

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

Pedro Eugênio Azevedo Lima

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Brasília – DF

2008

PEDRO EUGÊNIO AZEVEDO LIMA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Doutor Jorge Amaury Maia Nunes.

BRASÍLIA – DF

2008

PEDRO EUGÊNIO AZEVEDO LIMA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção
_____ (_____)

Banca Examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo discorrer sobre a teoria da relativização da coisa julgada, com vistas a verificar a consistência de suas premissas à luz da legislação processual brasileira. A idéia de discorrer sobre o tema surgiu a partir da constatação de que uma parte significativa dos estudiosos brasileiros continua defendendo a tese de que, em situações excepcionais, o instituto da coisa julgada há de ser desconsiderado, como se não fosse revestido de proteção constitucional. No âmbito da jurisprudência, a tendência do Superior Tribunal de Justiça tem sido a de afastar a verdade ficta e procurar a verdade real. Por se tratar de tema tão amplo e complexo, não se tem a pretensão de esgotá-lo, mas apenas discorrer sobre alguns dos principais argumentos dessa polêmica teoria que afirma que a coisa julgada não possui caráter absoluto no sistema jurídico brasileiro. Serão examinados os enfoques dados pela corrente que defende o caráter absoluto da coisa julgada, estes em razão da segurança jurídica, bem como a argumentação daqueles que defendem a sua flexibilização, em razão da justiça, da moral e da supremacia da Constituição Federal. Para tanto, serão examinados os mecanismos processuais flexibilizadores já previstos na legislação brasileira, bem como a subsistência da *querela nullitatis* no sistema jurídico pátrio. Será examinado também o princípio da proporcionalidade como ferramenta para a busca da solução mais justa. O propósito é contribuir para o aprimoramento do instituto, dentro da perspectiva do ordenamento jurídico em vigor.

Palavras-chaves: Injustiça. Relativização da coisa julgada. Coisa julgada inconstitucional. Segurança jurídica. Princípio da proporcionalidade. *Querela nullitatis*.

ABSTRACT

This work intends to talk about the theory of the minimization of the effects of the *res judicata*, in order to verify the consistency of its premises according to the current Brazilian Legal System. The idea of discussing about this subject appeared because many Brazilian scholars continue to defend that in exceptional situations, the *res judicata* should not be considered, as if it were not protected by constitution. In case law ambit, the tendency of The Higher Court of Justice has been to push away the fictitious truth and find the real truth. As the theme is very extensive and complex, this work does not intend to exhaust it, but only to talk about some of the most important arguments of this controversial theory, which affirms that *res judicata* does not have absolute character in the Brazilian Legal System. The arguments of the trend that defends the absolute character of *res judicata* will be examined, based on juridical security; as well as the arguments from the trend that defends its flexibility, based on fairness, moral and supremacy of the Federal Constitution. Thus, the flexibility procedure mechanisms foreseen in Brazilian law will be examined, and also the subsistence of *querela nullitatis* in the Brazilian Legal System. The principle of proportionality as an instrument to find fair solution will be examined too. The purpose is to contribute to the improvement of the *res judicata*, according to the ruling legislation.

Keywords: Unfairness. Minimization of the effects of the *res judicata*. Unconstitutional *res judicata*. Juridical security. Principle of proportionality. *Querela nullitatis*.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	07
2. Noções essenciais à compreensão do conceito de coisa julgada.....	12
2.1. Necessidade da coisa julgada.....	14
2.2. Previsão constitucional da coisa julgada.....	16
2.3. Coisa julgada formal e coisa julgada material.....	19
2.4. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.....	21
2.5. Os efeitos negativo e positivo da coisa julgada material.....	24
3. O princípio da proporcionalidade como técnica para a flexibilização da coisa julgada. Concorrência e colisão de direitos fundamentais.....	26
4. A denominada “ <i>coisa julgada inconstitucional</i> ”.....	32
5. Os argumentos da corrente que defende a flexibilização da coisa julgada.....	35
5.1. As ações de investigação de paternidade.....	37
5.2. As ações de desapropriação com valores excessivos.....	39
6. Os argumentos da corrente que rejeita a flexibilização da coisa julgada.....	40
7. Procedimentos para a desconstituição da coisa julgada.....	43
7.1. Ação Rescisória.....	43
7.2. <i>Querela Nullitatis</i>	44
8. Conclusão.....	51

1. Introdução

O tema da flexibilização da coisa julgada tem despertado opiniões relevantes e díspares no âmbito da moderna doutrina processualística brasileira.

Essa tese vem ocupando espaço nos meios acadêmicos há algum tempo, e os debates não se circunscrevem apenas ao âmbito da doutrina, visto que a mitigação da coisa julgada material já compõe corrente de pensamento que vem se formando no Superior Tribunal de Justiça.

Esse tribunal tem autorizado a reabertura de demandas já decididas ou mesmo o ajuizamento de ações em sentido contrário, na hipótese de a coisa julgada encerrar grave violação à Constituição Federal ou resultar de fraude evidente.

A coisa julgada material que durante muito tempo vinha sendo considerada como algo imutável, indiscutível e indispensável à segurança jurídica, passou a ser alvo de questionamentos por parte de doutrinadores, magistrados e advogados.

Ao longo dos séculos esse instituto foi se constituindo com o propósito de prolongamento dos efeitos da sentença para o futuro, indefinidamente, com vistas a zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas.

A estabilidade intrínseca do processo fica a cargo da preclusão, em face do qual a coisa julgada atua em complementação.

A segurança oferecida pela coisa julgada material se constitui em um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal), o qual tem por escopo máximo a pacificação social.

Na lição de Jorge Amaury Maia Nunes (2007), a segurança jurídica tem validade universal e sempre informará o direito como princípio e como razão fundante, independentemente da escola a qual esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc).

Isso se deve ao fato de a busca pela segurança ser algo inerente ao ser humano, pois dela necessita para que possa planejar e conduzir de forma responsável a sua vida. É por essa razão que o princípio da segurança jurídica, desde os primórdios, se constitui em elemento formador do Estado de Direito.

Ao lado da almejada segurança jurídica atuam, portanto, dois institutos de mesma envergadura; a preclusão e a coisa julgada, os quais servem para dar suporte ao princípio maior.

Houve uma época em que se admitia pacificamente o entendimento de que a sentença transitada em julgado, não impugnada por ação rescisória, produzia irreversivelmente a intangibilidade da decisão, em razão das exigências de segurança jurídica.

Predominava a opinião de que o caráter imutável da sentença fundava-se no fato de a decisão representar a verdadeira vontade da lei, revelada pelo magistrado, entendimento o qual deu ensejo à máxima preconizada por Montesquieu, de que “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei.”

O propósito de se modificar a coisa julgada, por via judicial ou legislativa, sempre foi visto com reservas, em virtude da probabilidade de comprometimento do ideal de estabilidade, segurança e mesmo de tutela da confiança dos cidadãos.

Eduardo Couture (1946, p. 329) escreveu, em obra clássica, ser “famoso o dístico de SCASSIA, segundo o qual ‘a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro. ’”

Nessa perspectiva, a coisa julgada tornou-se uma expressão absoluta a consagrar os valores de certeza e segurança como sendo de vital importância para afirmação do Estado de Direito.

