro e s/ Marido. Recorridas: Elza Maria de Oliveira Gifford e s/ Mãe. Relator: Aliomar Baleeiro. Guanabara, 18 de março de 1970. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 20 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação iniciada em 1948 e que, decorridos mais de dez anos, ainda não efetuara a expropriante o pagamento do preço e nem se imitira na posse do imóvel. Recurso Extraordinário nº 68.608/Guanabara. Recorrente: Estado da Guanabara. Recorrida: Messias Balbina Miranda. Relator: Raphael de Barros Monteiro. Guanabara, 10 de dezembro de 1969. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 20 out. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional de justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Recurso Extraordinário nº 93.412/SC. Recorrente: União Federal. Recorrida: Indústrias Bussato S/A – Massa Falida. Relator: Rafael Mayer. Santa Catarina, 4 de junho de 1982. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Desapropriação. Terrenos da atual Base Aérea de Parnamerim, em Natal, RN. Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação. Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação, não obstante, em decisão anterior, já trãnsita em julgado, se haja definido o valor da indenização. Recurso Extraordinário nº 105.012-8/RN. Recorrente: União Federal. Recorrida: Linee Aeree Transcontinentale Italiane S/A. Relator: Néri da Silveira. Rio Grande do Norte, 1 de julho de 1988. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 12 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Exsurgem conflitantes com a Constituição Federal os preceitos dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei nº 8.713/93, no que vincularem a indicação de candidatos à Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito que a antecedeu e, portanto, dados fáticos conhecidos. A carta de 1988 não repetiu a restrição contida no artigo 152 da pretérita, reconhecendo, assim, a representação dos diversos segmentos sociais, inclusive os que formam dentre as minorias. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958-3/RJ. Requerente: Partido da Reedificação da Ordem Nacional - PRONA. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 11 de maio de 1994. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade. Exsurgem conflitantes com a Constituição Federal os preceitos dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Lei nº 8.713/93, no que vincularem a indicação de candidatos à Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do Partido Político no pleito que a antecedeu e, portanto, dados fáticos conhecidos. A carta de 1988 não repetiu a restrição contida no artigo 152 da pretérita, reconhecendo, assim, a representação dos diversos segmentos sociais, inclusive os que formam dentre as minorias. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966-4/DF. Requerente: Partido

Social Cristão - PSC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 11 de maio de 1994. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. É constitucional decreto de Chefe do Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Representação nº 980/SP. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1979. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle normativo abstrato – natureza do ato inconstitucional – declaração de inconstitucionalidade – eficácia retroativa – o Supremo Tribunal Federal como legislador negativo – revogação superveniente do ato normativo impugnado – prerrogativa institucional do poder público – ausência de efeitos residuais concretos – prejudicialidade. Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652-5/MA. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Maranhão e Outro. Relator: Min. Celso de Melo. Maranhão, 2 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?>. Acesso em: 30 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória – Nulidade de citação. Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC art. 741, I). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente. Recurso Especial nº 7556/RO. Recorrente: Lauro das Neves e cônjuge. Recorrido: Antônio José de la Reza Abasto e outros. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 13 ago. 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 11811, 2 set. 1991. Seção 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança contra ato judicial. Sentença proferida em processo nulo pleno iure por falta de citação do réu. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.986-0/RJ. Recorrente: Salvador de Souza Rocha. Recorrido: Juiz de direito da 1ª Vara Cível de Família de Campos-RJ. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 5 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 24 nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil – Nulidade da citação (inexistência) – *Querela nullitatis*. I – A tese da *querela nullitatis* persiste no direito brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso. II – Recurso não conhecido. Recurso Especial nº 12.586/SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade LTDA. Relator:

Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 8 out. 1991. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 nov. 1991. Seção 1, p. 15684. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 2 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200/GO. Processual Civil. Ação Declaratória. Nulidade de citação e de sentença proferida em ação discriminatória. Existência de coisa julgada material. Recorrente: United American Corporation e outro. Recorrido: Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás - IDAGO. Relator: Min. Bueno de Souza. 28 nov. 1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 8, p. 231-252, abr. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual. Decisão em que o Juiz acrescenta novo dispositivo a sentença já publicada. Tal decisão não é ato judicial, pois o magistrado já exaurira e acabara seu ofício jurisdicional (CPC – Art. 463). Nela se contém ato administrativo, emanado de autoridade incompetente. Contra ela cabe Mandado de Segurança, independentemente de recurso preparatório. Recurso em Mandado de Segurança nº 1.618-3/SP. Recorrente: Condugel S/A de São Paulo. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Humberto Gomes de Barros. São Paulo, 1 de março de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 15 out. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 118-DF. Conflito de Competência. Inexistência de interesse da União Federal em ação de anulação de escritura e registro. Inocorrência de litisconsórcio necessário. Suscitante: Juízo Federal da 7ª Vara-DF. Suscitado: Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de Brasília-DF. Relator: Sálvio de Figueiredo. Brasília, 28 de agosto de 1989. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 8 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 2.285-PE. Processual civil. Competência. Embargos do devedor. Execução por carta – art. 747 do CPC. Suscitante: Juízo Federal da Primeira Vara – Pernambuco. Suscitado: Juízo de Direito de Belo Jardim - PE. Relator: Waldemar Zveiter. Pernambuco, 3 de fevereiro de 1992. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 14 nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 360.733-DF. Processual civil. Recurso especial. Acórdão recorrido. Invalidez. Coisa julgada. Violação. Inocorrência. Recorrente: Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada - COOMIGASP. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em: 3 jan. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 94.01.00139-1/DF. Processual civil. Ação de declaração de nulidade insanável (*Querela Nullitatis Insanabilis*). Conceito. Existência no direito processual brasileiro. Declaração de não oponibilidade dos efeitos da sentença para o réu não citado. Inexistência da *res judicata*. Apelação provida. Apelante: Caixa Econômica Federal - CEF. Apelada: Cooperativa de Mineração dos Garimpeiros de Serra Pelada - COOMIGASP. Relator: Juiz Luiz Airton de Carvalho. Brasília, 10 de dezembro de 1998. Disponível em:

<http://arquivo.trf1.gov.br/web2/default.asp?processo=9401001391&pag=9&pt=27&pd=0&TT=>. Acesso em: 3 jan. 2003.

3. Legislação estrangeira

ESTADO DO VATICANO. *Codex Iuris Canonici [CIC]*; constitutio apostolica. Promulgado por João Paulo II, Papa. Versão bilíngüe: latim-português (o texto latino foi copiado diretamente da edição oficial publicada pela Libreria Editrice Vaticana). Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas, comentários e índice analítico: Pe. Jesús Hortal, SJ. São Paulo: Loyola, 2000 (Versão eletrônica, em latim, disponível em: <<http://www.intratext.com/X/LAT0010.HTM>> Acesso em: 22 out. 2002).

FRANÇA. *Nouveau Code de Procédure Civile*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Visu/ArticleCode?commun=&code=&h0=CPROCIV0.rcv&htl=1&h3=10>> Acesso em: 22 out. 2002.

ITALIA. *Codice di Procedura Civile*. Disponível em: <www.aulamagna.org/giurisprudenza/codici/prcciv.htm> Acesso em: 25 set. 2002.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Decreto nº 29.637, de 28 de maio de 1939. Disponível em: <http://www.ao.pt/cdj/cpc.ttml>. Acesso em: 02 ago. 2001.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.pt/index.php/article=376&visual=1&id=167>>. Acesso em : 18 out. 2002.

REINO DE PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. v. 3. Também disponível em: <http://www.uc.pt/iht.i/proj/filipinas/ORDENAÇÕES.HTM>

REINO DE PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984. v. 3. Também disponível em: <http://www.uc.pt/iht.i/proj/filipinas/ORDENAÇÕES.HTM>

REINO DE PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, [198-?]. v. 3. Também disponível em: <http://www.uc.pt/iht.i/proj/filipinas/ORDENAÇÕES.HTM>

ROMA ANTIGA. *Codex Justinianus: Corpus Iuris Civilis*, v. 2, ed. 11. Berlim: Paulus Kuger, 1954.

ROMA ANTIGA. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla; elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 529 d.C. Título original: *Justiniani Institutiones*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROMA ANTIGA. *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano – Imperador do Oriente Justiniano I [483-565]. Título original: *Digesta Justiniani*. Tradução Hécio Maciel Fontes Madeira. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais-Unifio, 2002 [edição bilíngüe: latim-português].