

VÍCIOS DA SENTENÇA, DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E AS CONSEQUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

DEFECTS OF JUDICIAL DECISION, UNCONSTITUTIONAL LAW AND THE CONSEQUENCES IN FORMATION OF THE RES JUDICATA

Andre Luiz dos Santos Nakamura¹
Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

RESUMO: Será objeto o estudo do vício da decisão judicial e do instrumento normativo que lhe serviu de fundamento na eficácia da coisa julgada.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; vícios; sentença; inconstitucionalidade.

ABSTRACT: *The study will be the subject of the vice of judicial decision and the legislative instrument that has served as the basis of the effectiveness of res judicata.*

KEYWORDS: *Res judicata; vices; sentence; unconstitutional.*

SUMÁRIO: 1 Conceito de coisa julgada; 2 Dos vícios da sentença e a formação da coisa julgada; 3 A coisa julgada inconstitucional; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *1 Definition of res judicata; 2 Defects of judgments and res judicata; 3 The unconstitutional res judicata; Conclusions; References.*

1 CONCEITO DE COISA JULGADA

A coisa julgada divide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material. “A coisa julgada formal constitui evento interno de determinado processo, diz respeito exclusivamente às partes e ao juiz, ou seja, uma forma de preclusão, que não se confunde com a coisa julgada material”². A coisa julgada formal é a preclusão máxima dentro de uma determinada relação processual. É a vedação de rediscutir o que já foi decidido

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, Procurador do Estado.

² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1525.

em determinado processo. Ocorre haja ou não decisão sobre o mérito da lide levada ao Judiciário³.

A coisa julgada material somente ocorre quando há decisão do mérito da lide levada a juízo. Para que exista a coisa julgada material, necessário que exista a coisa julgada formal⁴. A *coisa julgada material* somente ocorre nos processos em que há a resolução da lide apresentada pelas partes ao Judiciário⁵. Assim, “no sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa)”⁶. Quando a sentença extingue o processo sem julgamento de mérito, somente ocorre a coisa julgada formal⁷. A diferença entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material é que esta não permite nova dedução, pelas mesmas partes, da mesma questão no mesmo ou em outro processo; já aquela, permite nova discussão em outro processo⁸.

³ “A coisa julgada formal decorre simplesmente da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, ou contra o acórdão que confirmou a sentença, ou extinguiu o processo, não importa tenha havido ou não julgamento da lide, do mérito. Ela é comum a toda e qualquer decisão e se refere, exclusivamente, ao processo em que foi aquela proferida.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623)

⁴ “A coisa julgada material é a eficácia, a força, que faz tornar imutável e indiscutível a sentença que não mais está sujeita a qualquer recurso ordinário ou extraordinário (art. 467). Isto quer dizer que a coisa julgada material tem alguma relação com a coisa julgada formal. Para que ocorra a primeira, há mister a ocorrência da segunda, ou seja, a preclusão de todos os recursos. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode ocorrer a coisa julgada formal, sem que se verifique a material. O autor, em casos tais, pode fazer o mesmo pedido, com a mesma causa e contra o mesmo réu, quando a sentença transita, em outro processo, o extinguiu, sem julgamento de mérito, é exceção dos casos de perempção, litispendência e coisa julgada.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623/624)

⁵ “Coisa julgada e preclusão. Inexiste coisa julgada material se as questões decididas foram somente de natureza processual. A incidência do disposto no art. 468 do CPC supõe decisão de mérito.” (RSTJ 13/399. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 1 ao art. 468)

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 483.

⁷ “A extinção de precedente demanda, sem exame do respectivo merecimento, não faz coisa julgada, senão formal.” (Lex-JTA 149/240-ilegitimidade da parte. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 589, nota 10b ao art. 469)

⁸ “A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei entre das partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 483)

A garantia da coisa julgada está prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, bem como art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/1942. O conceito legal de coisa julgada material é dado pelo art. 467 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O conceito legal de coisa julgada é criticado pela doutrina⁹. Esta conceitua a coisa julgada como “o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório¹⁰ da pretensão judicial”¹¹. Sustenta assim Celso Neves que a coisa julgada é um efeito da própria sentença e identifica a coisa julgada com a declaração, sendo o efeito constitutivo e o condenatório derivados da declaração.

A corrente *supra* é criticada por Liebman¹², o qual entende que não seria correto identificar a coisa julgada com a declaração. Nesse sentido diz que “identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica”¹³. Liebman distingue os efeitos da sentença e sua imutabilidade. A sentença pode produzir efeitos, mesmo sendo passível de ser reformada. A coisa julgada seria somente

⁹ “A disposição legal não prima pela clareza, aparentemente empregando a palavra eficácia (que é a qualidade daquilo que é eficaz ou a aptidão para produzir efeitos) com o sentido de efeito (que é o resultado ou consequência de um ato ou causa) e deixando de expressar a fonte da eficácia a que se refere.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 318)

¹⁰ Quando Celso Neves diz se refere ao conteúdo declaratório, ele abrange como consequenciais da declaração o efeito constitutivo e o condenatório. Nesse sentido: “[...] observa-se que a autoridade da coisa julgada deve restringir-se ao conteúdo *declaratório* da sentença, do qual são elementos consequenciais o *constitutivo* e o *condenatório*...” (NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971. p. 444).

¹¹ NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971. p. 443.

¹² “Indicando na coisa julgada um efeito da sentença e distinguindo-lhe o evento constitutivo ou condenatório, exclui ela da autoridade do julgado estes últimos efeitos e os tornam independentes desta, o que quer dizer que a despoja daquela característica intangibilidade que a lei quis muni-los quando conferiu a autoridade da coisa julgada indistintamente a todas as sentenças que decidem a demanda.” (LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23)

¹³ LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

a imutabilidade da sentença e não a sua eficácia que existe mesmo antes de se tornar imutável¹⁴.

Adotamos a posição de Liebman, a mais aceita na doutrina nacional¹⁵. Assim, *a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*.

1.1 DECISÕES JUDICIAIS NÃO SUJEITAS À COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada material ocorre em qualquer julgamento em que o mérito da demanda tenha sido apreciado e decidido pelo Poder Judiciário.

“A coisa julgada material conceituada no art. 467 se forma tão-somente no processo contencioso, em que se pode falar de lide”¹⁶. Assim, *não ocorre a coisa julgada em processo cautelar*; “não há coisa julgada material na concessão, ou não, de medida cautelar, porque o juízo sobre as necessidades de segurança prévia não se estende à totalidade da lide, à existência ou não da relação jurídica e do

¹⁴ “A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, *como um comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica... Esse *comando*, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instancias e do sistema dos recursos sobre que está o processado construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por *outro comando*, pronunciado por um órgão do Estado... Somente por uma razão de utilidade política e social intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada... Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença.” (LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 50/51)

¹⁵ “Considerada em sua relevância sobre a ordem processual, coisa julgada material é a *imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, e mesmo quando a demanda seja julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes, em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que as envolvem, ou que não as envolvem. esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que em princípio nada poderá ser feito por elas próprias nem por outro juiz ou pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 307/308)

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 319.

direito subjetivo material alegado¹⁷. Na *liquidação de sentença*¹⁸ não há formação de coisa julgada porque esta já se constituiu anteriormente, no processo de conhecimento onde foi formado o título¹⁹. No *processo de execução também não há formação de coisa julgada*, porque não há lide, não havendo declaração alguma do órgão judicial sobre qualquer direito das partes, mas, simplesmente, cumprimento do que já fora anteriormente decidido; mesmo a sentença que extingue o processo de execução não forma coisa julgada²⁰. Nos *procedimentos de jurisdição voluntária, não há formação de coisa julgada*; nesta, não há litígio, e sim um negócio jurídico que depende de um ato administrativo²¹ que o complete e integre²². Não ocorre coisa julgada nas decisões interlocutórias²³; somente se pode falar em coisa julgada em decisões definitivas; para aquelas somente ocorre o fenômeno da preclusão. Theodoro Júnior ensina que “embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material,

¹⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 2007. p. 289.

¹⁸ Na liquidação por artigos, que é uma modalidade de processo de conhecimento, há formação de coisa julgada.

¹⁹ “Não faz coisa julgada a sentença homologatória de cálculos que inclui parcela ausente no *decisum* da causa de que não caiba mais recurso.” (RSTJ 37/354. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 588, nota 2a ao art. 469)

²⁰ “O provimento extintivo da execução (art. 795) não exhibe carga declaratória suficiente para redundar na indiscutibilidade própria da eficácia de coisa julgada... Evidentemente, há mérito na execução; porem, não há declaração suficiente no exame desse mérito, porque o órgão judiciário não julga, mas executa. Por conseguinte, os arts. 467 a 475 não incidem na execução.” (ASSIS, Araken. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 2009. p. 288/289)

²¹ “Não há nesses casos, a atividade substitutiva e secundária que caracteriza a jurisdição, propriamente dita, e por isso a doutrina escusa-se de reconhecer, neles, o exercício dessa função estatal. Deles não resulta, pois, a coisa julgada que é figura conceitualmente peculiar ao procedimento contencioso.” (NEVES, Celso. *A coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 472)

²² “Na chamada ‘jurisdição voluntária’, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra *jurisdição* para qualificar tal atividade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2005. p. 382)

²³ “A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam à preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro.” (RSTJ 25/430. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 4c ao art. 467)

ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal”²⁴.

1.2 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

A coisa julgada somente se forma sobre a parte dispositiva da sentença; deve-se entender por parte dispositiva da sentença tudo o que foi decidido pelo juiz, não importando a localização topográfica da decisão²⁵. Os motivos da sentença não fazem coisa julgada (art. 471, I, do Código de Processo Civil)²⁶; contudo, devem ser tomados em consideração para o entendimento do verdadeiro e completo alcance do que foi decidido no dispositivo da decisão²⁷.

Terceiros estranhos ao processo não são submetidos ao que foi nele decidido e, por isso, não se subordinam à coisa julgada (art. 472 do Código de Processo Civil)²⁸. Somente às partes que participaram do processo se pode opor a coisa julgada. Afirma Celso Neves que “a eficácia da coisa julgada é restrita às partes. Por isso, a *eadem conditio personarum* é requisito da *exceptio*”²⁹. Todo aquele que não participa do contraditório é considerado terceiro. A inoponibilidade

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 488.

²⁵ “É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido substancial e não formalista, de modo que abranja não só a parte final da sentença, como também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes.” (RT 623/125. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 588, nota 8 ao art. 469)

²⁶ “A imutabilidade decorrente da coisa julgada não abrange a motivação.” (RSTJ 90/199. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 588, nota 5 ao art. 469.

²⁷ “Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem, amiúde, indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo.” (Liebman apud NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 241)

²⁸ Nas ações possessórias, há uma tendência jurisprudencial em mitigar a regra de extensão da coisa julgada a quem somente foi parte no processo: “Em ação de *reintegração de posse*, em razão de “invasão de terra por diversas pessoas” e em que “o autor deixou de individualizar todas as pessoas em razão da própria dificuldade e transitoriedade ínsita em casos dessa natureza”, admite-se que “a decisão de reintegração vale em relação a todos os outros invasores”, “dada a dificuldade de nomear-se, uma a uma, as pessoas que lá se encontram nos dias atuais” (RSTJ 195/354: 4ª T., REsp 326.165. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 592, nota 1c ao art. 472).

