

A INEXISTÊNCIA JURÍDICA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A *QUERELA NULLITATIS* COMO INSTRUMENTO PARA A SUA IMPUGNAÇÃO

THE LEGAL ABSENCE OF UNCONSTITUTIONAL RES JUDICATA AND THE *QUERELA NULLITATIS* AS A TOOL FOR YOUR CHALLENGE

Camilo de Oliveira Carvalho

RESUMO

O presente texto pretende analisar a *querela nullitatis* como instrumento para a impugnação da coisa julgada inconstitucional. Muitos doutrinadores entendem que a *querela nullitatis* foi um dos primeiros mecanismos de impugnação autônoma da história, sendo, nos dias de hoje, ainda que sob denominações diversas, hábil a subtrair do mundo jurídico decisões judiciais eivadas de vício gravíssimo. As divergências doutrinárias levam à adoção de um posicionamento que se coaduna com o entendimento do processo como instrumento e com a necessidade contemporânea de estudo do direito à luz da Constituição. Analisa-se, de forma sucinta, numa perspectiva histórica, o conceito de *querela nullitatis* e a discussão acerca da inexistência jurídica da coisa julgada inconstitucional, a fim de compreender as divergências doutrinárias em torno do assunto e a aplicabilidade da *querela nullitatis* no ordenamento jurídico brasileiro. Comparando os meios de impugnação da coisa julgada, conclui-se pela prevalência do instrumento da *querela nullitatis* para a impugnação de sentenças maculadas pela inexistência jurídica decorrente da coisa julgada inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Inexistência Jurídica; Coisa Julgada Inconstitucional; Relativização; Segurança Jurídica; Justiça; *Querela Nullitatis*.

ABSTRACT

This text analyzes the *querela nullitatis* as a tool for challenging the unconstitutional res judicata. Many scholars believe that the *querela nullitatis* was one of the first challenge autonomous mechanisms of history, and, these days, although under different names, it is skilled to subtract of the legal word very serious addiction decisions. Doctrinal differences lead to the adoption of a position that is in line with the understanding of the process as an instrument and the need of contemporary study of law in the light of the Constitution. Analyzes, succinctly, in a historical perspective, the concept of *querela nullitatis* and

discussion about the absence of *res judicata* as unconstitutional, in order to understand the doctrinal differences around the subject and the applicability of the *querela nullitatis* in Brazilian legal system. Comparing the tools for challenging the unconstitutional *res judicata*, it is concluded by the prevalence of the *querela nullitatis* to the challenge of sentences so marred by legal non-existence of *res judicata* as unconstitutional.

KEYWORDS: Legal Non-existence; Res Judicata as Unconstitutional; Relativism; Legal Certainty; Justice; *Querella Nullitatis*.

1. INTRODUÇÃO

Na busca de uma aplicação cooperativa e socializada do direito, o estudo do processo civil não pode desbordar dos ditames constitucionais, mormente, após o advento da Constituição de 1988, marco essencial para a mudança de uma perspectiva processual voltada às relações individualizadas.

O processo como instrumento serve à efetividade do direito material, aproximando-se cada vez mais do que se costuma chamar de devido processo constitucional. Deixa de ser visto como mero apêndice e se torna ferramenta fundamental para a efetivação de direitos na sociedade contemporânea.

Dentro desta nova perspectiva são inaceitáveis os conceitos absolutos, universais. Tais mudanças atingem também o instituto da coisa julgada, principal elemento de debate acerca da segurança jurídica.

Para garantir a ordem pública é necessário que as partes processuais tenham uma resposta definitiva, incontroversa, acerca do direito questionado. Assim, costuma-se falar em estabilidade, segurança e indeclinabilidade da tutela jurisdicional.

Em verdade, a atividade jurisdicional ultrapassa cotidianamente a tormentosa tarefa de equacionar a celeridade processual, propósito para a solução de conflitos em tempo razoável, e a necessidade de dirimir conflitos de forma justa.

Ocorre que, em algumas situações, as decisões judiciais, mesmo transitadas em julgado, ofendem valores superiores do ordenamento jurídico vigente. Nesse contexto, destaca-se a discussão acerca da relativização da coisa julgada inconstitucional.

Pretende-se demonstrar que a *querela nullitatis*, via processual autônoma, é o instrumento mais adequado para subtrair do ordenamento jurídico as sentenças que padecem

de vícios gravíssimos, os quais não se convalidam nem mesmo depois da formação da coisa julgada.

2. HISTÓRICO DA *QUERELA NULLITATIS* NO DIREITO COMPARADO

José Cretella Neto¹ afirma que *querela nullitatis* significa nulidade de litígio, indicando a ação criada e utilizada na Idade Média para impugnar a sentença, independentemente de recurso.

No Direito Romano, as sentenças eram irrecorríveis, as nulidades convalidavam, operando de pleno direito. Não se falava, portanto, em anulação de sentença. Com o passar dos anos, no período clássico do direito processual civil romano, o conceito de nulidade foi sendo aprimorado e as atividades do pretor ensejavam uma sanção caso fossem realizadas em desconformidade com as regras vigentes². Assim, surge a *revocatio in duplum*, instrumento que visava justamente negar existência às sentenças, declarando a nulidade do julgamento. Tratava-se de uma verdadeira espécie de ação declaratória negativa, sem prazo pré-estabelecido³.

A *querella nullitatis* surge entre 568 d.C e 1500 d.C no direito italiano, por influência dos institutos germânicos na sua cultura. Nesse período, era mero *imploratio officie iudicis*, não exercitado por meio de ação autônoma. Tornou-se instrumento muito utilizado no direito canônico e na doutrina medieval de uma maneira geral para a arguição de nulidades⁴.