Ao longo do tempo os ordenamentos jurídicos foram se constituindo com o propósito de assegurar a regra da imutabilidade da coisa julgada material.

Entretanto, a constatação de que alguns pronunciamentos judiciais definitivos revelavam situações desproporcionais, deu ensejo a um movimento que passou a defender a reabertura de processos findos, com vistas a reinterpretar casos considerados contrários ao senso comum.

Essa questão ganhou realce após o surgimento do exame genético para a identificação da filiação biológica (DNA), o qual ocasionou uma verdadeira revolução científica.

Com o surgimento desse moderno exame, a certeza em relação à paternidade tornou-se quase que absoluta, fazendo com que uma série de questionamentos viesse à tona.

O progresso da ciência deu ensejo ao entendimento de que as ações de investigação de paternidade cuja decisão já havia transitado em julgado, pudessem ser rediscutidas em razão da significativa margem de acerto desse exame pericial (99,9999%).

Em face disso, a comunidade jurídico-científica passou a refletir sobre o surgimento de uma tensão verificada entre a justiça das decisões e a segurança das relações jurídicas, tensão esta que também já vinha sendo identificada em situações outras, a exemplo daquelas relacionadas a indenizações por desapropriação, cujos valores tenham sido considerados excessivos.

De igual modo, passou-se a questionar as hipóteses em que a exigência legal de determinado tributo tenha sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em questões tributárias, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que a coisa julgada não deve prevalecer, sob pena de ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias (REsp 194.276/RS).

Nesse mesmo julgamento, o STJ se posicionou no sentido da necessidade de “se rescindir decisão baseada em lei considerada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tal posicionamento venha a ocorrer após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.”

Com o advento da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ganhou ênfase o que se passou a denominar de “coisa julgada inconstitucional”, em razão da introdução de um parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil, o qual dispõe expressamente sobre a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Redação idêntica foi atribuída ao § 1º, do artigo 475-L, do CPC, pela Lei 11.232/05.

A expressão “coisa julgada inconstitucional”, vale ressaltar, tem sido alvo de críticas por parte de doutrinadores da estirpe de José Carlos Barbosa Moreira (2008, p. 226), consoante se verá adiante.

Existe, pois, uma discussão no sentido de se verificar se a manutenção de uma situação não verdadeira - como a filiação biológica que veio a se saber existente ou não - há de prevalecer em face da segurança jurídica.

A possibilidade de flexibilização da coisa julgada material, sem ofensa à segurança jurídica, passou a ser um importante desafio.

Dois valores de fundamental importância para o direito processual foram postos em confronto; de um lado, a segurança jurídica, representada pela imutabilidade da coisa julgada material, e de outro, o ideal de justiça, representado pela possibilidade de reexame das decisões judiciais.

Como a coisa julgada atua como suporte da segurança jurídica, há que se verificar em que medida é possível a sua flexibilização sem comprometimento dos ideais de justiça e estabilidade.

O ideal de justiça é apresentado como a razão precípua para a defesa da tese da flexibilização da coisa julgada.

A solução desse impasse fatalmente ocasionará o prestígio de um desses valores em detrimento do outro e a escolha há que ser essencialmente política.

José Augusto Delgado (2006) suscitou a tese da mitigação da coisa julgada a partir do exame de casos concretos, em processos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, nos quais vislumbrou a necessidade de revisão da carga imperativa da coisa julgada material sempre que ficar constatado ofensa aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e moralidade, bem como na hipótese de ocorrência de choque com a realidade dos fatos.

A doutrina, então, se desdobrou em correntes bem definidas, todas com defensores de renome, os quais trouxeram vários tipos de propostas a fim de solucionar o impasse.

Várias indagações foram submetidas à discussão, tais como: o princípio da intangibilidade da *res judicata* encontra amparo no texto na Constituição Federal?

O instituto da coisa julgada material teria mesmo um caráter absoluto ou estaria subordinado a outros valores, regras e princípios inseridos no texto constitucional?

Com apoio no princípio da proporcionalidade, passou-se a afirmar que a coisa julgada não pode ter primazia absoluta sobre outros valores constitucionais.

E é com base na afirmativa de que não existe garantia constitucional absoluta que surge, dentro do tema, a necessidade de se utilizar a técnica da ponderação de interesses, a qual será tratada adiante.

Humberto Theodoro Jr. (2008) e Cândido Rangel Dinamarco (2001) passaram a defender a tese de que a decisão não se cristaliza na hipótese de haver injustiça, desproporcionalidade ou inconstitucionalidade, devendo ser revista mesmo que essa possibilidade não esteja expressa na legislação infraconstitucional, pois, em tais situações, haveria amparo na Constituição Federal.

Nessa perspectiva passou-se a defender a idéia de que o princípio da “segurança jurídica” deve estar em equilíbrio com o valor “justiça” e com outros princípios de igual importância, uma vez que os princípios não representam um fim em si mesmo, mas fazem parte de uma unidade, devendo, por essa razão, ser sopesados.

O argumento principal utilizado é o de que a justiça das decisões é um valor de maior importância, razão pela qual não seria legítima a perpetuação de injustiças sob o pretexto de se evitar a eternização de absurdos, fraudes ou inconstitucionalidades.

Diferentemente dessa linha de entendimento, José Barbosa Moreira (2008), Nelson Nery Jr. (2008), Ovídio Baptista da Silva (2008), Luiz Guilherme Marinoni (2008) e outros, posicionaram-se no sentido de ser inadequada a relativização da coisa julgada fora dos casos já previamente estabelecidos no ordenamento jurídico (artigos 475-L, 485 e 741 do CPC).

Nelson Nery Junior (2008, p. 295) passou a fazer duros ataques à tese mitigadora, ressaltando que, em 1941, Adolf Hitler assinara uma lei tendente a desconstituir a coisa julgada, dando poderes ao Ministério Público para verificar se a sentença seria justa ou não, se atendia ou não aos fundamentos do Reich.

Na hipótese de o Ministério Público entender que a sentença era injusta, poderia ajuizar ação rescisória para que tal injustiça fosse reconhecida, pois a injustiça era uma das hipóteses de rescindibilidade da sentença, elencadas pela ação rescisória da Alemanha nazista.

Dessa forma, em razão das controvérsias suscitadas em torno da flexibilização da coisa julgada, faz-se necessário a fixação do campo de incidência da tese relativizadora, com vistas a se evitar a sua banalização e o descrédito da sociedade em relação ao instituto, tendo em vista as relevantes argumentações apresentadas por significativa parcela da doutrina.

O presente trabalho, portanto, tem o propósito de examinar a possibilidade de mitigação da coisa julgada à luz do ordenamento jurídico pátrio, apontando algumas das principais contribuições doutrinárias e jurisprudenciais para o enfrentamento da questão.

2. Noções essenciais à compreensão do conceito de coisa julgada

No início do século passado, acreditava-se que os estudos sobre a coisa julgada estavam praticamente consolidados e que nada de significativo haveria mais para ser acrescentado.

Todavia, as transformações conjunturais obrigaram a comunidade jurídico-científica a repensar o instituto, fazendo-se nova reflexão sobre o tema, sobretudo no momento atual, no qual nos deparamos com a problemática referente à sua flexibilização.