²⁹ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 242.

da coisa julgada a este decorre da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal). Os terceiros, em relação à sentença, se classificam em: a) terceiros indiferentes (que não têm relação alguma com as partes ou com o objeto do processo); b) terceiros interessados de fato (os que sofrem a repercussão da decisão judicial e da coisa julgada, sem, contudo, ostentar interesse jurídico, ou seja, sem ser titular de uma relação jurídica que sofra alterações com a decisão judicial); e c) terceiros juridicamente interessados que são “sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão”³⁰. O terceiro juridicamente interessado é o titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão. Assim, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte. Ensina José Roberto Cruz e Tucci que o terceiro “poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta”³¹. Como o fundamento da não oponibilidade da coisa julgada a terceiros é o princípio do contraditório e da ampla defesa, a coisa julgada pode vincular o terceiro, desde que o favoreça³².

Mesmo nas ações relativas ao estado das pessoas, a coisa julgada somente se forma entre as partes que participaram do processo; quando o art. 472, *in fine*, reza que nas ações de estado a coisa julgada tem efeitos perante terceiros, está dizendo apenas que a eficácia constitutiva, como opera a alteração do mundo jurídico, acaba tendo que ser reconhecida por terceiros³³. Por exemplo, ninguém

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 347.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 347.

³² “Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a conseqüente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que lhe propiciou vantagem.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006. p. 348)

³³ “Os casos de *representação* apontados por Savigny, como os de *subordinação* indicados por Betti, na verdade, não passam, ou de hipóteses de *substituição subjetiva no plano processual*, como é o caso do sucessor, ou de *efeitos próprios da eficácia constitutiva* da sentença, quando traz em si a *executividade imediata* que determina alteração no mundo jurídico. Nada tem com a coisa julgada que se restringe ao elemento *declaratório* da sentença, *insuscetível* de afetar terceiros.” (NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 242)

pode, alegando que não foi parte em um processo de divórcio, deixar de reconhecer a nova qualificação jurídica do divorciado em um negócio jurídico. A sentença relativa ao estado das pessoas faz coisa julgada *erga omnes*, não podendo ser contestada por terceiros, porque estes não existem em questões de estado, se todos os litisconsortes da relação de direito material forem citados. Nas causas em geral, o terceiro juridicamente interessado pode impugnar uma decisão judicial, seja diretamente, recorrendo, conforme previsão do art. 499 do CPC, ou, então, propor ação autônoma que pode resultar em sentença que contradiga o que foi decidido em relação processual anterior (p. ex., uma ação anulatória de negócio jurídico, se procedente, pode ser incompatível com o comando anterior de ação reivindicatória anteriormente declarada procedente; a primeira declarou que “A” não é proprietário porque o negócio é nulo; a segunda, considerando que “A” era proprietário, deu o direito de seqüela sobre a coisa). No caso das ações relativas ao estado das pessoas, se todos os interessados tiverem participado do processo, não haverá o terceiro juridicamente interessado que possa impugnar o resultado da demanda (p. ex., em uma ação de reconhecimento de paternidade, se presentes suposto pai e filho, não haverá terceiro que possa ter interesse jurídico em contestar o resultado da ação)³⁴.

1.3 DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

A eficácia preclusiva da coisa julgada é prevista no art. 474 do Código de Processo Civil³⁵⁻³⁶. É a vedação legal de que a parte, na mesma ou em outra relação processual, renove a causa já definitivamente decidida, seja repetindo os argumentos ou fatos já debatidos, seja trazendo novos argumentos ou provas

³⁴ “Em conclusão; a sentença que decide questão de estado ente contraditores legítimos não pode sofrer impugnação, por faltar a categoria do ‘terceiro juridicamente prejudicado’. Por isso, vale *erga omnes*, porquanto equivalente à eficácia natural da sentença, com a única exceção daqueles terceiros que também sejam legítimos contraditores.” (Ada Pellegrini Grinover apud LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 206)

³⁵ “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

³⁶ “Eficácia preclusiva é a *aptidão, que a própria coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos as sentença cobertos por ela...* Seria muito pouco proclamar solenemente a intangibilidade da coisa julgada como uma situação de firmeza destinada a propiciar segurança jurídica àquele que foi vencedor no processo (Constituição, art. 5º, inciso XXXVI) mas ao mesmo tempo deixar o flanco aberto para novas decisões sobre pontos ou questões influentes sobre a causa que houver sido definitivamente julgada.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330)

que poderiam ter sido discutidos no processo onde se prolatou a sentença³⁷, mas que não o foram, seja porque a parte negligenciou em trazê-los, seja porque estava impossibilitada a tanto³⁸.

Sem a eficácia preclusiva da coisa julgada, esta se tornaria pífia e inoperante. Bastaria que a parte, sabendo da pouca probabilidade de sucesso de sua demanda, deixasse de alegar ou provar algum fato para que lhe fosse aberta a possibilidade de impedir a formação da coisa julgada, ocasionando novo julgamento da demanda, desta vez apresentando as provas ou os argumentos que omitiu. A demanda julgada improcedente por ausência de provas não pode ser novamente proposta sob o argumento de que agora as provas já existem. A eficácia preclusiva impede tal expediente. Não importa a relevância da prova ou o argumento que a parte não trouxe ao processo; mesmo que seja capaz de, por si só, causar uma decisão diametralmente oposta ao decidido, não poderá, em face da eficácia preclusiva da coisa julgada, trazer ao processo para alterar a decisão³⁹. Até mesmo algumas eventuais nulidades do processo são sanadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada⁴⁰. As nulidades que podem invalidar a sentença somente poderão ser alegadas em sede de ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada, salvo a possibilidade de se desconstituir a sentença inconstitucional, como demonstraremos a seguir⁴¹.

³⁷ “O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia *opor ao acolhimento do pedido* as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 331)

³⁸ “É inviável, por ofensa à coisa julgada, a propositura de segunda ação, com o mesmo objeto, fundada em novas provas, não produzidas na primeira.” (RTJ 94/829. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 586, nota 2 ao art. 468)

³⁹ “O efeito preclusivo da coisa julgada, expressamente consagrado pela disposição em exame, tem a função específica de preservar a autoridade d coisa julgada adquirida por sentença anterior, afastando a possibilidade de subseqüente impugnação desta mediante alegações ou defesas não apreciadas no processo em que foi proferida.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008. p. 331)

⁴⁰ No Capítulo 2, iremos tratar dos vícios que impedem a formação da coisa julgada.

⁴¹ “Até mesmo as nulidades reputar-se-ão convalidadas, com exceção daquelas mais graves que ensejam o ajuizamento da ação rescisória, conforme previsão veiculada no art. 485 e seus incisos, bem assim, as que ensejam as demandas autônomas para a discussão de determinadas nulidades.” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Org. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1533)

A eficácia preclusiva abrange tanto as questões jurídicas quanto fáticas referentes ao fato levado a juízo⁴². Vigora o *princípio do dedutível e do deduzido*. “Segundo este princípio, tem-se que tudo aquilo que poderia ter sido deduzido como argumentação em torno do pedido do autor ou da contestação, ainda que não o tenha sido, reputa-se, por ficção, como tendo sido”⁴³. A coisa julgada somente se forma nos limites do que foi decidido. Assim, se houver um *fato novo* (ulterior ao processo) capaz de gerar uma demanda que irá trazer uma decisão que seja incompatível com a decisão anteriormente decidida, não haveria o óbice da coisa julgada⁴⁴. Não haveria a tríplice identidade⁴⁵, e o que haveria é uma nova demanda que não pode ser obstaculizada pela coisa julgada formada em outra demanda⁴⁶.

Contudo, há que se considerar que, para a proteção da coisa julgada, deve-se evitar que a parte proponha outra demanda que poderia ter sido deduzida em defesa ou em reconvenção que possa ocasionar pronunciamento judicial que contrarie o que ficou definitivamente decidido anteriormente⁴⁷.

⁴² “A norma do art. 474 do CPC faz com que se considerem repelidas também as alegações que poderiam ser deduzidas e não o foram, o que não significa haja impedimento a reexame em outro processo, diversa a lide.” (RSTJ 37/413. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 595, nota 4 ao art. 474)

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2006. p. 505.

⁴⁴ “Diferente, porém, é a situação se existe um *fato novo* ou diferente que venha a constituir fundamento jurídico para outra demanda. Nesse caso, o problema da coisa julgada não se põe, porque o fato que constitui fundamento jurídico novo enseja outra demanda diferente e a coisa julgada se refere a demandas idênticas nos três elementos: mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2^o v., 2000. p. 248)

⁴⁵ “Para que se opere a coisa julgada, deve haver a tríplice identidade entre as ações, ou seja, suas partes, causa de pedir e pedido devem ser os mesmos.” (STJ, 3^o T., REsp 332.959, Rel^o Min. Nancy Andriighi, J. 07.06.2005, não conheceram, v.u., DJU 27.06.2005, p. 363. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 585, nota 2 ao art. 467)

⁴⁶ Em sentido contrário: “A coisa julgada atinge o pedido e a sua causa de pedir. Destarte, a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC) impede que se infirme o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão trânsita, ainda que a ação repetida seja outra, mas que por via oblíqua desrespeite o julgado anterior.” (STJ, 1^a T., REsp 712.164, Rel. Min. Luiz Fux, J. 06.12.2005, deram provimento, v.u., DJU 20.02.2006, p. 224. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. Op. cit., p. 588, nota 6 ao art. 469)

⁴⁷ “Por isso se afirma que demandas pleiteando direitos, embora diversos daqueles já acertados definitivamente em juízo, mas dedutíveis em defesa ou reconvenção no primeiro processo, não mais podem ser postuladas. Visando resguardar a intangibilidade da coisa julgada, demanda posterior, versando situação subjetivamente incompatível, embora objetivamente diversa daquela decidida, não

A coisa julgada não pressupõe que a questão seja de fato resolvida no processo. Questões efetivamente resolvidas no processo ficam fora da autoridade da coisa julgada, como as razões da decisão ou as questões incidentes. Já questões não resolvidas no processo, mas que poderiam tê-lo sido, ficam acobertadas pela imutabilidade da coisa julgada, por escolha do ordenamento jurídico⁴⁸.