Neste período, ocorreu uma confusão entre os conceitos de sentença nula e inexistente, de modo que a *querela nullitatis* passou a ser utilizada como meio de impugnação das sentenças nulas, ficando as inexistentes sem meio próprio de impugnação⁵.

Seguindo esta inversão de sentidos, muitos diplomas passaram a dispor que, uma vez findo o prazo para a propositura da *querela nullitatis*, todos os vícios da sentença estariam sanados, ainda que diferenciassem nulidade de inexistência.

¹ CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 368.

² Mario Schiefler Fontes identifica este período como o período formulário ou *per formulas* (de 149 a.C – desde a Lei Ebutia – até o século III d.C). Cf. FONTES, Mário Schiefler. Noções histórico-conceituais dos recursos e do duplo grau de jurisdição. **Revista da ESMESC**, v. 14, n. 20, 2007, p. 88.

³ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991, p. 42.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6.ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.91.

⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e querela nullitatis. In: **Revista Jurídica UNICOC**, v. 2, 2005, p. 355.

Os estatutos de Perugia e Carrara distinguiram perfeitamente anulabilidade de inexistência. À primeira atribuiu-se prazo para a utilização da *querela nullitatis*. Para impugnar a inexistência, passou-se a utilizar a *exceptio nullitatis*⁶.

A *querela nullitatis* subdividiu-se: a *nullitatis sanabilis* destinou-se a atacar vícios menos graves e a *querela nullitatis sanabilis* vícios mais graves. Com o tempo, a primeira foi absorvida pelo instituto da apelação e a última persistiu como meio hábil para impugnar vícios insanáveis, mesmo após a coisa julgada.⁷

Em alguns ordenamentos, a *querela nullitatis* chegou mesmo a desaparecer. Acabou sendo absorvida pela ação rescisória ou por alguma hipótese recursal.

O Direito Canônico mantém a *querella nulitatis* no “Codex Iuris Canonici”, de 1983⁸. Aplica-se contra sentenças que violem leis eclesiásticas ou que estejam viciadas quanto à aplicação de penas eclesiásticas, podendo ser proposta tanto por via de ação como de exceção⁹. Nessa última hipótese, será proposta contra o juízo que proferiu a decisão, no prazo de dez anos a contar da publicação da mesma¹⁰.

O regime de inexistência das sentenças encontra boas referências no Direito Português, nas disposições das Ordenações Manuelinas e Filipinas, jamais transitando em julgado as sentenças decorrentes de processos em que não ocorreu a citação da parte contrária ou que desrespeite coisa julgada anterior. Nas disposições das Ordenações Filipinas, pode-se ler: "a sentença que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito, e, portanto, não é necessário ser dela apelado".¹¹

Com o tempo, passou a imperar a ideia de que não haveria sentença inexistente, devendo ser preservada a autoridade da coisa julgada (*autoritas res iudicatae*). Os vícios

⁶ *Idem, ibidem*, p. 355.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica. 2007. p.4.

⁸ GAJARDONI, *op. cit.*, p. 355.

⁹ A disposição 1620 do Código Canônico traz as hipóteses em que o vício é sanável: Cân. 1620 A sentença é viciada por nulidade insanável, se: 1º- foi proferida por juiz absolutamente incompetente; 2º- foi proferida por alguém destituído do poder de julgar no tribunal em que a causa foi definida; 3º- o juiz proferiu a sentença coagido por violência grave; 4º- o juízo foi feito sem a petição judicial mencionada no cân. 1501, ou não foi instaurado contra alguma parte demandada; 5º- foi proferida entre partes, das quais ao menos uma não tinha capacidade de estar em juízo; 6º- alguém agiu em nome de outro sem mandado legítimo; 7º- foi negado a alguma das partes o direito de defesa; 8º- a controvérsia não foi definida nem sequer parcialmente). Disponível em: <<http://www.paroquia-sagradafamilia.org/textos/codigodediretocanonico.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2011.

¹⁰ É o que dispõe o Cân. 1621 - A querela de nulidade, mencionada no cân. 1620, pode ser proposta, como exceção, sempre; como ação, diante do juiz que proferiu a sentença, no prazo de dez anos desde a publicação da sentença). Disponível em: <<http://www.paroquia-sagradafamilia.org/textos/codigodediretocanonico.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2011.

¹¹ GAJARDONI, *op. cit.*, p. 356.

graves seriam aniquilados por meio de uma ação chamada *perviam nullitatis*, símbolo da sobrevivência da *querela nullitatis*, atualmente absorvida pela ação rescisória.¹²

É interessante observar que a *querela nullitatis* por vezes aparece nos ordenamentos jurídicos, porém, com nomes distintos do de origem. É o que ocorre na legislação italiana, no art. 161 do seu Código de Processo Civil¹³, que, em casos de sentenças não assinadas pelo juiz, deixa de conferir o efeito sanatório aos recursos de apelação e cassação.

Observa Calamandrei que, em outras situações, ainda que de forma não escrita, permite-se a relativização da coisa julgada, tais como em casos esdrúxulos em que a sentença não é escrita, falta-lhe o dispositivo ou é ininteligível.¹⁴ Assim, observa o autor acerca do artigo 161 do Código de Processo Civil italiano:

"... enquanto na aparência de ser só uma supérflua laje funerária colocada sobre a querela de nulidade, faz tempo já honrosamente sepultada, é na realidade um reconhecimento indireto da insuprível vitalidade que conserva ela ainda, mesmo que no processo moderno se encontre reduzida a ter que viver sob nome alheio".¹⁵

A *querela nullitatis* não é mencionada no ordenamento brasileiro de forma literal, mas Alexander dos Santos Macedo¹⁶ afirma a sua existência implícita no art. 4º do CPC¹⁷. Alexandre Freitas Câmara¹⁸ também observa a sua existência nos artigos 475-L, § 1º, e 741, inciso I, ambos do CPC.¹⁹

Deve-se observar ainda a possibilidade de impugnação em caso de ausência ou nulidade da citação quando o réu é revel. Todavia, alguns estudiosos do tema vêm afirmando

¹² KOMATSU, *op. cit.*, p. 45.