O assunto desafia cada vez mais os estudiosos, pois sempre que se chega a uma resposta aparentemente incontestável, novos entendimentos doutrinários acabam por questionar e abalar as conclusões estabelecidas anteriormente, num ciclo de permanente evolução.

O escopo da jurisdição é promover a distribuição da justiça e fomentar a paz social, para que cada um tenha aquilo que é seu por direito.

Para reduzir a possibilidade de ocorrência de injustiças, o ordenamento jurídico disponibiliza às partes a possibilidade de interposição de recursos, os quais podem ser atravessados desde que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

Ocorre, no entanto, que o processo tem que ser finito, em razão da necessidade de certeza que é própria da sistemática do Direito. Os recursos, portanto, têm que ter um limite e em determinado instante a decisão judicial há que tornar-se imutável.

A coisa julgada se constitui em uma garantia constitucional que foi concebida para o fim de impedir que o legislador infraconstitucional adote medidas com vistas à modificação, em caráter geral e sem a intervenção do Poder Judiciário, de decisões judiciais transitadas em julgada.

O caráter relativo dessa garantia relaciona-se com o fato de ser permitido ao legislador ordinário instituir excepcionalmente - em razão da possibilidade de ocorrência de vícios gravíssimos vislumbrados pelo sistema – hipóteses específicas para a sua mitigação, a exemplo do que ocorre com a ação rescisória. Ou seja, a imodificabilidade da coisa julgada é relativa na medida em que é lícito ao interessado, em hipóteses específicas, se insurgir contra o resultado do processo, por meio da ação rescisória, ferramenta apropriada para o ataque, em ação autônoma, a julgamentos que contenham vícios gravíssimos.

Trata-se de instituto inerente ao próprio Estado de Direito e a sua desconsideração por critérios atípicos pode dar ensejo à reabertura indefinida de litígios, dificultando a missão pacificadora do Estado.

Como suporte da segurança jurídica, essa garantia está presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do ocidente.

Gisele Santos Fernandes Góes (2008, p. 168) leciona que a coisa julgada é totalmente prestigiada na doutrina mundial. A divergência é apenas no sentido de se saber se o instituto é qualidade ou efeito da sentença.

Independentemente da vertente teórica, afirma a autora, todos os autores concordam que, “nas palavras de Rosenberg, a coisa julgada é consequência indispensável do exercício do direito de ação por meio de um processo.”

Segundo Sérgio Gilberto Porto (2006, p. 54), dois são os fundamentos que demonstram a necessidade do instituto: um de natureza política ou filosófica (segurança das relações jurídicas) e outro de natureza jurídica (vontade do Estado).

Em relação ao primeiro, de natureza política, destaca o autor:

(...) reside na opção, feita pelo sistema, de que a partir de certo momento, justa ou injusta, correta ou incorreta, a sentença deverá se tornar indiscutível, conferindo, assim, por decorrência, estabilidade a determinada relação jurídica posta à apreciação, ou, como observa ALONSO CATANIA, *Auctoritas, non veritas facit legem* – A autoridade, e não a verdade, faz a lei: a sentença vincula as partes não porque seja expressão da verdade ou da justiça, mas porque o legislador atribui à sentença, se passada em julgado, o caráter de escolha definitiva e definitivamente obrigante.

No que concerne ao fundamento de natureza jurídica, o autor, destacando que nesse aspecto não há unanimidade entre os juristas, afirma ser certo que a autoridade da coisa julgada encontra lastro na verdade subjetiva

processual, ou mais precisamente na certeza que o magistrado adquire ao decidir.

2.1. Necessidade da coisa julgada

Com apoio nas idéias iluministas do século XVIII, a Revolução Francesa trouxe a limitação do poder político do Estado ao adotar o princípio da separação dos poderes.

A concepção de três funções distintas do Estado remonta a Aristóteles em sua obra intitulada “Política”. Todavia, a teoria desenvolvida no século XVIII, pelo filósofo Montesquieu, partiu principalmente das teses apresentadas por John Locke, filósofo inglês do século XVII.

A teoria da tripartição dos poderes, da forma como foi concebida por Montesquieu, impôs que as faculdades e os poderes que, antes, estavam concentrados nas mãos do monarca, fossem repartidos em órgãos ou poderes independentes e harmônicos entre si, tal como está contido no art. 2º de nossa Constituição Federal de 1988.

O principal elemento caracterizador da separação dos poderes é o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), e a função precípua de prestar a tutela jurisdicional, nos dias atuais, cabe ao Poder Judiciário, por meio de decisões que revelam o *jus imperii* do poder do Estado, as quais, caso descumpridas, podem ser executáveis substituindo a vontade das partes.

Dentro desse contexto, se fez necessário estabelecer parâmetros para impedir a eternização das controvérsias jurídicas, por meio de uma garantia que proporcionasse a imodificabilidade das sentenças judiciais, a fim de conferir-lhes estabilidade e segurança jurídica.

Sobre a estabilidade das decisões judiciais, vale a transcrição dos comentários de Miguel Teixeira de Souza (apud Beraldo, 2004, p. 91):

O caso julgado é uma exigência da boa administração da justiça, da funcionalidade dos tribunais e da salvaguarda da paz social, pois que evita que uma mesma acção seja instaurada várias vezes, obsta a que sobre a mesma situação recaiam soluções contraditórias e garante a resolução definitiva dos litígios que os tribunais são chamados a dirimir. Ela é, por

isso, expressão dos valores de segurança e certeza que são imanentes a qualquer ordem jurídica.

Em nossa legislação, o instituto da coisa julgada foi traduzido pelo art. 6º, § 3, da Lei de Introdução ao Código Civil, nos seguintes termos: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Tal dispositivo, no entanto, refere-se apenas à coisa julgada formal.

Consoante o disposto no art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Fixou-se, por meio desse dispositivo, um momento a partir do qual as decisões adquirem estabilidade, não podendo mais ser atacadas por recursos ordinários ou extraordinários.

Os relativistas a inserem tão-somente na esfera infraconstitucional, em razão do que dispõem os artigos 467 e seguintes do CPC. Todavia, não se pode imaginar sua análise tão-somente na legislação infraconstitucional, sem a devida correspondência com o ordenamento jurídico constitucional.

Da leitura dos artigos 467 e 474 do CPC (seção II), constata-se que a ocorrência da coisa julgada está condicionada ao esgotamento das vias recursais.

Uma vez verificado o trânsito em julgado, ao juiz é vedado julgar novamente a mesma demanda, não apenas no mesmo processo como também em outra relação processual, ante a formação da coisa julgada material. Isso é o que se depreende da interpretação dos artigos 267, inciso V, 467, 468, 471, 474 etc.

Se por um lado é essencial que a ordem jurídica ofereça oportunidades às partes para reformar as decisões judiciais, por meio de recursos, da mesma forma é indispensável que se fixe um instante a partir do qual não seja mais possível a interposição de recursos, proporcionando garantia e segurança às decisões judiciais.

Paulo Roberto de Oliveira Lima (1997, p. 13-14) leciona que:

Submeter matérias à apreciação do Judiciário pressupõe que haja uma resposta final. E não se deve esperar que a definitividade da resposta decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da excelência do julgado. A realidade tem demonstrado que, salvo poucas exceções, ninguém se convence dos acertos das decisões desfavoráveis obtidas em juízo. No mais das vezes a derrota é atribuída a erro do juiz, quando não a eventual desonestidade. Em outros casos, culpa-se o advogado certamente inepto,

ou a ineficiente colheita de provas. Fosse possível às partes litigarem indefinidamente, e elas o fariam, exigindo nova apreciação do assunto, a cada derrota. Não se acham com facilidade entre os homens exemplos do analista desapaixonado que, lendo uma sentença prolatada contra seus interesses, exclame: É verdade, eu não tinha direito! Excelente sentença.