Nem se diga que a eficácia preclusiva poderia gerar situações injustas⁴⁹. Trata-se de uma escolha do sistema positivo vigente pela segurança jurídica a partir de certo momento. Não se pode eternizar a busca da justiça, sob pena de se eternizar os litígios. A própria razão da existência da garantia da coisa julgada é a falibilidade do juiz. É impossível buscar, eternamente, a decisão mais perfeita, a mais adequada à realidade, a que mais condiz com o espírito da lei. O direito que pressupõe o mínimo de segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas. Assim, a partir de determinado momento, a decisão vale pelo que diz, não importando o que efetivamente está por trás dos fatos alegados no processo, da desconformidade da decisão com a realidade subjacente ao processo. A sentença não transforma a realidade; esta, por uma necessidade do sistema, que, em algum momento, deve por termo à questão discutida, torna-se irrelevante e indiscutível no processo. Não transforma a coisa julgada o branco em preto; o que ocorre é que ao sistema, a partir de certo momento, não interessa saber se o que foi declarado preto é branco⁵⁰.

pode ser proposta. Primeiro porque já poderia a parte tê-la deduzido em defesa ou reconvenção; depois porque sua propositura em separado implica retorno da discussão sobre a atribuição do bem da vida conferido na demanda anterior." (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96/97)

⁴⁸ "De um lado, mesmo as questões efetivamente resolvidas, como pressupostos (fáticos e jurídicos) da decisão sobre o pedido, ficam de fora do âmbito da *res iudicata*, e por isso podem ser livremente suscitadas e apreciadas em processo ulterior sobre *lide diversa*. De outro lado, até as questões não resolvidas subtraem-se a nova apreciação em processo ulterior sobre a mesma *lide* (ou, adite-se, sobre *lide subordinada*). O que se protege com a autoridade da coisa julgada material (= o que se tona imutável) é só o resultado final do pleito; mas este fica protegido (= conserva-se imutável) sejam quais forem as questões que alguém pretenda suscitar para atacá-lo, ainda que delas se pudesse ter valido, no primeiro feito, como arma (de ataque ou de defesa), entretanto lá não utilizada." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 241/241)

⁴⁹ "Em um sistema ideal, hipotético, em que nenhum juiz jamais errasse, seria desnecessário preocupar-se com 'imunizar' a decisão de pleitos de reexame... a autoridade da *res iudicata* é imposta precisamente porque as coisas não se passam desse modo; ela é imposta porque se erra." (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 584/585)

⁵⁰ "Há situações jurídicas que, ao se formarem, pressupõe *desconformidade* com a situação anterior, e delas se diz que têm eficácia *constitutiva*. Outras há que, ao contrário, pressupõe *conformidade*, ao

2 DOS VÍCIOS DA SENTENÇA E A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Para que haja a coisa julgada, a sentença tem que julgar o mérito da demanda. Porém, ainda se faz necessário que a sentença não padeça de vício. Conforme nos ensina Celso Neves, “são requisitos de formação da coisa julgada, portanto: a) o exercício de jurisdição contenciosa; b) a validade da sentença, como ato jurídico processual”⁵¹.

A sentença válida é a que não apresenta nulidades. Pode ser reformável, porque ilegal ou injusta, sem que seja nula ou anulável. “Sentença válida propriamente dita não é sentença irreformável, mas sim aquela que, podendo gerar efeitos normais, não padece de vício que a torne nula ou anulável”⁵². A sentença é um ato jurídico processual. Tal como qualquer ato jurídico, pode padecer de vícios. A sentença, como ato jurídico processual deve, primeiramente, existir; existindo, deve ser proferida de acordo com as normas que regem a matéria⁵³, sob pena de invalidade⁵⁴.

menos no essencial, com a situação anterior: a respectiva eficácia é meramente *declaratória*. Mas ainda há uma terceira categoria, em que a nova situação jurídica *independe da conformidade ou desconformidade* com a anterior; e aí se tem eficácia *preclusiva*. Nas situações dotadas desse terceiro tipo de eficácia, abstrai-se por completo do que ficou para trás: nada importa que se haja ou não divergido da situação preexistente; faz-se tábua rasa dessa situação; todo e qualquer efeito que haja de ser produzido emanará da *nova situação*. Opera-se, por assim dizer, uma *cisão* entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita...pois bem: é nessa terceira classe de situações que se enquadra a coisa julgada material. Desde que ela se configure, já não há lugar – salvo expressa exceção legal – para indagação alguma acerca da situação anterior. Não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (ou, conforme diziam textos antigos em termos pitorescos, de fazer do quadrado redondo, ou do branco preto), mas simplesmente porque ela torna juridicamente *irrelevante* – sempre com a ressalva acima – a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 242/243)

⁵¹ NEVES, Celso. *A coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971. p. 480.

⁵² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 220.

⁵³ “O fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel* etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam.” (Pontes de Miranda apud ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1100)

⁵⁴ “Daí que, no que tange aos atos jurídicos, a adequação do fato à norma envolve dois estágios distintos. O primeiro presta-se à correspondência básica do ato ao conceito, ao tipo, trazido na norma. Havendo essa primeira correspondência, o ato já é juridicamente relevante (em certas situações, estará apto a produzir, em algum grau, efeitos jurídicos). No entanto – e diferentemente do que ocorre com os fatos

2.1 DA NULIDADE ABSOLUTA E DA NULIDADE RELATIVA DO ATO PROCESSUAL

O ato jurídico processual pode ser eivado de nulidade absoluta e nulidade relativa. Há esta quando houver violação de norma que busca resguardar interesse da parte; ocorrendo a nulidade relativa, somente por provocação da parte pode haver a decretação do vício do ato⁵⁵. Ocorre a nulidade absoluta quando há violação de norma que se destina a proteger interesse de ordem pública; a nulidade absoluta deve ser decretada pelo juiz, independentemente de pedido da parte⁵⁶.

Parte da doutrina insere entre os vícios do ato jurídico processual a anulabilidade. Esta ocorreria quando houvesse violação de normas dispositivas⁵⁷. Entretanto, a distinção entre ato nulo e ato anulável não se compatibiliza com o caráter publicístico do processo. O ato nulo seria aquele que não produz efeito algum, sendo, inclusive, desnecessária a declaração de sua nulidade; o ato anulável seria aquele que produz efeitos, dependendo de declaração judicial para que sejam cessados seus efeitos⁵⁸. Entretanto, no processo, todo ato judicial produz efeitos, dependendo de expressa decisão judicial decretando a existência

jurídicos em sentido estrito e os 'atos-fatos' – a adequação não para aí. A representação conceitual do ato ainda não basta para acionar as conseqüências jurídicas imputadas ao ato de modo pleno e integral. O passo seguinte consiste na verificação do cumprimento das 'regras técnicas' para a obtenção dos efeitos aos quais a 'declaração' tende. O primeiro passo concerne à existência jurídica do ato. O segundo, à sua validade." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 289)

⁵⁵ "Quando é exclusivamente da parte o interesse visado pela determinação legal da forma, então se trata de *nulidade relativa*, que o juiz não decretará de-ofício e, portanto, só pode ser decretada mediante provocação da parte prejudicada." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 344)

⁵⁶ "Às vezes a exigência de determinada forma do ato jurídico visa a preservar interesses da ordem pública no processo e por isso quer o direito que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância. Trata-se, aqui, da *nulidade absoluta*, que por isso mesmo pode e deve ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada." (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Op. cit.*, p. 343)

⁵⁷ "Assim sendo, ter-se-á nulidade absoluta quando for violada uma norma cogente de proteção do interesse público; nulidade relativa quando se infringir norma cogente de tutela de interesse privado; e, por fim, anulabilidade, quando for transgredida norma jurídica dispositiva." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 246)

⁵⁸ "A anulação deve ser sempre pleiteada através de ação judicial; a nulidade, quase sempre, opera *pleno jure*, ressalvada a hipótese em que se suscite dúvida sobre a existência da própria nulidade, caso em que se tornará imprescindível a propositura de ação para o reconhecimento de sua ocorrência, pois a ninguém é lícito fazer justiça com as próprias mãos." (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1997. p. 272)

da nulidade, seja relativa, seja absoluta. A nulidade do ato processual somente existe após o pronunciamento judicial⁵⁹. Desta forma, não existe a distinção do direito privado entre ato nulo e anulável. No direito processual, toda nulidade necessita de prévia declaração⁶⁰.

O ato nulo gera efeitos. A validade não se confunde com a eficácia. O ato inválido pode produzir efeitos. O ato válido pode não produzir efeitos. Somente o ato inexistente não produz efeitos⁶¹. O que diferencia o ato válido do ato inválido com relação aos efeitos é que os efeitos deste são precários, vulneráveis, instáveis, visto que podem deixar de produzir efeitos com uma possível decretação de nulidade⁶², o que não ocorre com os atos válidos, em que os efeitos são permanentes, visto não poderem, em tese, ser extirpados por decisão posterior.

2.2 DA SENTENÇA INJUSTA

A injustiça não se confunde com a validade da sentença. Esta, como ato processual, pode ser perfeita, ou seja, reunir todos os requisitos de validade e, entretanto, fazer um juízo errado, incompatível com o disposto na norma

⁵⁹ “Mesmo quando eivado de vício que determina a sua *nulidade*, porém, o ato processual considera-se valido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento judicial decreta a nulidade: a ineficácia do ato decorre sempre do pronunciamento judicial que lhe reconhece a irregularidade. Assim sendo, o estado de ineficaz é subsequente ao pronunciamento judicial.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 340)

⁶⁰ “A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de *anulabilidade do ato processual* e de *ato processual anulável*... Em direito processual, onde os defeitos do ato não o impedem de produzir efeitos e é necessário que uma decisão judiciário os neutralize, é adequado falar em *anulação do ato viciado*. Muito diferentemente do que se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009. p. 607/608)

⁶¹ “É erro tão comum quanto lastimável entender que o nulo não gera efeitos. Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz... o que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é. Daí por que o ato processual nulo produz efeitos, se e enquanto o juiz não o desconstituir, *ex officio*, ou a requerimento da parte.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1106)

⁶² “Já os atos inválidos podem por vezes produzir, ainda que em caráter precário, os efeitos típicos do ato. Portanto, os atos inválidos podem ser eficazes. Mas essa eficácia não é idêntica nem equiparável à dos atos validos. É vulnerável, instável. A eficácia do ato nulo poderá vir a ser obstada e extinta, e os efeitos já produzidos, removidos – conforme entrem em ação os instrumentos de ataque à nulidade. Assim, é menor o grau de eficácia dos atos inválidos. Eles são quando menos potencialmente ineficazes.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 292)

de direito material, com as provas constantes dos autos, decidindo de forma distoante dos fatos ou do direito alegado. Tal sentença será uma sentença injusta⁶³, porém válida⁶⁴.

2.3 DA SENTENÇA NULA

A sentença nula é a que contém uma nulidade no próprio ato final do processo (a decisão final) ou a que é maculada de nulidade não sanada ocorrida ao longo da relação processual.

Os atos processuais praticados ao longo do processo podem levar à nulidade de todo o processo e, conseqüentemente, da sentença, por aplicação do princípio da causalidade. Este “impõe que a nulidade de um ato do procedimento contamine os posteriores *que dele sejam dependentes*, com a conseqüência de dever-se anular todo o processo, a partir do ato celebrado com imperfeição”⁶⁵.