¹³ Código de Processo Civil Italiano - art. 161 (Nulidade da sentença): "A nulidade das sentenças sujeitas a apelação ou recurso ainda pode ser reivindicada estando sujeita apenas às restrições específicas destes apelos. [...] Esta disposição não se aplica quando a sentença não tem a assinatura do juiz". Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33729>> Acesso em: 02 abr 2011.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: BookSeller, 1999, p. 251.

¹⁵ *Idem, ibidem*, 1999, p. 254.

¹⁶ MACEDO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷ Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. (ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. São Paulo: Editora Rideel, 2010, p.259)

¹⁸ CÂMARA, *op. cit.*, 2007, p. 248.

¹⁹ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] § 1º 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) [...] Art. 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) (ANGHER, *op. cit.*, p. 284 et 302)

que a inexistência da sentença pode decorrer de vício grave ou falta em qualquer dos seus elementos intrínsecos ou extrínsecos²⁰.

Há decisões no Brasil²¹ que entendem pela possibilidade de aplicação da *querela nullitatis* nas situações em que a sentença padece de vício gravíssimo, impossível de ser convalidado pela autoridade da coisa julgada.

No direito italiano, a *querela nullitatis* aplica-se nas situações de sentença inexistente ou de nulidade absoluta. Ainda que, quase sempre, estas situações possam ser sanadas por meio de apelação ou cassação, para a legislação italiana não há impedimento à propositura da *querela nullitatis* a qualquer tempo²².

No Brasil, não só persiste doutrinariamente, como vem sendo adotada pelos tribunais.

²⁰ RABELLO, Gizelly Gussye Amaral; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Da querela nullitatis como meio de impugnação da coisa julgada Inconstitucional. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE**, 2010, p.7515-7529.

²¹ Processo civil. Ação declaratória de nulidade de sentença (querela nullitatis). Idoneidade da via processual eleita. 1. A ação declaratória de nulidade, também denominada querela nullitatis, pode ser manejada nos casos de decisão proferida contra o réu revel, cuja revelia se deu em razão da falta de citação ou citação irregular. 2. No caso dos autos, todavia, ainda que assista razão ao inss, de que a citação não foi feita na pessoa de seu representante legal, tal nulidade não foi arguida em momento oportuno, operando-se a preclusão processual. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. **Apelação cível nº 1130/RS**. Rel. Des. Gilson Jacobsen. Julgado em: 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 29 abr 2011); Processual civil - ação anulatória - querela nullitatis - competência. A competência para o exame da alegada nulidade de citação (querela nullitatis) é do próprio juízo por onde tramitou o feito (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 4ª Turma Cível. **Apelação cível nº 20070111048982/DF**. Rel. Des. Sérgio bittencourt. Julgado em: 30 abril 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr 2011); Processual civil. Ação anulatória. Ausência de intimação pessoal da União. Intimação do Ministério Público Federal. Lei Complementar nº. 73/93. Inexistência de defeito gravíssimo a justificar a querela nullitatis insanabilis. - é cabível a ação declaratória de nulidade (querela nullitatis) quando há nulidade que atinja a relação processual, a exemplo da ausência da citação do réu ou do litisconsorte. - não constituiu defeito gravíssimo, a justificar a ação declaratória de nulidade, o fato de a intimação pessoal, para ciência do acórdão deste Tribunal, haver recaído sobre o Ministério Público, a quem cabia, no passado recente, a defesa da União. - a da intimação pessoal do Advogado da União, a partir da Lei Complementar nº. 73/93, é questionada em alguns julgados deste tribunal, que entendem obrigatória só a partir da MP nº. 460, de 30 de março de 1994, convertida na Lei nº. 9.028/95. - apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª região. **Apelação cível nº 281351/RN**. Rel. Des. Rivaldo Costa. Julgado em: 09 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr 2011); Citação - nulidade - querela nullitatis. A falta ou nulidade de citação para o processo de conhecimento contamina de nulidade todos os seus atos, inclusive a sentença nele proferida. E por impedir a regular formação da relação jurídica processual, tal nulidade frustra a formação da coisa julgada, pelo que pode ser alegada em embargos à execução ou em ação autônoma direta da querela nullitatis insanabilis, de caráter perpétuo, não prejudicada pelo biênio da ação rescisória, porque o que nunca existiu não passa, com o tempo, a existir. Desprovimento do recurso. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação cível nº 7001/95**. Rel. Des. Sérgio Cavalieri. Julgado em: 14 nov.1995. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr 2011); Processual civil - nulidade da citação (inexistência) - querela nullitatis. I - a tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transitada em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos a execução, se for o caso. II - recurso não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 12586 / SP**. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Julgado em: 08 out. 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 29 abr 2011)

²² GAJARDONI, *op. cit.*, p. 357.

3. ENTRE A INEXISTÊNCIA E A NULIDADE. O CONCEITO DE QUERELA NULLITATIS

Questiona-se a adequação da *querela nullitatis* para retirar do mundo jurídico sentenças que padecem de vício gravíssimo. Para uma parte da doutrina, tais decisões são inexistentes; para outra parte, são eivadas de nulidade.

Alexander dos Santos Macedo²³ defende que a *querella nulitatis* ou, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier²⁴, a ação declaratória de inexistência, é o meio mais adequado para atingir decisões marcadas por vícios muito graves.