A coisa julgada é essencial ao ordenamento jurídico como forma de proporcionar segurança à vida em sociedade, porquanto se o ato judicial que resolveu a contenda ficasse indefinidamente sujeito a discussões, a atividade do órgão judicial seria vã.

2.2. Previsão constitucional da coisa julgada

O instituto da coisa julgada mereceu registro expresso no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, XXXVI).

A proteção constitucional à coisa julgada foi inserida em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1934, no rol dos direitos e garantias individuais, mais precisamente nos termos do art. 113, nº 3.

A Constituição de 1937 a suprimiu, mas a de 1946 a resgatou inserindo-a em seu artigo 141, dando-lhe igual redação a de 1934, cuja expressão é exatamente a que se encontra insculpida na atual Carta Magna.

Em razão de o enfoque principal do dispositivo reportar-se mais para a garantia da irretroatividade das leis, do que propriamente para os institutos ali mencionados, surgiram interpretações diferenciadas em relação ao alcance da coisa julgada como garantia constitucional.

Humberto Theodoro Júnior (2008, p.190), ao sustentar que, no direito pátrio, a intangibilidade da coisa julgada não tem sede constitucional, enfatiza que o tratamento oferecido pelo inciso XXXVI não trata sequer de prerrogativa típica e exclusiva da coisa julgada, porquanto, não apenas o instituto da coisa julgada é ali mencionado, como, também, os do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. “Nem por isso”, diz o jurista, ninguém imagina que “se possa recobrir de uma absoluta intangibilidade, por exemplo, o contrato (ato jurídico perfeito), e seus efeitos creditícios (direito adquirido)”.

José Augusto Delgado (2002, p. 87), na mesma linha, afirma que a alteração do instituto da coisa julgada é perfeitamente constitucional, “ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos”.

Análise mais atenta, entretanto, poderá revelar que por trás do inciso XXXVI pulsa realidade bem mais abrangente, porquanto a garantia da coisa julgada encontra-se interligada com a do devido processo legal (CF. art. 5º, LIV), não havendo que se falar em mera norma de direito intertemporal.

Nessa perspectiva, percebe-se que não é apenas a privação da liberdade ou dos bens que se encontra subordinada ao princípio do devido processo legal, mas toda e qualquer intervenção judicial na esfera das pessoas.

Assim, a intervenção do Poder Judiciário será legítima quando houver previsão legal, e quando praticada pelos meios e sob as condições que a lei estatuir. Se o Poder Judiciário já interveio, não lhe é permitido fazer nova intervenção, salvo quando houver autorização legal. Esta, aliás, é a posição de Barbosa Moreira (2008, p. 235).

Incluir o instituto da coisa julgada tão-somente no plano da legislação ordinária é não reconhecer o princípio do devido processo legal, reconhecidamente princípio fundamental do processo civil.

Na Constituição de Portugal, o disciplinamento da coisa julgada foi levado a efeito de forma diferenciada, porquanto o artigo 282, nº 3, dispõe expressamente que os casos julgados ficam ressalvados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

Nos termos da Constituição lusa, as decisões transitadas em julgado, mesmo que fundamentadas em leis inconstitucionais, não poderão ser desconstituídas.

A exceção feita pelo constituinte português foi apenas em relação à “(...) decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido”.

Sérgio Nojiri (2005, p. 131) sustenta que “(...) se há proibição da lei retroagir seus efeitos para atingir a coisa julgada, por conseqüência, há também proibição de atos judiciais e de atos administrativos, além dos legislativos, de terem efeitos retroativos”.

De fato, não teria sentido algum se restringir a atividade do legislador, para o fim de proteger a coisa julgada e, simultaneamente, deixar o magistrado livre para agir da forma que achasse mais conveniente.

A afirmação de que no sistema jurídico pátrio a noção de intangibilidade da coisa julgada não tem *status* constitucional por resultar de norma contida no CPC (art. 467), não pode prevalecer, pois, seria o mesmo que afirmar-se que a ação popular não possui *status* constitucional por ter seu procedimento traçado em lei ordinária.

Impõe-se, assim, o reconhecimento da *res judicata* com a relevância constitucional que lhe é característica, qual seja, a de elemento indispensável à formação do Estado Democrático de Direito e de atributo essencial à efetividade do direito fundamental de acesso à justiça (CF art. 5º XXXV), evidentemente no que concerne ao processo de conhecimento.

O direito de acesso à justiça sem a garantia de uma solução definitiva da lide esvaziaria por completo o preceito estatuído no inciso XXXV, pois, por acesso à justiça deve-se entender não apenas o acesso formal, mas ainda o acesso efetivo no sentido da pacificação dos conflitos sociais.

Dessa forma, o fato de o enfoque maior do inciso XXXVI residir na garantia irretroatividade das leis, não retira da coisa julgada a sua estatura normativa superior, porquanto esse instituto é uma das facetas do princípio da segurança jurídica, sendo, pois, indispensável à pacificação social.

À legislação infraconstitucional compete tão-somente traçar as regras referentes às condições de emprego, cabimento da coisa julgada e suas hipóteses, sem que seja permitido alterações com vista a sua desconsideração por completo.

Compreendida a coisa julgada como garantia constitucional, e observando-se que na topografia do Texto Constitucional ela se constitui em um direito fundamental, não há como suprimi-la do ordenamento constitucional nem mesmo por emenda, em razão do obstáculo contido no § 4º do artigo 60 da Carta Magna.

2.3. Coisa julgada formal e coisa julgada material

Este item não apresenta maiores divergências no campo da doutrina, mas é essencial para se demonstrar a diferenciação entre sentenças terminativas e definitivas, bem como para se verificar os elementos da ação.

A coisa julgada é um instituto técnico-processual que tem por objetivo evitar a possibilidade de incertezas na vida em sociedade, pois a instabilidade nas relações sociais é capaz de gerar inúmeras dificuldades para o homem, impossibilitando-o de planejar o futuro e viver com tranqüilidade.

Esta garantia é a manifestação do princípio da segurança jurídica, considerado desde sempre como um dos fins visados pelo direito, sendo um dos sustentáculos da manutenção da ordem jurídica.

Tradicionalmente, o conceito de coisa julgada se desdobra em duas variantes, que se apresentam por meio da definição do que venha a ser coisa julgada formal e coisa julgada material.

Segundo Enrico Tulio Liebman (1981a, p.60), a coisa julgada material e a formal são dois aspectos de um mesmo fenômeno.

Nessa mesma linha de pensamento, Moacyr Amaral Santos (1983, p.43) reafirma que após a prolação da sentença e esgotados os prazos para recursos, "(...) a sentença torna imutável (primeiro degrau – coisa julgada formal); e, em consequência, tornam-se imutáveis os seus efeitos (segundo grau – coisa julgada material)".