A eficácia da sentença nula subsiste até que seja retirada do ordenamento por decisão judicial que reconheça a nulidade. A nulidade da sentença não se

⁶³ “A sentença que estabelece uma solução não contemplada no ordenamento tem um defeito em seu conteúdo. Enquadra-se na noção de *sentença injusta...* Mas, bem por isso, tal ato tem existência jurídica. Não lhe falta comando nem outro aspecto para o enquadramento no núcleo conceitual de sentença. Sustentar que a sentença, por ser errada no julgamento ou conclusão que contem, é juridicamente inexistente implicaria, em termos lógicos, eliminar a categoria das *sentenças injustas* transferindo-as para o âmbito das sentenças inexistentes.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 316)

⁶⁴ “É que a sentença não é apenas uma dicção prescritiva que, para ser válida, deve guardar consonância com o modelo descrito abstratamente na norma jurídica. Além disso, a própria sentença (como qualquer ato decisório) contém um *juízo* acerca da subsunção de outros fatos a normas. A dicção prescritiva, o comando, veiculado na sentença funda-se em tal juízo. Daí que a sentença, em concreto, pode guardar consonância com os elementos e requisitos previstos na lei para a configuração de uma sentença válida e, no entanto, conter um juízo incorreto (seja por reputar havidos fatos inexistentes, ou vice-versa; seja por aplicar erroneamente normas aos fatos apurados). Vale dizer, a sentença pode ser perfeita como ato processual, mas *incorreta* ou *injusta* no julgamento que veicula. Na expressão tradicional, pode não haver *error in procedendo* e sim *error in iudicando*. Nessa hipótese, especialmente quando o erro de julgamento concerne ao mérito (o objeto do processo), fala-se em *sentença injusta*, como algo distinto de *sentença nula*.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 296)

⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 342.

opera, nunca, de pleno direito⁶⁶. A doutrina elenca várias hipóteses de sentenças nulas: sentença sem relatório e fundamentação⁶⁷, falta de correlação entre pedido e sentença, ausência de condições da ação, imposição de uma condenação condicional⁶⁸, sentença que imponha uma prestação juridicamente ou fisicamente impossível⁶⁹ e sentença proferida por juiz absolutamente incompetente⁷⁰.

O que acarreta a nulidade da sentença são somente as violações de regras de direito processual; violações de regras de direito material são questões de mérito que não causam a nulidade da sentença⁷¹.

⁶⁶ “A sentença será nula quando portadora de algum vício intrínseco (*nulidade inerente* ou *intrínseca*) ou quando estiver contaminada pelo defeito de algum ato processual anterior (*nulidade decorrente* ou *derivada* – CPC, art. 248). Em qualquer dessas hipóteses, a sentença nula é eficaz até que um outro pronunciamento jurisdicional lhe declare a invalidade e imponha a *sanção de nulidade*: não há sentenças nulas *de pleno direito*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 714)

⁶⁷ “Sentença nula é aquela a que faltam relatório e fundamentação (art. 458, I e II). Também o é a que se profere sem a regular formação do processo, seja na sua origem, seja no seu desenvolvimento. E ainda pode ser nula a sentença que foi dada em processo onde ocorrer a nulidade ou vício não sanados pela nulidade.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221)

⁶⁸ “Os vícios inerentes à própria sentença, que lhe determinam a nulidade, são (a) *formais*, quando consistentes na inobservância dos requisitos de modo, lugar ou tempo exigidos em lei, ou (b) *substanciais*, quando o *conteúdo* da sentença contraria regras de direito processual. Constituem vícios substanciais a falta de *correlação* com a demanda, o julgamento do mérito apesar de ausente uma condição da ação, a imposição de uma condenação condicional.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

⁶⁹ As sentenças que imponham um comando fica ou juridicamente impossível são nulas, apesar de haver entendimento de que seria inexistente, como será analisado a seguir.

⁷⁰ “Mas, em se tratando de pura questão de competência, todo julgamento de órgão jurisdicional surte seus efeitos definitivos, nos limites em que foi proferido, porque, qualquer que seja a disposição legal que disciplina a matéria, a jurisdição é uma... Se o art. 485, II, diz que é rescindível a sentença proferida por juiz incompetente absolutamente, não pode ela ser considerada inexistente, quando foi outro órgão, mas também jurisdicional, quem a proferiu.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 223)

⁷¹ “Os vícios de conteúdo que inquinam a sentença e produzem sua nulidade substancial são somente aqueles consistentes em violação a regras processuais (*errores in procedendo*). Os erros de direito material não são causa de nulidade (*errores in iudicando*). Conseqüência prática: qualquer que seja o vício causador de nulidade (formal ou substancial, mas sempre de direito processual), o tribunal anulará a sentença e, conforme o caso, determinará que outra seja proferida pelo juiz inferior – enquanto que a contrariedade ao direito material conduz à reforma da sentença mediante novo julgamento de *meritis*, sem nada anular.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

2.4 DA SENTENÇA INEXISTENTE

Conforme lição da doutrina, “não se deve confundir nulidade com inexistência da sentença. Sentença nula existe e pode até convalescer. Sentença inexistente nem como tal pode ser tratada, porque é nenhuma, não existe”⁷².

A sentença, como ato jurídico processual, pode se revestir de nulidade quando houver violação de normas cogentes. Entretanto, “outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser inexistente perante o direito”⁷³. A principal consequência prática da distinção entre sentença inexistente⁷⁴ e sentença nula/anulável é que esta é capaz de ser revestida pelo manto protetor da coisa julgada. Aquela de modo algum produz efeitos⁷⁵, não necessitando ser rescindida porque não existe, devendo, apenas, a qualquer momento, ser declarada sua inexistência⁷⁶.

A sentença sem dispositivo somente é inexistente se não há como tirar qualquer comando da decisão. Se, a despeito da falta de uma parte dispositiva da sentença, da leitura do relatório e fundamento for possível extrair algum

⁷² SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 223.

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 344.

⁷⁴ “São juridicamente inexistente (a) a sentença proferida por quem não é juiz, porque esse prolator não exerce jurisdição alguma, (b) a sentença *não assinada*, porque não é portadora do atestado da vontade do Estado-juiz, (c) a sentença desprovida de *dispositivo*, porque neste é que reside o concreto preceito portador da tutela jurisdicional, (d) as sentenças que pretendam impor *um resultado material ou juridicamente impossível*. Não há na lei a cominação de inexistência jurídica da sentença, nem seria necessário, porque essa qualificação decorre de sua própria inaptidão intrínseca a produzir efeitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 713)

⁷⁵ “A sentença é juridicamente inexistente quando *incapaz, por si própria, de produzir os efeitos programados*. Ela existe como um fato, não é um *nada histórico* – mas, porque não produz efeitos, perante o direito reputa-se inexistente. E, porque não os produz, não é suscetível de ficar imunizada pela coisa julgada material – sabido que essa autoridade incide sobre os efeitos substanciais da sentença, que a sentença juridicamente inexistente não tem.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 713)

⁷⁶ “O ato inexistente se distingue do inválido: aquele é incapaz de gerar efeitos; este, ao contrário, entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais. De resto, o ato deficiente precisa ser desfeito; o ato inexistente apenas se declara como tal. A inexistência constitui imprescindível dado referencial, contrastando com a invalidade. Prescindindo-se da subentendida existência jurídica, por exemplo, não há sentido em tutelar o aparente.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1101)

comando da decisão, há sentença, não se podendo falar em sentença inexistente⁷⁷. Mesmo que a sentença seja incompreensível na sua fundamentação, mas, se possível extrair um comando do que foi decidido, existirá sentença. Somente se a falta de fundamentação ou a fundamentação contraditória impedir a inteligência do que foi estatuído na sentença poder-se-á falar em inexistência⁷⁸.

Já as sentenças que imponham um comando juridicamente impossível são existentes, apesar de injustas. “A idéia de sentença ‘juridicamente impossível’ como sentença inexistente despreza a circunstância inafastável de que cabe ao órgão jurisdicional dizer o que é e o que não é juridicamente possível”⁷⁹. A sentença que expede comando juridicamente impossível tem um vício no mérito do que foi decidido⁸⁰. Trata-se de sentença injusta que deve ser combatida pelos recursos e ação rescisória. Caso não combatida a sentença que impôs prestação juridicamente impossível, haverá a coisa julgada. As sentenças que imponham prestação fisicamente impossível também existem. Não se pode negar que a prestação principal, juridicamente impossível, em fase de execução, pode ser convertida em perdas e danos. Também há a condenação em verbas de sucumbência que existem, independentemente da impossibilidade física de cumprir o comando da sentença. Assim, tais sentenças são injustas e não inexistentes, passíveis de serem acobertadas pela coisa julgada⁸¹.

⁷⁷ “É possível que a parte dispositiva no texto da sentença propriamente não exista, ou seja incompleta, mas mesmo assim fique claro qual o comando jurisdicional que se está emitindo. Nessa hipótese, a sentença contém *decisum* e é juridicamente existente.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 310)

⁷⁸ “A sentença incompreensível (aquela que contém contradições invencíveis, afirmações das quais não se possa extrair significado nenhum, indeterminadas ou incertas) apenas será juridicamente inexistente na medida em que esse defeito atinja integralmente o aspecto dispositivo, a ponto de impedir a mínima definição do sentido do *decisum*. Se apenas a fundamentação for incompreensível, sendo identificável o dispositivo, a sentença existe.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 311)

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 318.

⁸⁰ “A impossibilidade jurídica de tais comandos acaba sempre recaindo em um problema de mérito. Há uma sentença *contra ius*: gravemente injusta, patentemente injusta – mas injusta, e não inexistente.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 317)

⁸¹ “Restam os casos em que sempre foi praticamente impossível o resultado específico que o comando judicial pretende impor. Mas ainda nessa hipótese não será possível afirmar generalizadamente a inexistência ou ineficácia absoluta do pronunciamento. De fato, em algumas situações, a inexequibilidade da sentença não conduzirá à conversão em perdas e danos... contudo, nem nesse exemplo é admissível concluir que a sentença como um todo não existe ou é ineficaz: eventual capítulo acessório sobre condenação de sucumbência será eficaz (ainda que injusto)... Além disso, em outros casos, caberá considerar a possibilidade de conversão em perdas e danos. Não há dúvidas de que, em determinadas situações, o comando praticamente impossível estará retratando uma sentença

A doutrina costuma qualificar como inexistente a sentença proferida em processo onde a petição inicial é subscrita por quem não é advogado legalmente constituído⁸². Entretanto, deve haver uma diferenciação do caso em que não existe procuração dada pelo patrono da causa ao advogado, legalmente habilitado ou não, da que exista a procuração, mas o advogado não tenha a capacidade postulatória. Quando não existe mandado, não há processo porque a parte sequer iniciou a relação processual; assim, eventual sentença é, de fato, inexistente. Quando existir procuração dada a alguém que, na verdade, não é advogado legalmente habilitado, existe o processo, apesar da existência de nulidade, conforme preceito do art. 4º do Estatuto da OAB⁸³.