Para Wilson Alves de Souza, trata-se, nesta situação, de inexistência jurídica e não de inexistência material. Certos atos, ainda que materialmente existentes, podem não possuir elementos nucleares para a sua constituição, tornando-se juridicamente inexistentes. Ocorrem em algum momento e em algum lugar, mas não são encontrados no plano jurídico, uma vez que não possuem relevância jurídica. Nas palavras do autor, “forçoso é convir que existe alguma diferença entre o nada material e o nada jurídico”. Se o ato não existe no mundo jurídico, não há que se falar em validade ou invalidade, eficácia ou ineficácia deste ato; “o que existe materialmente, mas não existe juridicamente, funciona como algo que não ocorreu no tempo e no espaço”.²⁵

Carnelutti, em sentido contrário, afirma que esta possibilidade de nulidade insanável, comumente chamada de inexistência, “tendo oposto dificuldades aos esforços da ciência, a nova lei não ousou formular”²⁶.

Liebman admite a teoria do ato inexistente, afirmando que:

“De ato e especialmente de sentença inexistente, costuma-se falar como sendo figura distinta de ato nulo, faltando-lhe aquele mínimo de requisitos constitutivos que é indispensável à sua existência jurídica (...) quando faltam inclusive esses traços mínimos e

²³ Partilham da mesma corrente: Liebman, Moniz de Aragão, Tereza Arruda Alvim Wambier, Wilson Alves de Souza, Vicente Greco Filho, entre outros. Cf. MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis: sua subsistência no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 273.

²⁵ SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Sentença Civil Imotivada**. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 125-126.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. v.1. Trad. Ádrian Sotero de Witt Batista. São Paulo: Servanda, 1999, p. 590.

essenciais, o que de fato existe deve juridicamente ser considerado de modo absoluto como um nada”²⁷

Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha posicionam-se contra a tese da inexistência. Para eles, no direito processual civil, há duas hipóteses em que uma decisão existente pode ser invalidada após o prazo da rescisória. Tratam-se das hipóteses trazidas nos artigos 475-L, § 1º, e 741, inciso I, do CPC²⁸. Nesses casos, a decisão judicial estaria contaminada por vícios transrescisórios.²⁹

A discussão traz duas percepções claras. Aqueles que afirmam que o ato inexistente não faz coisa julgada admitem a possibilidade de sua impugnação a qualquer tempo. Por coerência, em regra, os que rechaçam esta tese, afirmam que, passados dois anos do trânsito em julgado (prazo para a ação rescisória), não corrigido o defeito, convalida-se o ato inválido.

Ao lado de José Manuel Arruda Alvim, Tereza Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini, Roque Komatsu, Ricardo Perineiro Mendes da Silva, André de Luiz Correia, Patrícia Miranda Pizzol, Wilson Alves de Souza, entre outros, entende-se que a *querela nullitatis* é meio hábil para extirpar do ordenamento sentenças insanáveis, mesmo após o prazo para a ação rescisória.³⁰

Neste sentido, a ação declaratória de inexistência (ou a *querela nullitatis*) pode ser conceituada como a ferramenta voltada à impugnação de vícios gravíssimos, impossíveis de

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**.v.1. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 267.

²⁸ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) [...] § 1º 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) [...] Art. 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) (ANGHER, *op. cit.*, p. 284 et 302)

²⁹ Explicam os professores que a citação é condição de eficácia do processo em relação ao réu (art.219 e 263 do CPC) e, além disso, é um requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem. Ademais, a sentença proferida sem a citação do réu, mas a seu favor, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo. Neste sentido, a citação não seria pressuposto de existência, uma vez que é posterior à formação do processo (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 453). No mesmo sentido: TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.283.

³⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1. 8ed. São Paulo: RT, 2003, p. 549-550. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *op. cit.*, p.39; TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e a sua revisão**. São Paulo: RT, 2005, p. 337-346. KOMATSU, Roque, *op.cit.*, p. 162-163. SILVA, Ricardo Perineiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 55. CORREIA, André de Luiz. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2001, p. 95-96. PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 125. SOUZA, *op.cit.*, p. 125-127.

serem convalidados com a preclusão temporal, ainda que constituída a coisa julgada. Trata-se, portanto, de ação autônoma de impugnação, ensejando nova relação jurídica, diferente da relação na qual se proferiu a decisão impugnada.³¹

4. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Diversos são os debates e os trabalhos científicos que pretendem compatibilizar a duração razoável do processo com a necessidade de um julgamento justo. Da mesma maneira, o valor da justiça sempre vem à tona quando se pretende relativizar a coisa julgada inconstitucional por meio do mecanismo da *querela nullitatis*, temendo-se o desatendimento de um outro valor: a segurança jurídica.

É trabalho imensurável a tentativa de delinear quais seriam as decisões passíveis de relativização. “As tentativas recentes continuam a incorrer em regras marcadas pela imprecisão ou subjetividade”³².

A difícil tarefa de ponderação do justo, invariavelmente, passa pela manutenção da certeza do julgamento. Porém, entende-se que, tratando-se de inconstitucionalidade evidente, mais vale modificar o *decisum*, que perpetuar injustiças. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, não é legítimo eternizar injustiças na pretensão de evitar a eternização de incertezas. Abre-se mão da exigência da certeza jurídica sempre que esta for capaz de sacrificar o insacrificável.³³

³¹ Afirma o professor Alexander dos Santos Macedo que o procedimento a ser utilizado no caso da propositura é o ordinário ou sumário, sendo competente (competência funcional, portanto, absoluta), o juízo que processou e julgou a lide impugnada, podendo o mesmo ser de primeira instância, segunda instância, ou voltar-se a ação contra acórdão dos tribunais superiores, inclusive do Supremo Tribunal Federal. (MACEDO, *op. cit.*, p. 73 et 76).

