

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

4. Artigos

4.1. "A coisa julgada inconstitucional – Variações em torno de um texto de Gisele Welsch".

José Maria Rosa Tesheiner. Desembargador aposentado do TJRS. Professor de Processo Civil na PUCRS. Disponível em: < http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_coisa_julgada_tex.php>. Acesso em: 09 set. 2008.

Resumo: Examinam-se algumas propostas para desconsideração da coisa julgada ofensiva à Constituição, em especial as da inexistência jurídica e da *querela nullitatis*.

Sumário: Introdução; **1** – Competência do Supremo Tribunal Federal para definir o sentido normativo da Constituição. **2** – A hipótese do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. **3** – "Inexistência" da coisa julgada inconstitucional. **4** – Nulidade da coisa julgada inconstitucional. **5** – Conclusão.

Abordamos, neste artigo, o tema da coisa julgada inconstitucional, com base em texto de Gisele Mazzoni Welsch¹. Não se trata de uma crítica, nem de uma resenha, mas de reflexões decorrentes da leitura.

1. Com Paulo Otero, a Autora indaga se as decisões judiciais fazem parte de um feudo isento de controle de constitucionalidade, tendo os tribunais poder absoluto para definir o sentido normativo da Constituição, que já não seria o texto formalmente qualificado como tal, mas o resultante das decisões definitivas e irrecorríveis dos magistrados. A resposta seria negativa, porque o Poder Judiciário, poder constituído e não constituinte, não pode emitir decisões que se oponham ao preceituado na Lei Fundamental.

Consideremos. É certo que:

- a)** o Poder Judiciário é um poder constituído, que não pode, ou melhor, não *deve*, emitir decisões que se oponham ao preceituado na Lei Fundamental;
- b)** nosso ordenamento jurídico submete ao controle de constitucionalidade, em caso de repercussão geral, a decisão de única ou última instância que contraria dispositivo da Constituição (Const., art. 102, III, a, c/c seu parágrafo 3º);
- c)** independentemente de repercussão geral, a coisa julgada inconstitucional pode ser rescindida, nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Defrontamo-nos, então, com duas questões: a primeira, relativa à hipótese de a decisão inconstitucional ter sido proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dando ou negando provimento a recurso extraordinário; a segunda, relativa à hipótese de já não caber ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, por já consumado o prazo decadencial de dois anos.

Detenhamo-nos, de momento, apenas na primeira questão. É certo que o Supremo Tribunal Federal não pode, ou melhor, não *deve*, proferir decisão inconstitucional. Ocorre que o controle de constitucionalidade compete ao próprio Supremo Tribunal Federal que, pelo menos em tese, pode proferir decisão inconstitucional, até mesmo em ação, recurso ou incidente destinado ao controle da constitucionalidade. Então, ou presumimos, *juris et de jure*, a constitucionalidade da decisão, reconhecendo que o Supremo Tribunal Federal tem competência para definir o sentido normativo da Constituição, ou cogita-se de atribuir essa competência a outro órgão, o que exigiria outro sistema jurídico, regido por outra Constituição, que não é aquela que se quer ver respeitada.

¹WELSCH, Gisele Mazzoni. A coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: n. 364, p. 63-95, fev/2008.

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

Impõe-se, portanto, uma primeira conclusão, no sentido de que, dentre os órgãos do Poder Judiciário, um há, com poder para definir o sentido normativo da Constituição: o Supremo Tribunal Federal², não se podendo atribuir a qualquer outro órgão competência para desconstituir suas decisões, a pretexto de inconstitucionalidade.

2. Como se observou, a coisa julgada inconstitucional pode ser desconstituída por ação rescisória, nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil. Se a decisão rescindenda foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ele, e somente ele, pode rescindi-la (Const., art. 102, I, j).

Temos, pois, em nosso sistema jurídico, um meio expressamente previsto para desconstituir a coisa julgada, qual seja, a ação rescisória.

Há algum outro meio de ataque à coisa julgada inconstitucional?

Sim. Há a hipótese de embargos, na execução contra a Fazenda Pública, com alegação de inexigibilidade do título judicial, porque fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (CPC, art. 741, parágrafo único).³

A hipótese não é de inexistência, nem de nulidade. Tudo se passa no plano da eficácia (inexigibilidade do título).