Segundo parte da doutrina, a sentença que desrespeita o princípio da correlação seria nula⁸⁴. Entretanto, *data venia*, a falta de correlação entre o pedido e a sentença pode ocasionar a inexistência da decisão. No caso das sentenças *cifra petita*, ocorre a falta de sentença no ponto em que se omitiu o julgador de decidir. Não ocorre nulidade do pronunciamento. Ocorre ausência de jurisdição no ponto em que foi omissivo o julgador e ocorre, assim, a inexistência da sentença no ponto que restou não decidido⁸⁵. Quanto às sentenças *extra petita*, também

absurdamente errada, desarrazoada... sentença juridicamente existe e, ultrapassada a possibilidade de ação rescisória, caberá a concreta consideração do caso, para se definir se é razoável a quebra da coisa julgada. Mesmo porque, em outros tantos casos de sentença 'inexequível', não se porá semelhante problema de grave injustiça da decisão." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 322/323)

⁸² "Não havendo dispositivo, a sentença não contém nenhuma decisão e, assim, não poderá ser reconhecida como uma sentença. Sentença sem decisão, passe o truísmo, é sentença que não sentencia. O mesmo se deve dizer da sentença proferida por quem não é juiz, ou da petição inicial subscrita por quem não seja advogado regularmente constituído." (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 245)

⁸³ "No entanto, a ausência de advogado legalmente constituído e sem óbices à atuação não implica a inexistência do ato, mas apenas a sua nulidade (Lei nº 8.906/1994, art. 4º)... a falta de mandato implica a própria impossibilidade de atribuição do ato ao suposto representado – e, portanto, a inexistência do ato como ato do suposto representado. A falta da condição de advogado legalmente habilitado e sem óbices para atuar não gera semelhante consequência." (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 357)

⁸⁴ "Os vícios inerentes à própria sentença, que lhe determinam a nulidade, são (a) *formais*, quando consistentes na inobservância dos requisitos de modo, lugar ou tempo exigidos em lei, ou (b) *substanciais*, quando o conteúdo da sentença contraria regras de direito processual. Constituem vícios substanciais a falta de correlação com a demanda, o julgamento do mérito apesar de ausente uma condição da ação, a imposição de uma condenação condicional." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 715)

⁸⁵ "A falta de *decisum* sobre a integralidade do objeto do processo (ausência de pronunciamento sobre uma ou algumas das pretensões postas; exame de apenas parte de uma pretensão etc.) faz com que inexista sentença em relação à pretensão ou parcela de pretensão não decidida. O problema, nesse

ocorre inexistência da sentença. Ocorre pronunciamento judicial sobre pretensão que não era objeto do processo e não há sobre o que era objeto do processo. Desta forma, com relação a este, não há pronunciamento judicial, o que ocasiona inexistência de julgado em relação à pretensão levada a juízo⁸⁶.

É existente a sentença proferida em processo no qual houve conluio das partes, sendo hipótese de rescisória, o que confirma a sua existência⁸⁷.

A sentença em que houve afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa é nula, porém existente. A falta de intimação de qualquer ato processual não ocasiona o início de prazo para defesa ou recurso. Assim, uma sentença da qual uma das partes não foi regulamente intimada não forma o trânsito em julgado com relação a ela, que poderá recorrer a partir do momento em que tiver ciência da decisão⁸⁸.

A falta de fundamentação da sentença conduz à nulidade da sentença, conforme preceito expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal⁸⁹. Assim, a sentença sem fundamentação é existente, salvo se a falta de fundamentação for

caso, não é propriamente de nulidade da sentença. Se há ausência de comando jurisdicional acerca de parte do objeto do processo, cabe reconhecer que não existe sentença quanto a essa parcela.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 313)

⁸⁶ “É também o que se dá na sentença *extra petita* (sentença que só se pronuncia sobre pretensão estranha ao objeto do processo). Nessa hipótese, além do defeito relativo ao pronunciamento sobre pretensão alheia ao objeto do processo, *não há* dispositivo acerca do objeto do processo. consequentemente, não existe sentença a respeito dele.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 313)

⁸⁷ “É existente inclusive a sentença resultante de conluio entre as partes com o objetivo de fraudar a lei (‘sentença fraudulenta’; sentença em ‘processo simulado’). Também nesse caso o ordenamento brasileiro contém regra expressa que confirma diretriz acima indicada (CPC, art. 485, III, parte final).” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 333)

⁸⁸ “Assim, cerceamento à produção probatória acarretará apenas a nulidade da sentença. Do mesmo modo, falhas de intimação no curso do processo poderão acarretar nulidade, a ser argüida na primeira ocasião que a parte tenha para se manifestar. Porém, não implicarão inexistência da decisão final. Há apenas uma hipótese que deve ficar ressalvada: se o sucumbente (*rectius*: seu advogado) não for devidamente intimado do pronunciamento final, não correrão os prazos recursais contra ele e, por conseguinte, não advirá o trânsito em julgado em face dele. Mas o caso não será de inexistência da sentença e, sim, de ausência de trânsito em julgado – se o qual não houverá, ainda, coisa julgada. Permanecerá íntegro o direito de recorrer, correndo o prazo apenas quando houver ciência espontânea da sentença ou a regular intimação.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 360/361)

⁸⁹ “A Constituição de 1988 também se ocupou em ressaltar o valor da fundamentação como garantia do processo. No entanto, ao fazê-lo, cominou a *nulidade* do ato – e não sua inexistência – como consequência do descumprimento do dever de motivar (art. 93, IX).” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 312)

de tal gravidade que impeça de se saber o comando da sentença, o que implicará em falta de dispositivo e, conseqüentemente, a inexistência da decisão.

A propositura de processo contra parte falecida é inexistente em relação aos herdeiros que deveriam ter sido parte no feito. Na verdade, ocorre a não vinculação de quem não foi e deveria ter sido parte, sendo a sentença, assim, inexistente em relação a esta⁹⁰.

2.5 DA EFICÁCIA SANATÓRIA DA COISA JULGADA

A inexistência jurídica não é nunca sanável. Mesmo que a parte demore muito para tomar qualquer providência ou nem a tome em momento algum, o ato continua inexistente⁹¹. Não cabe sequer recurso contra ato inexistente⁹². Desta forma, não ocorre coisa julgada em sentença inexistente⁹³.

Se a parte não foi chamada a integrar a relação processual, não ocorre a formação da relação trilateral entre autor, réu e juiz. Se o réu não foi chamado à relação processual, eventual decisão é ineficaz quanto a ele. Nem mesmo o trânsito em julgado ocasiona efeitos em relação ao réu não chamado ao processo.

⁹⁰ “No entanto, o mais comum é que, embora não exista a parte posta como autora ou ré, o objeto do processo diga respeito a alguém que de fato e de direito existe e não figurou como parte no processo (pois, em seu lugar, foi posta a ‘parte inexistente’). Vale dizer: o defeito não reside apenas na inexistência da ‘parte’, mas na não inclusão, na relação processual, daquele sujeito que detinha legitimação em relação ao objeto. Uma ação, ao ser proposta contra alguém que não existe, deixa de ser proposta contra alguém que existe e era, em vista do objeto da demanda, o legitimado passivo. É o que normalmente ocorre na hipótese de ação formulada contra réu morto. A ação deixa de ser proposta contra os atuais legitimados, os sucessores. Nesse caso, uma sentença de procedência nada significará em face da ‘parte’ que já não existia quando proposta a demanda. E em relação aos verdadeiros legitimados passivos, que foram mantidos alheios ao processo, não existirá sentença que os vincule como partes. A posição deles equivale à de um réu não citado em processo que lhe corre à revelia.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 359)

⁹¹ “A inexistência jurídica da sentença não é suscetível de sanção, quer pela coisa julgada ou por inércia da parte prejudicada, porque a sentença inexistente é por si própria incapaz de produzir os efeitos programados – ainda quando algum ou muito tempo haja decorrido e mesmo que a parte deixe de opor recurso.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 717)

⁹² “A inexistência não convalesce jamais. Em outros termos, o ato inexistente não passa a existente em qualquer hipótese. Não há meio de se fazer com que o ato inexistente passe a existir. Conseqüência disto é que, por exemplo, contra uma decisão inexistente não cabe recurso (como recorrer contra um provimento que não existe?) nem ocorre seu trânsito em julgado.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 245)

⁹³ “Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condição para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 346)

“Transitada, sana-se o vício da nulidade, mas os que deviam estar no processo e não estiveram não ficam sujeitos à definitividade dos efeitos da sentença”⁹⁴. Na sentença ineficaz, normalmente, não se verifica vício algum, salvo a ausência de parte que, obrigatoriamente, deveria lá estar e, devido à sua ausência, ocorre a inexigibilidade do que foi decidido⁹⁵.

Se ocorrer uma nulidade relativa, não arguida tempestivamente, ocorre o saneamento da nulidade⁹⁶. Mesmo que exista ato nulo no processo e sobrevier sentença no mesmo, ocorrendo a coisa julgada, ocorre o saneamento da nulidade intraprocessual, bem como de toda a relação processual⁹⁷. Todas as nulidades são sanadas pela coisa julgada. “Em direito processual, mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes: só perdem a eficácia se regularmente rescindidas”⁹⁸. Mesmo as nulidades absolutas não podem mais ser alegadas após o trânsito em julgado da decisão⁹⁹. A coisa

⁹⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221.

⁹⁵ “Ineficaz é a sentença que, existindo juridicamente, não contendo qualquer vício e sendo proferida mediante procedimento regular (sentença válida, não-nula), por algum outro motivo é incapaz de produzir os efeitos programados, ou alguns deles. A resistência à eficácia da sentença é ordinariamente consequência da impossibilidade de impor seus efeitos a um sujeito que não figure como parte sequer da demanda inicial.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 716)

⁹⁶ “No tocante aos atos inquinados de vício causador de nulidade relativa, a não-arguição da irregularidade pela parte interessada, quando esta pela primeira vez se manifesta nos autos, convalida o ato: ocorre a *preclusão* da faculdade de alegar.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 345)

⁹⁷ “Os atos inexistentes não podem convaler, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, ele próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei quem lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma. Nulo o processo em decorrência da inexistência jurídica de algum ato (saneamento não assinado, petição inicial sem pedido), se vier a ser dada uma sentença e passar em julgado, então ela prevalece, apesar da inexistência jurídica do ato anterior; ela seria passível de anulação, porque inquinada pela inexistência de ato anterior indispensável, mas a coisa julgada, como sanatória geral do processo, perpetua a sua eficácia.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 346)

⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 340/341.