³² “Tome-se a proposta de Cândido Rangel Dinamarco, que na busca de ‘um critério geral para relativizar racionalmente a autoridade da coisa julgada material’, chegou à conclusão que seria juridicamente impossível o trânsito em julgado da sentença que: ‘[...] declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como esse chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciais, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo art. 1º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência de dívida não honrada, ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual [...]’. As mesmas objeções podem ser feitas aos fundamentos sugeridos por José Augusto Delgado. Em sua abordagem doutrinária, o ministro do Superior Tribunal de Justiça escreve que não há proteção estatal para a coisa julgada formada por força da vontade pessoal do julgador ou com afronta aos princípios da legalidade e moralidade ou ainda à realidade dos fatos. As dezenas de exemplos de coisa julgada inconstitucional que colaciona incluem a: ofensa à soberania nacional; violação à dignidade da pessoa humana; negativa de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; promoção de preconceito racial; e imposição de obrigação contrária à lei” (BATISTA, Deocleciano. **Coisa Julgada Inconstitucional e a Prática Jurídica**. 1. ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 69).

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56, p.7.

Humberto Theodoro Júnior afirma que a imutabilidade é inerente à idéia de coisa julgada, porém, deve ser melhor compreendida: significa que a inalterabilidade da decisão não pode ser atingida pela via recursal, mas o pode por outras vias. A inalterabilidade, ademais, não exclui a possibilidade de modificabilidade. É o que ocorre, no direito brasileiro, com a ação rescisória.³⁴

A coisa julgada é uma importantíssima garantia constitucional. Para Liebman, “é a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”³⁵. Porém, não é razoável que, na sua manutenção, destoe-se da sistemática trazida pela Constituição em que existem diversos outros valores a serem assegurados, tais como, a ampla defesa, o contraditório, o direito ao provimento jurisdicional justo, ainda que negativo, e a igualdade.

As razões para a relativização da coisa julgada têm de ser importantes o bastante para tanto, como, por exemplo, uma decisão que altera o estado natural das coisas, estipula obrigações para o Estado, para o cidadão ou para a pessoa jurídica, e não seja amparada pelo direito.³⁶

Neste sentido, afirma José Augusto Deogado:

“O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente, com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos”.³⁷

A relativização da coisa julgada é medida excepcional, encontrando limites nos demais valores trazidos na Constituição vigente, sempre priorizando uma interpretação ética, em busca de soluções moralmente justas. Dentro desta perspectiva é possível a relativização da coisa julgada por meio da *querela nullitatis*.

5. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, CELERIDADE, EFETIVIDADE E TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 82.

³⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

³⁶ DELGADO. José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 31.

³⁷ DELGADO, *op. cit.* p.29.

Para Canotilho³⁸, a Constituição Federal é dotada de normatividade, pensamento muito difundido nos países constituídos sob a ótica do Estado Democrático de Direito, principalmente com a explosão do pensamento pós-positivista, norteador da famosa perspectiva neoconstitucionalista.

Ocorre que, de fato, se a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de princípios, mormente em seus arts. 1º a 5º, não foi com o mero intuito de embelezar o texto constitucional, mas de efetivar-se, possuindo, portanto, normatividade. A Constituição é dotada de um caráter jurídico imperativo. Não quer apenas ter valor no campo das intenções políticas, mas garantir e possibilitar as expectativas do Estado e dos cidadãos, ou melhor, do povo, titular do poder constituinte.

Willis Santiago Guerra Filho observa com clareza que a Constituição confere unidade ao ordenamento jurídico, estando nela as linhas gerais para a promoção do bem estar individual e coletivo³⁹. A efetividade processual só pode ser alcançada caso se reconheça a supremacia da Constituição sobre as regras processuais⁴⁰. As conexões entre o processo e a Constituição são tão amplas que o direito processual é visto por alguns autores como um "direito constitucional aplicado"⁴¹.

De nada vale a Constituição se as suas normas não se tornarem realidade. Nesse sentido, observa, Konrad Hesse: "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade"⁴².

A Constituição é o ponto de partida para o pensamento interpretativo contemporâneo. Ao consagrar diversos direitos e garantias processuais e materiais, torna-se instrumento indispensável para a argumentação jurídica e a interpretação judicial⁴³. A decisão que desborda dos ditames constitucionais, além de inconstitucional, é injusta.

Para a efetividade do direito processual e cumprimento da função jurisdicional do Estado, de estabilização, quando não, eliminação de conflitos, é preciso inteirar-se o julgador

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almeida, 1995. p 183.

³⁹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

⁴⁰ DANTAS, Ivo. **Constituição & processo. Introdução ao direito processual constitucional**. v.1. Curitiba: Juruá, 2003, p.120.

⁴¹ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 24.

⁴² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.14.

⁴³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 672.

dos valores existente no sistema jurídico como um todo, não apenas da moralidade política, mas também, dos fins sociais e jurídicos.

É possível afirmar, portanto, que o processo judicial tem uma finalidade que não apenas se coaduna com a distribuição da justiça, mas com a produção de decisões legítimas. E se a decisão judicial fere a Constituição gravemente, causando prejuízo evidente e injusto a qualquer das partes, cogita-se, certamente, de decisão inexistente, entendida como decisão materialmente injusta, ainda que no mundo dos fatos seja externalizada em uma folha de papel.

Não se pode negar, porém, que a garantia da coisa julgada também está prevista constitucionalmente (art. 5º, XXXVI⁴⁴). Ademais, na verdade, independentemente desta previsão, é uma tendência dos ordenamentos de origem romano-germânica a garantia da segurança e das relações jurídicas e sociais⁴⁵.

Certo é que não é possível falar de coisa julgada inconstitucional sem tangenciar o valor segurança jurídica. Uma vez proferida a sentença, regra geral, decorrido o prazo da ação rescisória, eternizam-se os efeitos da sentença (interna e externamente).