A doutrina costuma a usar a expressão **preclusão máxima** para se referir à coisa julgada formal, que tem lugar quando da decisão já não caiba mais recurso, situação esta que faz gerar a estabilização da relação jurídica processual.

A coisa julgada formal, no entanto, é mais do que a preclusão, pois esta consiste na perda de faculdades processuais no curso da relação processual e antecede a formação da coisa julgada formal, a qual se constitui no momento da preclusão das vias recursais.

Nesse sentido são as lições de Ada Pellegrini Grinover (2007), ao ressaltar as diferenças entre preclusão e coisa julgada:

A preclusão, como perda de faculdades processuais (aqui, pela utilização das vias recursais – preclusão consumativa – ou pela falta de sua utilização – preclusão temporal), constitui antecedente da formação da coisa julgada formal, mas esta é mais do que preclusão: é a imutabilidade da sentença dentro do processo.

Quando o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil define coisa julgada como sendo “a decisão de que já não caiba recurso”, está, na realidade, se referindo apenas à coisa julgada formal.

A imutabilidade que advém da coisa julgada formal se reduz ao processo no qual a decisão tiver sido proferida, e é justamente por isso que a doutrina relaciona a coisa julgada formal com a preclusão, visto que seus efeitos se restringem aos processos nos quais são produzidas.

Nessa linha de orientação é a lição de Sérgio Bermudes, citado por Sérgio Gilberto Porto (2006, p. 63):

Essa imutabilidade da decisão judicial, no processo em que foi proferida, decorrente da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis, denomina-se coisa julgada formal, ou mais acertadamente, preclusão.

Quando se pretender fazer referência à coisa julgada formal, é necessário que se diga expressamente.

Por outro lado, quando usamos simplesmente a expressão coisa julgada, estamos nos referindo à coisa julgada material, que é a coisa julgada por excelência, e que só se produz quando se tratar de sentença de mérito.

Na coisa julgada material, a imutabilidade da decisão transcende os limites do processo no qual foi produzida, não sendo mais possível que a matéria seja discutida em nenhum outro processo.

É por isso que se diz que a coisa julgada material tem eficácia exoprocessual, pois os seus efeitos são projetados para fora do processo, vinculando, assim, todos os órgãos do Poder Judiciário, não sendo mais permitido que a questão seja reexaminada pelo juízo que a apreciou e nem por outro órgão judicial.

Portanto, sempre que uma demanda contiver as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir de uma outra ação que já tiver sido decidida por sentença (ou acórdão) de que já não caiba mais recurso, haverá impedimento para que o juiz volte a julgar novamente a questão.

Frise-se, finalmente, que a coisa julgada material pressupõe a existência da coisa julgada formal, diferentemente do que ocorre com a coisa julgada formal a qual é possível a sua existência sem a coisa julgada substancial.

Logo, todas as sentenças produzem coisa julgada formal, no momento em que se tornam irrecorríveis, mas nem todas as sentenças produzem coisa julgada material.

José Afonso da Silva (2007, p. 135) ressalta que, ao tratar da coisa julgada, a Constituição Federal deu enfoque ao aspecto material do instituto. Essa a lição do jurista:

A garantia, aqui, refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, § 3º, da LICC. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (art. 467) Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de Pontes de Miranda, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal. Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio.

No que concerne ao tema da relativização da coisa julgada, apenas as decisões que operam a coisa julgada material é que têm importância. Portanto, quando se fala da flexibilização da coisa julgada, está-se querendo discorrer sobre a relativização da coisa julgada material.

2.4 Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada definem o que transitou em julgado e para quem a imutabilidade do comando da sentença vai produzir os seus efeitos.

O artigo 468 do Código de Processo Civil dispõe que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Na linguagem processual do nosso CPC o vocábulo lide é utilizado para designar o objeto do processo, ou seja, o mérito da causa. Dessa forma, consoante o artigo 468 supra, a sentença faz coisa julgada nos limites do objeto da demanda, ou seja, nos limites do pedido.

Tudo aquilo que não foi objeto do pedido, não será atingido pela autoridade da coisa julgada. Por outro lado, o ajuizamento de uma segunda ação, com o mesmo objeto, mesmo que fundada em novas provas não produzidas na primeira, é impraticável por ofensa a coisa julgada.

A coisa julgada tem a sua eficácia limitada ao que foi decidido em relação à demanda deduzida em juízo, que por sua vez tem elementos objetivos e subjetivos.

Da análise dos limites objetivos da coisa julgada, extrai-se o que, de fato, estará submetido aos seus efeitos, ou seja, define-se o que transitou em julgado. Referem-se, portanto, à extensão da coisa julgada em relação ao objeto declarado.

Os limites subjetivos, por outro lado, procuram definir quem será alcançado pelos efeitos da coisa julgada, ou seja, quais as pessoas que serão atingidas pela sentença transitada em julgado.

Vejamos separadamente cada um deles.

a) Limites subjetivos da coisa julgada

Como dito atrás, os limites subjetivos se referem às partes envolvidas na relação processual, podendo, em algumas hipóteses, atingir terceiros juridicamente envolvidos. Em regra, no entanto, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (artigo 472 do CPC).

A sentença há que ser respeitada por todos, desde que não prejudique os terceiros não envolvidos ou lhes imponha prestação.

Não obstante seja a sentença um ato de poder do Estado, exercido por meio da função jurisdicional, a *res judicata*, atinge, via de regra, apenas as partes. Isto significa que todos devem obediência à decisão emanada do órgão judicial.

Contudo, a autoridade da coisa julgada não pode causar prejuízo e nem favorecer aquele que não figurou como parte na relação processual.

Tendo sido as partes quem fixaram o conteúdo da decisão transitada em julgado, unicamente a elas deve se limitar o *decisum*, não devendo, portanto, atingir terceiros alheios ao processo.

É isso que se extrai do comando normativo contido na primeira parte do artigo 472 do Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.”

A autoridade da coisa julgada, portanto, só pode ser oposta às partes do processo, e, se houver terceiro prejudicado juridicamente pela sentença, este pode resistir a ela pelos meios colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico processual.

No que concerne às ações de alcance coletivo, a regra referente aos limites subjetivos da coisa julgada é excepcionada, porquanto em tais demandas pode haver eficácia para além das partes atingidas diretamente pela sentença.

Consoante dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, artigo 103), a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65, artigo 18) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, artigo 16), pode ocorrer de a repercussão da coisa julgada tornar-se mais ampla, adquirindo efeito *erga omnes*.

b) Limites objetivos da coisa julgada

O estudo dos limites objetivos da coisa julgada tem dado ensejo a discussões doutrinárias em razão de suas conseqüências práticas, uma vez que fixa a parcela do caso julgado que irá adquirir a qualidade da imutabilidade, ou seja, aquilo que será convertido em lei entre as partes.

O Código de Processo Civil brasileiro fixa os limites objetivos da coisa julgada no dispositivo da sentença, adotando a linha de raciocínio seguida por Liebman, no sentido de que somente a parte decisória fica protegida pela imutabilidade, jamais os seus motivos (apud Dinamarco, 2005, p. 492).

Quando se discorre sobre os limites objetivos da coisa julgada, o que se pretende definir é qual parte do *decisum* recebe o atributo da imutabilidade.

A autoridade da coisa julgada se instaura em volta da nova situação jurídica declarada pela sentença, que na linguagem de Liebman (1981b, p. 61) é aquilo que adquire o selo da imutabilidade e que produz a coisa julgada material.