⁹⁹ “Uma característica especial das nulidades processuais é a sanção de todas elas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de todo e qualquer vício que eventualmente ocorrido em algum ato praticado em seu curso.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005. p. 267)

julgada, assim, é uma sanatória geral¹⁰⁰ do processo¹⁰¹. A nulidade absoluta do processo pode ainda subsistir à coisa julgada por um período¹⁰². Neste caso, ocorre a conversão da nulidade em rescindibilidade¹⁰³. Após o decurso do prazo para a ação rescisória, ocorre a coisa soberanamente julgada¹⁰⁴. Do mesmo modo, “as sentenças de mérito injustas, tais como as nulas tornam-se inatacáveis depois de decorrido o prazo para ação rescisória”¹⁰⁵. Já as sentenças inexistentes,

¹⁰⁰ “As três espécies de invalidade processual referidas, nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, são fenômenos intrínsecos do processo e, por isso, encerrado este (ou, pelo menos, encerrado o módulo processual em que se tenha manifestado o vício), o que se dá com o transitio em julgado da sentença, todos aqueles vícios convalidam-se. Por esta razão, aliás, é que a coisa julgada é chamada algumas vezes de ‘sanatória geral’. Transitada em julgado a sentença, todos os vícios, até mesmo aqueles inicialmente tidos por insanáveis, estarão sanados. A coisa julgada, assim, faz desaparecer todos os vícios que tenham se formado ao longo do processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 249)

¹⁰¹ “A coisa julgada é uma *sanatória geral do processo*, o que significa que a firmeza da sentença coberta por ela não se abala por eventuais alegações de nulidade da própria sentença ou dos atos que a antecederam, sendo essa uma manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada. A regra da contaminação dos atos processuais posteriores pelo vício de algum precedente implica que todos os posteriores serão havidos por nulos, *menos a sentença que declara a nulidade*. Se apesar da nulidade a sentença de mérito for pronunciada e passar em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada material impedirá qualquer discussão a respeito daquela (salvo casos de ação rescisória).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009. p. 335)

¹⁰² “A sentença é ato processual como qualquer outro. Transitada em julgado, há o convalidamento do vício, passando ela a ter plena eficácia, mesmo que nula. Em grau de recurso, a nulidade pode ser declarada, mas, se ocorrer o transitio em julgado, a sentença pode tornar-se, simplesmente, rescindível.” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 221)

¹⁰³ “Quanto à nulidade absoluta, tem lugar uma distinção: na maioria dos casos, passando em julgado a sentença de mérito, a irregularidade torna-se irrelevante e não pode mais decretar a nulidade do ato viciado; mas há certos vícios que o legislador considera mais graves e que mesmo após o transitio em julgado podem ser levados em conta, para determinar a anulação... no processo civil isso se dá nas hipóteses que, segundo o art. 485, autorizam a ação rescisória... passado o prazo de dois anos para a propositura desta, porém, também essas irregularidades não podem mais conduzir à anulação do ato.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 345)

¹⁰⁴ “E certo, porém, que com a coisa julgada pode surgir uma nova espécie de invalidade, esta extrínseca, exterior ao processo onde se praticou o ato, a que se dá o nome de *rescindibilidade*... A rescisão da sentença poderá, assim, ser pleiteada toda vez que ocorrer algum dos vícios previstos no art. 485 do Código de Processo Civil, através de ‘ação rescisória’, a qual devesse ser proposta num prazo máximo de dois anos a contar do transitio em julgado. Após este prazo, nem mesmo a rescindibilidade poderá ser alegada, restando sanado também este vício. Surge aí, então, o fenômeno conhecido como *coisa soberanamente julgada*.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 249)

¹⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 297.

por não formarem coisa julgada, não precisam¹⁰⁶ (nem podem) ser objeto de ação rescisória. Na verdade, haveria carência de ação na propositura de ação rescisória, por falta de interesse de agir, visto que a sentença inexistente, por não existir, não pode ser rescindida¹⁰⁷.

A rescindibilidade somente se aplica às decisões que existem juridicamente. As sentenças nulas existem e por isso podem ser rescindidas através da rescisória. Apesar de nulas, produzem efeitos que somente cessarão a partir de sua desconstituição¹⁰⁸.

3 A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A expressão “coisa julgada inconstitucional” não é aceita por parte da doutrina¹⁰⁹. Inconstitucional é a própria sentença, e não sua qualidade de ser

¹⁰⁶ “As invalidades processuais, por mais graves que sejam, não impedem a formação da coisa julgada e se tornam mesmo irrelevantes depois de exaurida a possibilidade de emprego do remédio típico para a desconstituição da sentença transitada em julgado. Já a sentença juridicamente inexistente, na condição de ‘não-ato’, não comporta saneamento ou convalidação. Não é apta à formação da coisa julgada e, portanto, não fica acobertada por tal autoridade, podendo ser combatida independentemente da ação rescisória.” (TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 280)

¹⁰⁷ “Os vícios da sentença podem gerar consequências diversas, em gradação que depende da respectiva gravidade. A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em ‘processo’ a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença *inexistente*, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser *nula*, *v.g.*, se julgou *extra petita*. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se exclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, argüível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2006. p. 107)

¹⁰⁸ “A ação rescisória tem como finalidade, embora não exclusivamente, extirpar do ordenamento jurídico a coisa julgada que recai sobre decisões que contenham *nulidades* absolutas ou que sejam proferidas em processos absolutamente nulos, isto é, que tenham se desenvolvido sem algum pressuposto processual de validade e que, não obstante o seu trânsito em julgado subsistem a ele. Posto serem *nulas* tais decisões e/ou os processos em que proferidas, elas surtem seus regulares efeitos, porque ficam protegidas pela coisa julgada, e, por isto mesmo, impõe que este manto protetor, a coisa julgada, seja *desconstituída* pelo Estado-juiz, viabilizando, em consequência, a retirada daquele grave vício.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1662)

¹⁰⁹ “Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional. Se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento.”

imutável e indiscutível. A sentença seria inconstitucional a partir do momento em que foi prolatada, e não no momento em que transita em julgado.

Entretanto, podemos ainda falar em coisa julgada inconstitucional por outro ponto de vista. Sendo esta um instituto jurídico, sua existência pode afrontar, no caso concreto, um valor protegido pela Constituição e, assim, ser inconstitucional. Assim, sempre que a imutabilidade de uma decisão judicial afrontar valores protegidos pela Constituição Federal, estaremos diante da coisa julgada inconstitucional.

A doutrina defende que “a coisa julgada inconstitucional é um cancro e deve ser repelida, venha de onde vier, pois se estriba num ato nulo, não se subordinando a prazos decadenciais nem prescricionais”¹¹⁰. Apesar de existir o recurso extraordinário, que tem por finalidade revisar o julgado que ofende a disposição constitucional, é possível que uma sentença que contrarie a Constituição transite em julgado¹¹¹, especialmente agora com a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade¹¹². A coisa julgada inconstitucional pode ocorrer quando: a) a sentença é proferida contra texto expresso de dispositivo constitucional; b) a lei que fundamentou a decisão é anterior ou posteriormente à data da decisão, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; c) a sentença contraria um princípio acolhido pelo Texto Constitucional.

Todos os atos do Poder Público devem ser adequados à Constituição, sob pena de nulidade. Isso vale também para as decisões judiciais. Segundo parte da doutrina, a sentença inconstitucional não tem validade alguma, pois fundada

(MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237)

¹¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220.

¹¹¹ “[...] agora, um recurso que em princípio seria cabível *pode deixar de sê-lo*, se dois terços do colegiado (portanto, oito Ministros) entenderem que a questão constitucional nele veiculada não apresenta repercussão geral, ou seja, é... *irrelevante*... não deixa de ser curioso que uma questão *constitucional* possa, eventualmente, ser avaliada como... *irrelevante*.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 202)

¹¹² “O risco de que uma decisão inconstitucional transite em julgado tornou-se ainda maior a partir do momento em que se passou a exigir, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral da questão constitucional nele versada. Com este requisito, é perfeitamente possível que a coisa julgada alcance uma decisão que, não obstante afronte a Constituição da República, trate de matéria que não se possa considerar como dotada de repercussão geral.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008, p. 467)

em ato inconstitucional e nula de pleno direito¹¹³. Por não haver validade da sentença inconstitucional, a qualquer momento, independentemente de prazo para recurso ou rescisória, poderia a parte prejudicada pela “coisa julgada inconstitucional” requerer a declaração da nulidade da sentença. Não haveria, sequer, rescisão do julgado, visto que não haveria, sequer, formação da coisa julgada por ser nulo o fundamento da sentença¹¹⁴.

Entretanto, conforme iremos esclarecer a seguir, a sentença inconstitucional existe e deve ser rescindida. Não se tratará de mera declaração de nulidade, e sim de um provimento que irá desconstituir o pronunciamento inconstitucional anterior.

3.1 DA SENTENÇA PROFERIDA NA AUSÊNCIA UMA CONDIÇÃO DE AÇÃO

Uma variante da teoria da inexistência da sentença inconstitucional é proposta por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Estes desenvolveram a teoria de que a sentença inconstitucional é inexistente por carência de ação. Alegam que o pedido da parte de providência jurisdicional que destoa do Texto Constitucional é vedado pelo ordenamento jurídico e, assim, haveria a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. Havendo a falta de uma das condições de ação, não haveria a formação da coisa julgada e, assim, a sentença poderia ser desconsiderada¹¹⁵.

¹¹³ “Com efeito, no Estado Democrático de Direito, não apenas a lei, mas todos os atos do poder devem adequar-se aos padrões da ordem constitucional, de sorte que a inconstitucionalidade pode acontecer também no âmbito dos provimentos jurisdicionais, e as idéias de constitucionalidade e inconstitucionalidade resolvem-se naturalmente numa relação, ou seja, a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível. Trata-se de uma relação de validade, pois sem que se dê a adequação entre os termos cotejados, não se poderá pensar em eficácia do ato. Donde a conclusão: da concordância com a vontade da Constituição decorre a relação positiva que corresponde a validade do ato, e do contraste, surge a relação negativa que implica em invalidade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. p. 582)

¹¹⁴ “Sendo, pois, caso de nulidade, a coisa julgada não tem o condão de eliminar a profunda ineficácia da sentença, que, por isso mesmo, será insanável e argüível a qualquer tempo. Assim, como a lei inconstitucional é irremediavelmente nula, também a sentença formalmente transitada em julgado não tem força para se manter, quando prolatada contra a vontade soberana da Constituição... O reconhecimento da nulidade da sentença inconstitucional, portanto, não depende de rescisória e pode verificar-se a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na via incidental da impugnação ao pedido de cumprimento de sentença.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. p. 583)

¹¹⁵ “Segundo nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria *juridicamente inexistente*, pois que baseada em ‘lei’ que não

Entretanto, entendemos, *data venia*, que tese não se sustenta, por conflitar com toda a sistemática das condições da ação. A possibilidade jurídica do pedido¹¹⁶, segundo a doutrina, “consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado”¹¹⁷. Desta forma, somente se pode falar em ausência de possibilidade jurídica do pedido quando houver uma vedação legal ao pedido do autor ou que a providência requerida não seja prevista e seja impossível concedê-la.

A teoria da sentença inconstitucional como inexistente por ausência de condição de ação acaba por dilatar indevidamente o conceito de impossibilidade jurídica do pedido a caso que seria, na verdade, de improcedência¹¹⁸. Ademais, o exame das condições da ação deve, necessariamente, ser preliminar ao julgamento do mérito da demanda. Se o juiz proferiu uma sentença de mérito, significa que considerou existentes as condições da ação e tal pronunciamento,

*é lei ('lei' inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas, apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 43)*

¹¹⁶ “No tocante à possibilidade jurídica, o problema não está em saber se, no caso concreto. O autor tem realmente o direito (substantivo) que alega ter, o que é questão de mérito; mas em saber se, em tese, os fatos que enuncia são adequados à descrição legal do que ele pede.” (TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 250)

¹¹⁷ GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 83/84.