Há uma conveniência social na estabilização dos efeitos da decisão judicial, em nome da ordem pública e do bem comum. O estado de angústia processual tem de ter um fim, ainda que a resposta processual seja negativa para uma das partes. Outro não é o sentido da busca constante pelo tempo razoável para o processo.

Obtempera Luiz Guilherme Marinoni que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana. Neste sentido, "se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia, e reduz expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz)". Não se pode, portanto, desconsiderar o que se passa na vida das partes que participam do processo.⁴⁶

Nas palavras de Marinoni, "o cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça".⁴⁷

6. PROPORCIONALIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

⁴⁴ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (ANGHER, **op. cit.**, p.26)

⁴⁵ RABELLO, ZAGANELLI, *op. cit.*, p. 7522.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado**. Parte Incontroversa da Demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.17.

⁴⁷ MARINONI, *op. cit.*, p.17.

Evidencia-se a necessidade de sopesar as garantias da celeridade, da coisa julgada processual, e a obrigatoriedade de produção de julgamentos que promovam justiça social, ou seja, a promoção da qualidade dos julgamentos.⁴⁸

Assim, ganha importância o princípio da proporcionalidade, que para muitos doutrinadores é o princípio dos princípios, uma vez que é utilizado para orientar a aplicação de outros princípios⁴⁹. Quando se fala de colisão de princípios, a proporcionalidade impera como método de ponderação, não se aplicando o método da exclusão, característico do choque entre normas-regras.⁵⁰

Cumprir questionar, assim, a consagração do princípio da coisa julgada enquanto valor absoluto. É evidente que a certeza jurídica deve ser resguardada em sua melhor acepção, mas é questionável a eternização de decisões judiciais agasalhadas pela inconstitucionalidade.⁵¹ Por exemplo, a cultura norte-americana, aceita com mais facilidade a relativização da autoridade da *res iudicata*, preservando sempre outros valores. Em contrapartida, na concepção de Humberto Theodoro Júnior, o que ocorreu no ordenamento de diversos países foi a “institucionalização do mito da impermeabilidade das decisões judiciais”.⁵²

O desenvolvimento natural do processo no tempo evidencia, sem dúvidas, a possibilidade de produção de vícios. Alguns destes vícios são sanados no decorrer do processo; outros, após o trânsito em julgado, por meio da ação rescisória. Mas determinados erros ultrapassam todas as possibilidades literalmente previstas de correção, operando contra a realização da justiça. Dentro desta perspectiva é que se pode falar em coisa julgada inconstitucional.

Se todos os atos estatais devem respeito à Constituição, não há sentido para que a decisão judicial não possa ser objeto de análise quanto a sua regularidade constitucional⁵³.

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p.141.

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia e. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 106.

⁵¹ Conforme afirma Ivo Dantas: “quem quer que esteja diante de uma coisa julgada inconstitucional tem o direito líquido e certo de contra ela se insurgir, exatamente pelo fato de que a inconstitucionalidade é a pior das ilegalidades”. (DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 233-280).

⁵² THEODORO JR., FARIA, **op. cit.**, p 06.

⁵³ Para Eduardo Talamini: “[...] não se ofende a Constituição apenas quando se aplica uma lei cujo teor literal é francamente inconstitucional. A violação constitucional pode também advir da adoção de uma interpretação incompatível com a Constituição, em detrimento de outra afinada com os desígnios constitucionais. Há que se

Em sentido contrário Nelson Nery Júnior afirma que : “a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença”⁵⁴.

Entende-se, de modo contrário, que, para a correção da inconstitucionalidade, além das possibilidades de correção antes do trânsito em julgado, destacando-se neste caso o recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁵, é possível a ação rescisória após o trânsito em julgado e, para aquelas incoerências que persistem ao prazo da rescisória, a qualquer tempo, defende-se a possibilidade de utilização da *querela nullitatis*.

A justiça é um valor máximo, deve ser preservada, ainda que por meio da mitigação do valor da coisa julgada. Não se pode olvidar, ainda, que tal mitigação é pontual, decorre da análise do caso concreto. A inconstitucionalidade é vício grave, que não pode convaler com o passar do tempo. O simples fato de a sentença não ser mais recorrível não apaga a inconstitucionalidade, que produziria, caso fosse perpetuada, efeitos substanciais, mas ilegítimos.

Neste sentido, observa o José Augusto Deogado:

“[...] não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar

buscar sempre a interpretação conforme a Constituição” (TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, 407). Teori Albino Zavascki complementa: “Não é toda hipótese de sentença inconstitucional que pode ser desconstituída com base nesse dispositivo: são apenas 3, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional. Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é apenas a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade”. (ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR. Fredie. (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2006, p.333)

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003, p. 791.

⁵⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (ANGHER, *op. cit.*, p.53)

indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa”.⁵⁶

Por isso, na concepção de Cândido Rangel Dinamarco, não há que se falar em coisa julgada, se a sentença tem uma “imperatividade impossível”. E esta “imperatividade impossível” é evidente nas situações em que o direito conferido por meio de uma decisão judicial colide com valores éticos, humanos e políticos, também amparados constitucionalmente⁵⁷.

O processo não pode ser mais importante que o direito das partes, devendo prevalecer os aspectos materiais, o bem da vida deduzido em juízo, e não os aspectos formais.⁵⁸ Para Alexandre de Moraes, a decisão que declara a coisa julgada inconstitucional tem relação clara com o controle de constitucionalidade, estando, neste sentido, relacionada à Supremacia da Constituição e à rigidez e tutela dos direitos fundamentais⁵⁹

Uma sentença que desobedece a princípios inarredáveis da Constituição, não tem congruência com a ordem jurídica vigente, por isso, é uma sentença ilegítima e injusta. Isto, porque, uma decisão pode até ser existente no mundo dos fatos, mas ser juridicamente inexistente, uma vez que não se coaduna com a Constituição.