A ineficácia pode ser declarada tanto em embargos à execução, como em ação autônoma.

3. No caso que acabamos de examinar, há um pressuposto ineliminável, que é a prévia declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, para a Autora, com os doutrinadores em que se apóia, isso não basta.

Trata-se, pois, de se apontar um meio de infirmar a coisa julgada inconstitucional, ainda que já não caiba ação rescisória e ainda que não tenha havido prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, em suma, de se admitir alguma ação ou exceção, fundada em *alegação* de inconstitucionalidade.

Uma restrição desejável seria a decorrente da existência de anterior pronunciamento judicial, rejeitando a alegada inconstitucionalidade.

Uma primeira solução seria a de se considerar *inexistente* a decisão inconstitucional, admitindo-se: a renovação da mesma ação, desconsiderada a sentença anterior; a oposição de impugnação à execução, com vistas à modificação da sentença exequenda; a alegação *incidenter tantum*, em algum outro processo.

Mas a inexistência, se verdadeiramente de inexistência se tratasse, admitiria a desconsideração da decisão por qualquer do povo e, claro, por qualquer juiz, independentemente de ação e,

²Há, certamente, restrições a esse poder, mas alheias ao plano estritamente normativo.

³Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
[Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005](#)

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; ([Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005](#))

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução; ([Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005](#))

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; ([Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005](#))

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. ([Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005](#))

- ◀ volta ao índice
- ▲ volta ao sumário

portanto, sem citação da parte adversa, com gravíssima ofensa ao princípio do contraditório. (Recorde-se que caso clássico de sentença juridicamente inexistente é o da proferida por quem não é juiz).

4. Uma outra solução, mais palatável, é a de se considerar nula a sentença inconstitucional.

Nulidade processual somente há depois de decretada. Antes, há apenas vício processual, talvez sanável, ou que não leve à decretação da nulidade, por ausência de prejuízo.

Nessas condições, a decisão supostamente inconstitucional manter-se-ia íntegra, até decretação de sua nulidade por juiz competente.

É a tese preconizada pela Autora, que cita em seu prolição de Carlos Valder: “A *querela nullitatis* foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res judicata*”. Prossegue: “Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que, indo de encontro à Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual”. E conclui, afirmando passíveis de desconstituição as decisões de mérito, inclusive acórdãos dos tribunais. “Isso se persegue mediante ação autônoma que engendra uma prestação jurisdicional resolutória da sentença hostilizada, cujo efeito objetiva desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação de sentença de mérito que fez coisa julgada inconstitucional”.

Qual seria o juiz competente para essa ação?

Querela nullitatis propõe-se no primeiro grau de jurisdição. Para evitar que os juízes se pusessem a anular uns as sentenças dos outros, poder-se-ia considerá-la como “acessória”, para atribuir competência originária ao mesmo juízo que houvesse proferido a decisão anterior (CPC, art. 108). Ficaria assim também assegurado o reexame pelo mesmo tribunal de apelação.

Não há prazo, para a propositura dessa ação.

Se do Superior Tribunal de Justiça a decisão hostilizada, cabe reclamação (Const., art. 105, I, f).

5. Caso expresso de *querela nullitatis* há um só: o de falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia (CPC, art. 475-L).

A regra da nulidade de decisão contrária à Constituição pode, talvez, ser dela extraída.

Mas impõem-se algumas cautelas, que já apontamos: não poderia ser objeto de *querela nullitatis* decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, porque lhe cabe fixar o sentido normativo da Constituição; a ação não caberia, se já debatida a questão constitucional no processo anterior; competente para a causa seria o mesmo juízo da ação “principal”.

Não há nulidade, antes de sua decretação. Não há, pois, nulidade de pleno direito. No trato do tema, costuma-se falar de coisa julgada inconstitucional, como se a inconstitucionalidade fosse algo evidente. Mas não é assim. Na verdade, a inconstitucionalidade é construída, mediante um processo de argumentação e de persuasão.

É evidente que, vindo os tribunais a acolher a tese da nulidade por violação da Constituição, aumentará o número de processos. Mas não haverá multiplicação por 2 ou por 3, como se infere do número relativamente reduzido de ações rescisórias por ilegalidade (CPC, art. 485, V).