¹¹⁸ “É bem verdade que muitas vezes se associa a idéia de impossibilidade jurídica do pedido a uma ‘macroimprocedência’ do pedido. Nessa perspectiva, o pedido seria juridicamente impossível quando o juiz pudesse constatar de plano a sua inviabilidade jurídica pela simples aplicação das normas jurídicas. No entanto, a idéia de impossibilidade jurídica do pedido como ‘macroimprocedência’ não retrata uma verdadeira ‘condição da ação’, entendida como requisito processual que antecede o julgamento de mérito. A idéia de ‘macroimprocedência’ nada mais é do que um julgamento de mérito que prescinde de provas. Por isso, parece mais adequado reservar a noção de impossibilidade jurídica do pedido apenas para os casos em que o instrumento processual adotado pelo autor é direta ou indiretamente proibido pelo ordenamento.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 382)

também, fica acobertado pela coisa julgada¹¹⁹. Assim, se o juiz proferiu sentença de mérito, não cabe mais falar em ausência de condições da ação. Também não cabe alargar o conceito de possibilidade jurídica do pedido a casos em que o que se pugna é pela improcedência¹²⁰. Somente em casos em que o ordenamento jurídico realmente proíba, em abstrato, o pedido da parte se pode falar em impossibilidade jurídica do pedido; nos demais casos, será caso de improcedência que, se não for decretada, estará acobertada pela coisa julgada.

Ademais, também não convence a tese de que não haveria sentença quando inexistisse uma condição de ação¹²¹. Há um pedido, uma causa de pedir, partes, um juiz, uma sentença, enfim, há processo; há uma sentença que, apesar de apresentar um defeito, invalidade, existe e deve ser rescindido¹²². Assim, a falta de condições de ação não implica a inexistência da sentença de mérito que mesmo assim venha a ser proferida e, de resto, a doutrina ora examinada tende a enquadrar como pertinentes às condições da ação casos que, a rigor, concernem ao mérito.

3.2 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E O EFEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS QUE A USARAM COMO FUNDAMENTO

A sentença proferida com fundamento em norma declarada inconstitucional não perde a validade juntamente com a lei que lhe serviu de fundamento. Argumenta a doutrina que se a declaração de inconstitucionalidade

¹¹⁹ “O exame das condições da ação é logicamente antecedente da decisão sobre o mérito, de modo que, se negativo, é impeditivo da apreciação sobre a pretensão. Por outro lado, se o juiz enfrentou o mérito, implícita ou explicitamente, reconheceu a presença das três condições da ação.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 88)

¹²⁰ “Cabe observar que a rejeição da ação por falta de possibilidade jurídica deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas, não sendo o caso de se impedir a ação quando o fundamento for injurídico, pois, se o direito não protege determinado interesse, isto significa que a ação deve ser julgada *improcedente* e não o autor carecedor da ação.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 86)

¹²¹ “Por essas razões, e com a devida vênia, cumpre reconhecer a *existência jurídica* da sentença de mérito proferida quando faltava alguma condição da ação. Há um defeito, uma invalidade, mas a sentença existe: estão presentes os elementos essenciais para a sua configuração: presença do juiz, presença das partes e *decisum*.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 380)

¹²² “Não há dúvidas de que, quando formula um pedido perante o órgão jurisdicional, o autor sempre estará no exercício de um direito, uma garantia, de acesso à Justiça – tenha ou não razão quanto ao mérito, estejam ou não presentes as condições de ação, apresentem-se ou não os pressupostos processuais.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 379)

pode tirar a validade de uma lei, a sentença teria o mesmo fim¹²³. Primeiramente, cabe ressaltar que o objeto do controle concentrado de constitucionalidade é somente o ato normativo inconstitucional, não se estendendo a qualquer outro ato¹²⁴. O fundamento dos que defendem a imprestabilidade da sentença fundada em norma inconstitucional é o efeito da declaração de nulidade da lei inconstitucional¹²⁵. Segundo a posição majoritária da doutrina, a declaração de nulidade acarreta a nulidade não só do ato normativo inconstitucional, bem como acarreta a nulidade de todas as situações pretéritas fundadas na lei inconstitucional¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸. Entretanto, a tese da nulidade dos atos normativos

¹²³ “É estranhável, *ab initio*, atribuir-se à lei *menor relevância* que à sentença, quando o que se tem a coibir é a inconstitucionalidade. Esta pode invalidar uma ‘simples lei’ mas nada pode contra a sentença passada em julgado. Não parece razoável esta *estranha hierarquia de inconstitucionalidades*.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 209)

¹²⁴ “O certo, na verdade, é que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é limitado à declaração da nulidade da lei ou ato normativo em causa, não incluindo a declaração da nulidade de qualquer outro ato jurídico, quer de direito público, quer de direito privado.” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 113)

¹²⁵ “1. O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito em ação de controle concentrado, tem efeitos puramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*. 2. A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (*ex nunc*), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regular) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação. 3. A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula *ex tunc*, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.” (STJ, EREsp 517789/AL, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, Julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006, p. 112)

¹²⁶ “Assim, a declaração de inconstitucionalidade, conforme entendimento da Corte Suprema, decreta a total nulidade dos atos emanados do *Poder Público*, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito.” (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2482)

¹²⁷ “Em **RESUMO**: em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 387)

¹²⁸ “[...] a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, em abstrato, em tese, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração, faz instaurar um processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais, tornando nulos e, por conseqüência, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, com alcance, de modo vinculado para todos, sobre

inconstitucionais não é a mais acertada. A teoria da nulidade é uma importação da teoria da nulidade dos atos jurídicos do direito privado que não se adéqua ao sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, José Afonso da Silva entende que “a nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade”¹²⁹. E continua dizendo que “milita presunção de validade constitucional em favor das leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estabelecido na Constituição”¹³⁰. Assim, preferimos a posição de Kelsen¹³¹, que defende que a lei inconstitucional é apenas anulável.

O próprio legislador, ao editar as Leis n^os 9.868/1999 e 9.882/1999, entendeu que a lei inconstitucional não é nula, visto que permitiu a eficácia *ex nunc* e até para o futuro da declaração de inconstitucionalidade¹³².

Ademais, mesmo que se entenda que a lei perde a eficácia *ex tunc*, tal fato não tira a validade do pronunciamento judicial anteriormente pronunciado. O pronunciamento judicial é um ato concreto autônomo que se desprende do ato normativo abstrato que lhe serviu de fundamento. A sentença não é somente uma atuação da vontade da lei. É um ato derivado de um poder que tira fundamento em competência diretamente outorgada pela Constituição

os atos pretéritos.” (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198)

¹²⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³¹ “A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjeto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há-de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1984. p. 367/368)

¹³² “É preciso observar, porém, que o direito brasileiro se está aproximando da tese de kelseniana. De fato, as referidas Leis n^o 9.868 e n^o 9882/1999, sem renegar por completo a tese da nulidade do ato inconstitucional, admitem uma atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36)

Federal e, por isso, tem fundamento de validade diverso da lei que lhe serviu de fundamento. O entendimento de que a decisão judicial perderia a validade se a lei que fundamentou a decisão perdesse é derivado da ideia chiovendiana¹³³ da jurisdição¹³⁴. Para os que adotam o conceito chiovendiano de jurisdição, é claro que a lei inconstitucional causa a inconstitucionalidade da sentença; a lei nula tornaria a sentença nula, visto que, como a sentença seria a vontade concreta da lei, se esta não mais existir, não existiria jurisdição. Entretanto, a ideia de Chiovenda sobre a jurisdição não pode mais ser aceita. Ela é fruto das ideias liberais surgidas da Revolução Francesa, onde se pretendia que a função jurisdicional seria de mera aplicação da lei. O Poder Judiciário era visto com desconfiança e sua atuação não poderia significar qualquer criação do direito que ficaria na exclusiva tarefa do Legislativo¹³⁵. Já, para Carnelutti, só existiria um comando completo, com referência a determinado caso concreto (lide), no momento em que é dada a sentença a respeito; assim, “o escopo do processo seria, então, a justa composição da lide, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes”¹³⁶. Assim, o juiz não somente aplicaria a norma abstrata, ele criaria a norma concreta. Independentemente da adoção ou não da teoria de Chiovenda ou de Carnelutti, que, a despeito de se mostrarem antagônicas, podem ser

¹³³ “Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.” (Chiovenda apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008. p. 66)

¹³⁴ “Este raciocínio está ancorado na idéia de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade da lei. A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que atuou a vontade da lei posteriormente declarada inconstitucional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 25)

¹³⁵ “Chiovenda é um claro adepto da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 27)

¹³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 131.

consideradas complementares¹³⁷; atualmente, a doutrina entende que o poder jurisdicional elabora a norma jurídica do caso concreto, a qual tem validade independentemente da lei¹³⁸⁻¹³⁹.

Ademais, a sentença também se fundamenta na lei em outro sentido não encarecido por parte da doutrina. A Constituição, ao prever a imutabilidade da coisa julgada, desvinculou a validade da norma concreta produzida pela sentença da norma abstrata que lhe serviu de fundamento. Se assim não fosse, bastaria a revogação da norma vigente à época da sentença por outra que a decisão perderia o fundamento, o que, expressamente, a Constituição vedou que acontecesse, ao estatuir que a lei deverá respeitar a coisa julgada.

O Poder Judiciário determina o conteúdo da norma concreta, balizado pela norma abstrata, mas a validade de uma e outra se tornam independentes. Existe uma norma que determina o conteúdo aproximado que deve ter a sentença e outra que prevê a possibilidade de o Poder Judiciário elaborar a norma individual. Ambas as normas se harmonizam no ordenamento jurídico. A sentença (norma individual) que se distancie do conteúdo da norma abstrata não é nula. Ela é válida enquanto não for retirada do ordenamento, seja por recurso, seja por ação rescisória e, se não o for, será plenamente válida e eficaz¹⁴⁰.