Neste sentido, a coisa julgada inconstitucional é juridicamente inexistente⁶⁰, viola princípios constitucionais maiores, conferindo ao processo uma instrumentalidade que não se conforma com a legalidade, uma vez que desfigura os fins sociais, éticos e políticos, que devem estar introjetados nos procedimentos necessários para a tutela jurisdicional efetiva.

7. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A PREVALÊNCIA DO INSTRUMENTO DA *QUERELA NULLITATIS*

Os doutrinadores nem sempre se preocupam com o estudo do melhor mecanismo para a impugnação da coisa julgada inconstitucional, confundindo ou generalizando a utilização dos instrumentos analisados. São reconhecidos como meios de impugnação: a possibilidade de propositura da ação rescisória, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC⁶¹; a

⁵⁶ DELGADO, *op.cit.*, p.83-84.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 306.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.1. 2 ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 369.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 635.

⁶⁰ KOMATSU, *op. cit.*, p. 50.

⁶¹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar literal disposição de lei; (ANGHER, *op. cit.*, p.286)

oposição de embargos à execução, em conformidade com o art. 741, I, CPC⁶²; e a possibilidade de propositura da *querela nullitatis*, reconhecendo a persistência deste instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

Fazendo uma análise dos meios de impugnação da coisa julgada inconstitucional, os embargos à execução são muito restritos, aplicam-se naquelas situações em que uma sentença condenatória ainda não foi executada. Assim, não é instrumento hábil para abarcar as hipóteses aventadas neste texto, sendo, portanto, insuficiente.

A possibilidade do art. 475-L, I, do CPC, refere-se apenas à sentença que reconhece a existência da obrigação e, portanto, é título executivo. Sentenças que não possuem eficácia executiva não podem ser impugnadas com fulcro neste artigo, nem por meio dos embargos à execução porque execução não haveria.⁶³

O instrumento da ação rescisória, por sua vez, possui limitação temporal, já que, nos termos do art. 495 do CPC⁶⁴, deve ser proposto no prazo decadencial de dois anos. Para Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha a *querela nullitatis* se distingue da ação rescisória não só pela hipótese de cabimento, mas também por imprescritível e por dever ser proposta, em regra⁶⁵, perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como na ação rescisória). Porém, ambas são ações constitutivas.⁶⁶

⁶² Art. 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) (*destacamos*) (ANGHER, *op. cit.*, p.302).

⁶³ DIDIER, CUNHA, *op. cit.*, p. 456.

⁶⁴ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão. (ANGHER, *op. cit.*, p.286)

⁶⁵ Observam Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha, doutrinadores que afastam a teoria da inexistência jurídica para a aplicabilidade da *querela nullitatis*, haver hipóteses em que a mesma pode ser proposta em tribunal: “Imagine a hipótese de uma apelação contra sentença que indefere a petição inicial. O Tribunal, ao julgá-la, dá-lhe provimento, reformando a sentença e, não obstante a não citação do réu, julga procedente o pedido do autor. Cogite, ainda, de acórdão que julgou recurso interposto contra sentença proferida em processo em que não foi citado litisconsorte necessário unitário. Parece que a competência para futura *querela nullitatis*, em ambos os casos, é do tribunal que proferiu a decisão que se pretende desconstituir, por uma questão de respeito à organização hierarquizada da função jurisdicional. Poderia objetar-se essa conclusão com a regra dos arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC, que prevê a competência da *querela nullitatis* para o juízo da sentença. Essa regra, porém, somente cuida dos casos em que houve sentença de procedência contra réu não-citado e, portanto, também não houve apelação. A competência do tribunal, nesses casos, é implícita: se é dele a competência para rescindir os próprios julgados, também será deles a competência para invalidá-los, não sendo razoável atribuir a um juízo de primeira instância a competência para desconstituir julgado de um tribunal”. (DIDIER, CUNHA, *op.cit.*, p. 457). Leonardo de Faria Beraldo afirma que até numa eventual emenda constitucional, a competência para apreciar a *querela nullitatis*, é do juiz de direito. (Cf. BERVALDO, Leonardo

Um dos pressupostos para a propositura da ação rescisória é a sentença de mérito transitada em julgado e, em conformidade com Tereza Arruda Alvim Wambier, se a sentença padece de inconstitucionalidade não há que se falar em efetivo trânsito em julgado, ou melhor, sentença inconstitucional nunca transita em julgado.⁶⁷

Na mesma linha, para o professor Wilson Alves de Souza:

“ ... não há necessidade de medida alguma para se proclamar a inexistência jurídica de uma suposta sentença. Simplesmente não se pode atribuir efeito algum a tal ato, exatamente porque jamais ocorreu a coisa julgada. É preciso que alguém pretenda, indevidamente, extrair algum efeito de tal ato (material), mas isso é uma circunstância completamente diferente. E se tal circunstância acontecer, ao juiz cabe de ofício, não admitir a indevida pretensão. Se o juiz assim não age, ao réu cabe apresentar petição simples formulando tal alegação. Se ainda assim tal solução não alcançar o fim desejado, o prejudicado pode propor a qualquer tempo ação declaratória de inexistência do ato ou, se executado, propor embargos à execução (ou impugnação). Isso não significa que tal ação é, em si mesma, necessária, como soe acontecer com a sentença transitada em julgado passível de ação rescisória.⁶⁸

Sendo necessária a resistência, evidencia-se que, ao sistema processual civil brasileiro, resta como meio mais adequado para a impugnação da sentença inconstitucional a *querela nullitatis*, ação de impugnação autônoma, que não possui limitação temporal para a sua propositura e não está restrita à possibilidade em que são utilizados os embargos à execução e os outros meios analisados⁶⁹. Por isso, diante de vício inconstitucional evidente,

de Faria. **A Relativização da Coisa Julgada que Viola a Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 152). Sérgio Bermudes considera a possibilidade de violação da hierarquia caso a primeira instância julgue inconstitucional acórdão proferido por tribunal (Cf. BERMUDES, Sérgio. **Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 238).