Os limites objetivos da coisa julgada são, portanto, representados pela declaração judicial que determina a extensão da nova situação transitada em julgado.

Em uma ação de separação judicial, por exemplo, antes da sentença as partes se encontram no estado civil de casados e, depois da sentença, passarão ao estado civil de separados, uma vez que este será o novo estado jurídico fixado pela sentença.

Consoante o disposto no artigo 469, III, do CPC, a questão prejudicial que tiver sido decidida incidentalmente no processo não faz coisa julgada. Isso porque, como a solução dessa questão é um preparativo lógico do *decisum* final, a sua natureza será a de fundamento da sentença.

A parte poderá, no entanto, requerer, por meio de ação declaratória incidental, que a questão prejudicial faça coisa julgada, de acordo com o art. 470 do CPC.

2.5 Os efeitos negativo e positivo da coisa julgada material

Dentre os diversos efeitos (ou funções) desempenhados pela coisa julgada, os que mais se destacam são aqueles definidos pela doutrina como negativo e positivo.

Consoante a lição de Vicente Greco Filho (1994, p. 240) “a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo e que impede que nova demanda seja proposta sobre a mesma lide”.

Com tal conceito, o ilustre professor dá realce ao denominado efeito negativo da coisa julgada material, o qual se baseia na proibição de que a demanda já definida seja novamente examinada por outro magistrado.

Assim, não obstante a garantia da coisa julgada pareça dirigida unicamente ao legislador, os estatutos processuais traçam a sua extensão ao magistrado, o qual não poderá novamente examinar a mesma demanda. A função

negativa da coisa julgada, pois, está consubstanciada no princípio do *ne bis in idem* (não duas vezes no mesmo assunto), na medida em que esta impossibilita que seja levado a efeito um novo julgamento.

A imutabilidade dos efeitos que se projetam para fora do processo é que impossibilita a renovação da mesma ação, com as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Consoante dispõe o Código de Processo Civil, ao magistrado cabe, de ofício, indeferir a inicial que reproduza ação idêntica à anterior, decidida por sentença de mérito com trânsito em julgado (CPC 267, V, e § 3º e 301, VI, e § 4º).

O denominado efeito negativo, pois, toma como base a proibição de que qualquer outro magistrado possa vir a decidir a mesma ação. Dessa forma, constituída a coisa julgada material, não poderá a mesma matéria ser novamente discutida, em nenhum outro processo.

O efeito negativo é, portanto, um efeito impeditivo de outro julgamento divergente ou até mesmo semelhante ao primeiro julgamento.

Argüida a coisa julgada, o reconhecimento do magistrado a esse respeito, conduz à extinção do processo, sem julgamento de mérito.

O efeito positivo, por sua vez, atua com vistas a obrigar todos os magistrados a reconhecerem o que antes foi decidido e assim o aplicar. Ou seja, vincula o juiz do segundo processo, obrigando-o a levar em consideração a sentença como coisa julgada.

Ovídio Baptista citado por Sérgio Gilberto Porto (2006, p. 68) afirma que “enquanto a *exceptio rei judicata* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda”.

Na lição do professor José Maria Tesheiner (2001):

(...) a coisa julgada material não se limita a impedir a renovação da mesma ação, com as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Além desse efeito negativo, produz outro, dito positivo, que é o de impor a todos, autoridades judiciais, administrativas e mesmo ao legislador, o respeito à norma concreta estabelecida pela sentença. Não é só a mesma ação que não pode ser renovada. Também não se pode acolher ação contrária.

Conclui-se, portanto, que a função da coisa julgada é dúplice. Se por um lado define a situação jurídica das partes, por outro impede que, em outra demanda, se restabeleça a mesma controvérsia.

3. O princípio da proporcionalidade como técnica para a flexibilização da coisa julgada. Concorrência e colisão de direitos fundamentais.

A ciência do Direito se encontra atualmente em um período no qual os princípios vêm se consolidando de tal forma que hoje ocupam posição de hegemonia na pirâmide normativa.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade vem se firmando, contemporaneamente, como um instrumento de controle dos direitos fundamentais, encontrando-se intrinsecamente ligado às idéias de moderação, proibição de excesso, prudência, justa medida e bom senso, dentre outros valores correlacionados.

Trata-se de princípio que tem sido invocado para equacionar conflitos entre direitos fundamentais, com vistas à ponderação dos valores que deverão de prevalecer no caso concreto.

O estágio inicial do princípio da proporcionalidade remonta aos séculos XVII e XVIII, a partir da idéia de se oferecer mais garantias às liberdades individuais, em face dos interesses da administração, nascendo, pois, como instrumento de controle do excesso de poder.

Segundo preceitua Suzana de Toledo Barros (2003, p. 37), seu germe surgiu durante a passagem do Estado Absolutista – no qual o monarca tinha poderes ilimitados – para o Estado de Direito, com vistas à limitação do poder de atuação do governante em relação aos súditos.

Num primeiro momento, a proporcionalidade objetivava apenas refrear a atuação do poder executivo, como uma medida para as restrições administrativas da liberdade individual, sendo, posteriormente, considerada como princípio constitucional.

Após a segunda guerra mundial, com o advento da Lei Fundamental alemã e, sobretudo, com a jurisprudência de seu Tribunal Constitucional, o princípio da proporcionalidade passou a ser considerado como categoria de princípio geral constitucional, época na qual o Estado de Direito começa a direcionar seu foco para o respeito aos direitos fundamentais.

Seus contornos foram traçados no desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, por meio de uma estrutura racional orientada

pelos subprincípios da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A denominação *proporcionalidade* ou *proibição de excesso* é a expressão adotada pelos alemães para designar o que os americanos chamam de razoabilidade.

Consoante Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007a, p. 312-313), o fundamento desse princípio é assimilado de forma diferenciada pela doutrina. Uns justificam-no com fundamento no Estado Democrático de Direito. Outros afirmam que sua base estaria nos direitos fundamentais. Outros, ainda, o compreendem como postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.

Luís Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 29) ensina que, embora possuam objetivos similares, a regra da proporcionalidade se distingue da razoabilidade não apenas pela sua origem, como também pela sua estrutura e forma de aplicação.

Não obstante a existência de vozes eminentes apontando as diferenciações entre proporcionalidade e razoabilidade, o que se constata é que os dois princípios incidem de maneira bastante semelhante, distinguindo-se de uma forma mais clara apenas no que se refere a sua matriz, qual seja, a proporcionalidade (de origem alemã), com fundamento no Estado de Direito, e a razoabilidade (de origem norte-americana), justificada no devido processo legal.

O nosso ordenamento jurídico, vale ressaltar, consignou expressamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no *caput* do artigo 2º da Lei 9.784/99, de aplicação restrita à Administração Pública Federal.

A locução *princípio da proporcionalidade*, todavia, já havia sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1993, em sede de controle de constitucionalidade, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 855/PR, segundo preceitua Suzana de Toledo Barros (2003, p. 75).

Nessa ocasião, o Supremo fez menção indistinta aos dois vocábulos, deixando, ao que tudo indica, aberta a possibilidade de utilização alternativa das expressões proporcionalidade ou razoabilidade.