¹³⁷ “Resumidamente, poder-se-ia deixar como estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. Este conceito engloba a definição de Chiovenda e a de Carnelutti, que tantas vezes foram consideradas como antagônicas, mas que na verdade se completam.” (GRECO FILHO, Vivente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998. p. 167)

¹³⁸ “Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a Constituição e o controle da constitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 31)

¹³⁹ “O sistema jurídico convive com a sentença injusta, bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma, que é *abstrata*, deve ceder sempre à sentença, que regula e dirige uma situação *concreta*).” *NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 598)

¹⁴⁰ “Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo... Se um tribunal decide um caso concreto e afirma ter-lhe aplicado uma determinada norma jurídica geral, então a questão encontra-se decidida num sentido positivo e assim permanece decidida enquanto esta decisão não for anulada pela decisão de um Tribunal superior. Com efeito, a decisão do tribunal de primeira instância - e a norma individual criada por esta decisão, portanto - não é, segundo o direito vigente, nula, mesmo que seja considerada ‘antijurídica’ pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada por um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que

A decisão fundada em lei declarada inconstitucional é válida e eficaz. O próprio legislador assim reconheceu, com a previsão dos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, qual seja, dos embargos à execução por título fundado em lei declarada inconstitucional. Os embargos visam a desconstituir a sentença assim formada. Logo, ela existe e é eficaz. O que ocorre com a declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento da sentença é somente a certeza do desacerto da decisão judicial, o que, entretanto, não retira a validade da sentença¹⁴¹. A sentença, a partir do trânsito em julgado, não depende da validade da norma abstrata que serviu de fundamento à sentença. Esta tira seu fundamento de validade também da própria Constituição, do art. 5º, XXXVI,

a decisão pode ser atacada pelas partes processuais no caso de porem em questão a 'juridicidade' (legalidade) da decisão. Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a 'juridicidade' (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão. O que significa, porém, o facto de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância? Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo da norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal em última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral. O facto 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. Estas duas normas formam uma unidade... estes órgãos (os tribunais) recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra prefixado na norma geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra predeterminado mas é estabelecido por estes mesmos órgãos - com a diferença de que a validade destas normas jurídicas individuais é apenas uma validade provisória, isto é, pode ser anulada através de um determinado processo, ao passo que tal já não vale na hipótese da norma individual em vias de passar em julgado criada pelo tribunal de última instância. A validade desta é definitiva. Mas, tanto a validade provisória de uma como a validade definitiva de outra se baseiam sobre a ordem jurídica, ou seja, sobre uma norma geral preexistente, anterior à sua criação, que, quando determina o conteúdo das normas jurídicas individuais, o faz no sentido da alternativa referida. Uma decisão judicial não pode - enquanto for válida - ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar em conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária." (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 364/366)

¹⁴¹ "De todo modo, quando há o pronunciamento do Supremo na via do controle direto e abstrato, com eficácia *erga omnes*, tem-se o estabelecimento da palavra final sobre a compatibilidade da norma controlada e a Constituição. As sentenças anteriores fundadas na solução (então definitivamente estabelecida) inconstitucional permanecem íntegras, mas veiculam uma solução que, segundo os parâmetros do próprio sistema, objetivamente não é correta." (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 582/583)

que dá vida própria à decisão judicial trânsita¹⁴². Eventual desconformidade da sentença com o pronunciamento do STF no controle de constitucionalidade concentrado não retira a eficácia da sentença¹⁴³⁻¹⁴⁴.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que decisão transitada em julgado amparada em norma declarada inconstitucional é válida e negou provimento a recurso extraordinário que visava à sua desconstituição¹⁴⁵.

¹⁴² “A declaração de inconstitucionalidade não invalida a decisão transitada em julgado, pois cabe aos tribunais um poder que não é derivado do Legislativo – o de atuar em concreto os seus comandos –, mas um poder próprio, *ius proprium*. A decisão desprende-se da norma abstrata, conservando um valor autônomo e próprio. Assim, admitir efeitos a uma decisão que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional não significa atribuir efeitos a uma lei nula, mas sim atribuir efeitos a um juízo constitucional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 172)

¹⁴³ “A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 253)

¹⁴⁴ “Nem mesmo a própria lei inconstitucional pode ser considerada uma ‘não-lei’ ou ‘lei inexistente’: ela existirá, conquanto inválida. Mas, a título de argumentação, ainda que se pudesse dizer que a lei inconstitucional é uma ‘não-lei’, um nada, nem assim poderíamos afirmar que a sentença que a aplica no julgamento do mérito é inexistente. Nem de nulidade *stricto sensu* necessariamente padeceria essa sentença. Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 415)

¹⁴⁵ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DESAPROPRIAÇÃO – BENFEITORIAS – PAGAMENTO EM ESPÉCIE – DISPOSITIVOS LEGAIS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COISA JULGADA – DESCONSTITUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – É certo que esta Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que autorizam o pagamento, em espécie, de benfeitorias fora da regra do precatório. Isso não obstante, no caso dos autos, esse pagamento foi determinado por título executivo que está protegido pelo manto da coisa julgada, cuja desconstituição não é possível em sede de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em processo de embargos à execução. Precedente: RE 443.356-AgRg, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Agravo regimental desprovido” (STF, RE 473715-AgRg, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, Julgado em 26.04.2007, DJe-023 Divulg. 24.05.2007, Publ. 25.05.2007, DJ 25.05.2007, p. 00075; Ement., v. 02277-08, p. 01593; RIP, v. 9, n. 43, 2007, p. 291-293; LEXSTF, v. 29, n. 344, 2007, p. 263-267). Nesse sentido é a lição de Gilmar Ferreira Mendes: “[...] a preservação dos efeitos dos atos praticados com base na lei inconstitucional passa por uma decisão do legislador ordinário. É ele quem define, em última instância, a existência das fórmulas de preclusão, fixando *ipso jure* os próprios limites da idéia de retroatividade contemplada no princípio da nulidade. Fica evidente, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano de validade da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*) também para excluir a possibilidade de nulificação automática deste em virtude da

Outro aspecto a ser considerado é que o sistema constitucional brasileiro prevê o controle difuso de constitucionalidade feito por todo e qualquer juiz ao analisar qualquer causa que lhe seja submetida. Ocorre eficácia preclusiva (art. 474 do CPC) também sobre a constitucionalidade da lei que é apreciada pelo juiz antes de proferir sua decisão¹⁴⁶. O juiz, devido ao controle difuso de constitucionalidade, tem o dever de negar aplicação à lei inconstitucional, ainda que a questão constitucional não tenha sido invocada pela parte. O juiz tem o dever de tratar da questão constitucional de ofício ou sem qualquer requerimento do interessado. Portanto, quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade. Nos sistemas jurídicos onde não existe controle difuso, não se forma coisa julgada sobre a constitucionalidade da lei¹⁴⁷. Contudo, em nosso sistema, onde convivem os dois sistemas de controle de constitucionalidade, a decisão feita sobre o caso concreto, na forma difusa, desde que anterior ao pronunciamento feito através do controle concentrado, subsiste integralmente, mesmo que se distancie do que a Corte Constitucional decidiu, e faz coisa julgada. Entender de outra forma seria condicionar a validade e eficácia do controle difuso ao posterior pronunciamento do STF em controle concentrado, o que não se admite. Assim, não se pode, em tese, falar em inconstitucionalidade posterior da decisão, porque o juiz, em controle difuso, anteriormente à decisão, decidiu pela constitucionalidade da lei que aplicou¹⁴⁸.

inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Org. Carlos Valder Nascimento. Belo Horizonte: Fórum, p. 100).

¹⁴⁶ "Assim, ainda que a questão de constitucionalidade não tenha sido deduzida ou conhecida de ofício pelo juiz, a parte não pode alegar a questão de constitucionalidade para tentar invalidar a decisão. Sublinhe-se que a eficácia preclusiva também abrange as questões de direito que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Assim, a questão de constitucionalidade, tenha ou não sido resolvida, fica protegida pela coisa julgada material, ou, mais precisamente, pela eficácia preclusiva da coisa julgada." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 76/77)

¹⁴⁷ A doutrina importa conceitos de outros sistemas jurídicos sem atentar às diferenças entre o nosso sistema jurídico e o ordenamento alienígena. O sistema alemão não prevê o controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual, no § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* é prevista a não executoriedade da sentença baseada em lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

¹⁴⁸ "No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade. A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível

Ademais, a sentença proferida desconstituindo a coisa julgada sob o argumento de que seria inconstitucional seria uma sentença com um grave vício, qual seja, o da rescindibilidade, por ofensa à coisa julgada¹⁴⁹.

Assim, mesmo que ocorra a declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento a uma decisão judicial, esta permanece válida e eficaz, cabendo, entretanto, a possibilidade de sua rescisão pelos meios ordinários (recursos e ação rescisória) ou pela aplicação da teoria da relativização da coisa julgada.

CONCLUSÕES

1. A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Não há coisa julgada no processo cautelar, na liquidação de sentença, no processo de execução, nos procedimentos de jurisdição voluntária e nas decisões interlocutórias. A coisa julgada somente se forma sobre a parte dispositiva da sentença, somente às partes que participaram do processo se pode opor a coisa julgada e todo aquele que não participa do contraditório é considerado terceiro.

2. A eficácia preclusiva da coisa julgada é a vedação legal de que a parte, na mesma ou em outra relação processual, renove a causa já definitivamente decidida, seja repetindo os argumentos ou fatos já debatidos, seja trazendo novos argumentos ou provas que poderiam ter sido discutidos no processo onde se prolatou a sentença, mas que não o foram, seja porque a parte negligenciou em trazê-los, seja porque estava impossibilitada a tanto; transforma a coisa julgada o branco em preto porque ao sistema, a partir de certo momento, não interessa saber se o que foi declarado preto é branco.

3. A sentença é um ato jurídico processual. Tal como qualquer ato jurídico, pode padecer de vícios. A sentença nula produz efeitos, dependendo de expressa decisão judicial decretando a existência da nulidade, seja relativa, seja absoluta, para retirar-lhe a eficácia; a nulidade do ato processual somente

com o sistema difuso de controle e constitucionalidade." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008. p. 21/22)

¹⁴⁹ "Os que sustentam a possibilidade de se declarar, a qualquer tempo, a nulidade da sentença dada contra a Constituição, mesmo após o prazo da rescisória, não se deram, não se sabe bem por quê, de que a nova sentença que assim decidisse poderia ser imediatamente rescindida, não porque estivesse errada do ponto de vista do direito constitucional, *mas pela simples e boa razão de ter sido dada contra a coisa julgada, que é causa autônoma de rescindibilidade* (CPC, art. 485, IV)." (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 115/116)

existe após o pronunciamento judicial. A sentença injusta é válida perante o ordenamento jurídico. A sentença inexistente não produz qualquer efeito, não necessitando ser rescindida porque não existe, podendo o juiz, a qualquer momento, declarar sua inexistência. A falta de condições de ação não implica a inexistência da sentença de mérito que mesmo assim venha a ser proferida. Todas as nulidades são sanadas pela coisa julgada. Mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes e só perdem a eficácia se regularmente rescindidas. As nulidades absolutas não podem mais ser alegadas após o trânsito em julgado da decisão. A coisa julgada, assim, é uma sanatória geral do processo. A nulidade absoluta do processo pode ainda subsistir à coisa julgada por um período, quando ocorre a conversão da nulidade em rescindibilidade.

4. A sentença inconstitucional existe e deve ser rescindida. Não se trata de mera declaração de nulidade, e sim de um provimento posterior que irá desconstituir o pronunciamento inconstitucional anterior.

5. A decisão fundada em lei declarada inconstitucional é válida e eficaz. A sentença, a partir do trânsito em julgado, não depende da validade da norma abstrata que serviu de fundamento à sentença. Esta tira seu fundamento de validade também da própria Constituição, do art. 5º, XXXVI, que dá vida própria à decisão judicial trânsita. Eventual desconformidade da sentença com o pronunciamento do STF no controle de constitucionalidade concentrado não retira a eficácia da sentença que deve ser rescindida.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 2009.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 2008.

- _____ et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil III*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, v. II, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2º v., 2000.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VIII, t. I, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIEBMAN, Enrico Túllio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4. ed. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1º v., 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Temas de direito processual civil. 9. sér. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Celso. *Coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005.

_____. *Curso de direito processual civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2005.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008.

TORNAGHI, Helio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada cível*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