⁶⁶ DIDIER, CUNHA, *op. cit.*, p.454-455.

⁶⁷ WAMBIER, *op. cit.*, p. 275.

⁶⁸ SOUZA, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁹ O Professor Carlos Valder do Nascimento, em entendimento diverso do adotado neste trabalho (teoria da nulidade e não teoria da inexistência jurídica) entende que: “A *querela nullitatis* foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res iudicata*, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de achar-se contaminada de vícios que a inquinasse de nulidade, visando a um *indicium rescinders*. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa. A decisão judicial impugnada de injustiça desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Neste caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento de ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido. Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que, indo de encontro a Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual [...] São por conseguintes, passíveis de ser desconstituídas as sentenças que põem termo ao processo, por ter decidido o mérito da demanda, enquadrando-se também, na hipótese, os acórdãos dos tribunais. Isso se persegue mediante ação autônoma que engendra uma prestação jurisdicional resolutória da sentença hostilizava, [...], cujo efeitos objetiva desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação de sentença de mérito que fez

impossível de ser convalidado com o tempo, impera como instrumento para a impugnação de inexistência jurídica decorrente de sentença inconstitucional a *querela nullitatis*.

8. CONCLUSÃO

A *querela nullitatis* evidencia-se, não apenas no direito brasileiro, como um instrumento a ser aplicado nas situações em que qualquer das partes vê-se atingida por sentença inexistente. Tal decisão, certamente materializada numa folha de papel, não possui força jurídica, por ferir princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da coisa julgada não pode ser interpretado como valor absoluto, mormente quando a decisão posta impugnada está agasalhada pela inconstitucionalidade. Se todos os atos estatais devem respeito à Constituição, a decisão judicial não pode restar intocável e soberana. Por isso, mitiga-se o valor da coisa julgada, buscando-se decisões mais justas.

A coisa julgada inconstitucional viola princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, desfigurando os fins sociais, éticos e políticos do processo, tornando sem valor o seu caráter instrumental.

Diante de vício constitucional evidente, não há que se falar em coisa julgada, mas em inexistência. A denominada coisa julgada inconstitucional é inexistente.

Permanece viva a *querela nullitatis* como instrumento mais adequado para afastar decisões juridicamente inexistentes.

A relativização da coisa julgada é mecanismo para a garantia da justiça, valor-fim de qualquer ordenamento jurídico, representa um apelo ao desapego de uma concepção processual individualista, voltada ao império da lei, destoando da necessidade premente de valorização do bem pretendido e da efetivação da tutela jurisdicional justa.

A *querela nullitatis* é a ferramenta mais adequada para a impugnação da coisa julgada inconstitucional, sendo ação autônoma, manejada a qualquer tempo, ensejando relação jurídica diversa daquela na qual se proferiu a decisão impugnada.

7. REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1.8. ed. São Paulo: RT, 2000.

BATISTA, Deocleciano. **Coisa Julgada Inconstitucional e a Prática Jurídica**. 1. ed.. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BERALDO, Leonardo de Faria. **A Relativização da Coisa Julgada que Viola a Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BERMUDES, Sérgio. **Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 1130/RS**. Rel. Des. Gilson Jacobsen. Julgado em: 17 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 29 abr 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 4ª Turma Cível. **Apelação Cível nº 20070111048982/DF**. Rel. Des. Sérgio Bittencourt. Julgado em: 30 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº 281351/RN 99.05.21015-6**. Rel. Des. Rivaldo Costa. Julgado em: 09 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 7001/95**. Rel. Des. Sérgio Cavalieri. Julgado em: 14 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 12586/SP**. Rel. Min. Waldemar Zveiter, Julgado em: 08 out. de 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 29 abr 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: BookSeller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação Rescisória**. Rio de Janeiro: Lumem Júris. 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Editora Almeida, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Trad. Ádrian Sotero de Witt Batista. vol. I. São Paulo: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.1. 2 ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CODIX IURIS CANONICI. Constitutio Apostolica Ioannis Pauli PP. II “Sacrae disciplinae leges”, 25 Ianuarii 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuriscanonici/latin/documents/cic_liberVII_lt.html#pars2sec1TITULUS_VIII> Acesso em: 29 abr. 2011).

CODICI DE PROCEDURA CIVILI ITALINE. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33729>> Acesso em: 02 abr 2011.

CORREIA, André de Luizi. **A citação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo. Introdução ao direito processual constitucional**. v.1. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Coisa julgada inconstitucional: declaração de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/RN, 22/09/2000. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) **Coisa julgada inconstitucional**, 4.ed. Rio de Janeiro: 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 55/56.

_____. **A Reforma da Reforma**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2007.

FONTES, Mário Schiefler. Noções histórico-conceituais dos recursos e do duplo grau de jurisdição. **Revista da ESMESC**, v. 14, n. 20, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e querela nullitatis. In: **Revista Jurídica UNICOC**, v. 2, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: RT, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v. 1. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

_____. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querela nullitatis: sua subsistência no direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado. Parte Incontroversa da Demanda**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6.ed.v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 5/29

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: RT, 2004.

RABELLO, Gizelly Gussye Amaral; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Da querela nullitatis como meio de impugnação da coisa julgada Inconstitucional. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE**, 2010, p.7515-7529.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SILVA, Ricardo Perineiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

SOUZA, Wilson Alves de Souza. **Sentença Civil Imotivada**. 1 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

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

TESHEINER, José Maria. **Pressupostos processuais e nulidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____.MEDINA, José Miguel Garcia de. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR. Fredie. (Org.). **Relativização da coisa julgada – enfoque crítico**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.