Consoante Chade Rezek Neto (2004, p. 32), em nosso sistema jurídico-constitucional o princípio da proporcionalidade está implícito, diferentemente do

que ocorre em outros países como Alemanha e Portugal, nos quais se encontra previsto expressamente em suas Constituições.

Paulo Bonavides (2000, p. 364) é categórico ao expor que a proporcionalidade se constitui em um princípio geral de Direito Constitucional, fazendo menção que a doutrina e jurisprudência da Alemanha e Suíça a consagra com o tal.

Nossa Corte Suprema o vem aplicando para a resolução de situações nas quais se configura a existência de conflito entre direitos fundamentais, destacando-se, entre os precedentes mais recentes, o HC 87.776/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 26-6-2006 e a ADI 3.453/DF, Rel. Cármen Lúcia, julgada em 30-11-2006.

Tenha-se presente, contudo, uma observação.

No plano teórico, todas as normas constitucionais têm a mesma importância, não havendo que se falar em hierarquia entre elas. Dessa forma, o sistema jurídico se constitui em um todo harmônico, no sentido de que o conflito entre as normas da constituição, no plano abstrato, é apenas aparente.

Sendo assim, por exemplo, não há conflito entre as normas que asseguram a liberdade de imprensa e o direito à intimidade.

Na esfera prática, no entanto, a incidência dessas normas pode ocasionar uma “colisão de direitos fundamentais”, ou seja, um “choque de direitos”, fenômeno que, aliás, se diferencia de outro denominado “concorrência de direitos fundamentais”.

Na lição de J.J. Gomes Canotilho (1999, pp. 1189-1191), a *concorrência* se configura quando o comportamento de um mesmo titular satisfaz os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. A publicação de um texto literário, por exemplo, colocaria em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento.

Já em relação à colisão de direitos fundamentais, o pensador português leciona que esta se verifica quando:

(...) o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um ‘choque’, um autêntico conflito de direitos.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007b, p. 346), preceituam que a concorrência de direitos individuais estabelece-se quando:

(...) determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais. Nesse caso, coloca-se o problema de saber qual das normas fundamentais seria aplicável e, por conseguinte, a que tipo de restrição estaria o cidadão submetido (coincidência ou divergência de limitações ou restrições).

A *concorrência* ocorre, portanto, quando incidem vários direitos fundamentais sobre uma mesma conduta de um mesmo indivíduo.

Na *colisão*, a solução não poderá ser dada por meio da supressão pura e simples de um direito em favor de outro. Essa resolução se dará levando-se em consideração o peso ou a importância de cada um desses direitos, com vistas à escolha de qual dentre eles prevalecerá no caso concreto.

Robert Alexy (1999, p. 67-69) classifica a colisão de direitos fundamentais em colisão em sentido estrito e colisão em sentido amplo.

A colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre quando o exercício de um direito fundamental de um titular reproduz efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, idênticos ou desiguais.

Em sentido amplo, essa colisão se verifica quando estão em conflito direitos individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

Ainda segundo Alexy (p. 86), a colisão acontece se, por exemplo, algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, situação na qual um deles deve ser afastado. Em uma dada circunstância, um princípio rende-se em face de outro; em outra situação, a questão da prevalência é solucionada de forma contrária.

Isso não significa, entretanto, que o princípio afastado será declarado inválido e nem que se tenha que introduzir uma cláusula de exceção no princípio que ceder. O fator determinante em relação a qual princípio deverá ceder serão as circunstâncias, que, aliás, podem variar dependendo do caso concreto.

Nos casos concretos, portanto, os princípios têm diferentes pesos e prevalecerá o princípio que tiver maior peso.

O critério (ou técnica) que se tem utilizado para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, é o da aplicação do princípio da proporcionalidade, que se constitui em um princípio instrumental, uma vez que não representa um valor em si mesmo.

No que concerne à relativização da coisa julgada, a ponderação de interesses e a proporcionalidade ganham máxima importância.

Argumenta-se que a coisa julgada material pode colocar em choque os princípios constitucionais da segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa (CF, art. 5º, XXXV), quando uma decisão absurda e, portanto, inconstitucional, estiver protegida pela autoridade da *res judicata*.

Nesse contexto, sob a perspectiva da colisão de princípios fundamentais, se tem invocado o princípio da proporcionalidade como ferramenta para a busca da solução mais justa.

Ocorre que o nosso sistema jurídico já prevê a ação rescisória como resultado da incidência do princípio da proporcionalidade, na hipótese de ocorrência dos vícios gravíssimos elencados *numerus clausus* pelo artigo 485 do Código de Processo Civil.

Surge, então, para o interessado, a possibilidade de mais dois anos para que possa requerer ao Poder Judiciário a desconstituição da coisa julgada. Ultrapassado esse prazo, sobrevém o que se denomina de *coisa soberanamente julgada*, não sendo mais possível a alteração do julgado proferido.

Mesmo a decisão transitada em julgado que contenha ofensa à Constituição, não está imune ao controle da rescisória, desde que obviamente seja proposta dentro do prazo legal de dois anos, após o que não mais poderá ser reexaminada a questão, mesmo que se trate de uma decisão inconstitucional.

Não obstante a nossa legislação processual não contemple, de forma expressa, o permissivo para a rescisória por violação à Constituição, é pacífico o entendimento em nossos tribunais no sentido de que a hipótese de "*coisa julgada inconstitucional*" pode ser enquadrada no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

Nelson Nery Jr. (2008, p. 298) adverte que:

Permitir que o magistrado, no caso futuro, profira decisão sobre o que fez e o que não fez coisa julgada, a pretexto de que estaria aplicando o princípio da proporcionalidade, não é profligar tese de vanguarda, como à primeira vista poderia parecer, mas, ao contrário, é admitir a incidência do

totalitarismo nazista no processo civil brasileiro. (...) nem os nazistas ousaram desconsiderar a coisa julgada: criaram uma nova e absurda hipótese – totalitária, é verdade – de impugnação da sentença pela ação rescisória, mas sujeita ao prazo decadencial normal para o exercício da pretensão rescisória.

José Augusto Delgado (2002), por sua vez, vislumbrou a necessidade de revisão da carga imperativa da coisa julgada material quando, entre outras coisas, ficar caracterizada ofensa ao princípio da moralidade.

Ocorre, no entanto, que os princípios da moralidade administrativa e da segurança jurídica não são princípios da mesma natureza.

Jorge Amaury Maia Nunes (2007) nos ensina que a segurança jurídica sempre informará o direito como razão fundante, ostentando, pois, a condição de pedra basilar do Direito.

Prossegue o professor afirmando que “não será a inserção constitucional, muito ao revés, que lhe irá alterar a natureza”.

A segurança jurídica se constitui em princípio cuja função é instrumental de funcionamento do sistema, diversamente da moralidade, a qual se revela como uma opção de valoração para casos particulares.

A coisa julgada, a qual serve para dar suporte à segurança jurídica, é reconhecida como elemento de existência (formador) do Estado Democrático de Direito.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007c, p. 474), sustentam que “a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.”

Theóphilo Cavalcanti Filho, citado por Maia Nunes (2007), preceitua que “a razão fundamental que justifica o direito é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem em sociedade”.

A segurança jurídica, portanto, como postulado do Estado Democrático de Direito, nada tem a ver com a moralidade ou com o desacerto (ou acerto) de uma decisão judicial.

Dessa forma, tenho que a incidência do princípio da proporcionalidade como técnica para flexibilização da coisa julgada se dá por meio da ação rescisória, em razão de o sistema considerar de extrema gravidade a existência

de uma sentença com os vícios catalogados *numerus clausus* pelo artigo 485 do CPC.

Não há que se falar, portanto, na utilização do princípio da proporcionalidade com o propósito de desconsideração do valor “segurança”, sob o fundamento da existência de outros valores constitucionais supostamente mais elevados.

Segundo preceitua Ada Pellegrini Grinove (2008), “na tensão entre os princípios de justiça e de segurança, o legislador constituinte escolheu num determinado momento processual, a segurança jurídica, aplicando o princípio da proporcionalidade.”

4. A denominada “coisa julgada inconstitucional”

O raciocínio referente à “coisa julgada inconstitucional” consiste no seguinte. Sempre que uma sentença com trânsito em julgado contrariar algum dispositivo do Texto Constitucional, ela poderá ser desconsiderada, posto que nessa condição não há que se falar em imutabilidade da coisa julgada material.

Para os defensores da tese, uma sentença que estiver nessa condição, poderá ser desconstituída sem a necessidade do uso da ação rescisória (arts. 485/495 do CPC), a qual estaria reservada exclusivamente para a desconstituição da coisa julgada ilegal.

Argumenta-se que, assim como a Constituição não tolera a inconstitucionalidade de leis, não pode tolerar também a inconstitucionalidade de sentenças, ainda que transitada em julgado, visto que não se pode atribuir ao magistrado um poder igual ou superior ao do Texto Constitucional.

Afirma-se que sendo a coisa julgada um instituto inteiramente regulado pela legislação infraconstitucional, não se pode apontá-lo como óbice, porque não há definição constitucional para a *res judicata*.

Consoante mencionado na introdução deste trabalho, a expressão “coisa julgada inconstitucional” tem sido alvo de críticas por parte de alguns expoentes da doutrina, como José Carlos Barbosa Moreira, Sérgio Nojiri e Paulo Henrique dos Santos Lucon.

Segundo Barbosa Moreira (2008, p. 226):

(...) se 'inconstitucional' significa 'incompatível com a Constituição' (e que mais poderia significar?), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de 'inconstitucional'. **Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (lato sensu):** nela própria, e não na 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. Dir-se-á que, com a coisa julgada material, a inconstitucionalidade se cristaliza, adquire estabilidade; mas continuará a ser verdade que o defeito lhe preexistia, não dependia dela para exsurgir.

De fato, a coisa julgada se constitui em uma qualidade da sentença, não havendo que se falar em coisa julgada constitucional ou inconstitucional.

Há, entretanto, aqueles que utilizam a referida locução como uma expressão sem defeitos técnicos, sob o fundamento de que em tais hipóteses sequer houve coisa julgada material, porquanto corrompida a decisão pelo vício de constitucionalidade jamais chegaria a possuir os efeitos da imutabilidade.

Nesse sentido é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2008, p. 191):

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.

Abstraindo-se a questão sobre a existência ou não de defeito técnico na expressão sob enfoque, vejamos em quais hipóteses a alegada "coisa julgada inconstitucional" se manifesta.

Uma seria na hipótese de a sentença ter sido prolatada com apoio em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra seria a referente à decisão que afasta a incidência de determinada lei por considerá-la inconstitucional, vindo, logo em seguida, uma decisão do Supremo reconhecendo a constitucionalidade da norma em questão.

A hipótese referente à sentença proferida com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo pode ser desdobrada em três situações: a) uma lei já declarada inconstitucional pela via do controle concentrado ou que teve a eficácia suspensa por resolução do Senado Federal, quando for o caso de

controle difuso; b) uma regra que vem a ser depois declarada inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade; c) lei cuja inconstitucionalidade até então não tenha sido objeto de exame pela via do controle abstrato.

Argumenta-se, também, a hipótese de sentença escorada em interpretação não compatível com o texto constitucional, situação a qual poderia ocorrer nos seguintes casos: a) quando antes mesmo de a sentença já ter sido prolatada, houver pronunciamento do Supremo, pela via concentrada, revelando que a interpretação compatível com a Constituição Federal é diferente; b) quando o magistrado dá interpretação à lei de maneira desconforme com o texto constitucional, não obstante inexistir pronunciamento do STF a respeito; c) quando a manifestação do STF sobre a interpretação compatível vier após a sentença.

Finalmente, a doutrina relaciona entre as hipóteses de “coisa julgada inconstitucional”, aquela na qual uma sentença tenha proclamado uma situação que mais tarde veio a se manifestar como absolutamente inconciliável com os valores fundamentais assentados no ordenamento jurídico-constitucional.

Um dos exemplos mais emblemáticos para este último caso é aquele referente a uma sentença que reconhece ou nega uma relação de filiação biológica, e, posteriormente, com o advento do exame de DNA, vem a se saber, cientificamente, tratar-se de uma situação não verdadeira.

Haveria, para os defensores dessa tese, uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No que se refere aos instrumentos aptos à impugnação da “coisa julgada inconstitucional”, Humberto Theodoro Jr. entende que é possível a utilização da ação rescisória, com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, sem a limitação do prazo de dois anos. A ausência de fixação de prazo seria uma forma de não haver equiparação entre a inconstitucionalidade e a ilegalidade.

Seria admissível, também, oposição de embargos à execução, com base na inexibibilidade do título, na forma do disposto no artigo 741, parágrafo único, do CPC).

José Maria Rosa Tesheiner (2001) ensina que as sentenças referidas no artigo 485 do CPC não são nulas, mas sim rescindíveis, na medida em que o código desconheceria a categoria das sentenças nulas.

Assentada a idéia de que a “coisa julgada inconstitucional” é nula, a conclusão de alguns doutrinadores é no sentido de que, nesse caso, não haveria que se falar em coisa julgada. Portanto, não caberia ação rescisória, por incabível, na espécie, a utilização dos instrumentos de impugnação previstos na legislação processual civil. Em tais hipóteses, haveria de se buscar suporte na *querela nullitatis*.

A tese, entretanto, me parece equivocada, porquanto o sistema jurídico-constitucional já prevê um recurso voltado para a impugnação de decisões com fundamento em hipotética contrariedade ao Texto Constitucional, que é o caso do recurso extraordinário, previsto especificamente para esse fim, nos termos do artigo 102, III, letra “a”, da Constituição Federal.

Além do recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade dos atos judiciais pode ser exercido por meio da apelação (CPC 513) e da ação rescisória, com fundamento no CPC, 485, V, ou seja, dentro do devido processo legal.

Se o receio é o de que a intangibilidade da coisa julgada coloque o magistrado acima do Texto Constitucional, será inoportuna a tese proposta, uma vez que será outro magistrado quem examinará a questão para o fim de dizer qual o fim desejado pela Constituição.

Finalmente, uma sentença transitada em julgado, só por isso já tem a proteção constitucional, visto ter sido prolatada por um órgão judicial, com competência conferida pelo Texto Constitucional.

5. Os argumentos da corrente que defende a flexibilização da coisa julgada

A relativização da coisa julgada desenvolveu-se basicamente sob dois argumentos. O primeiro tem como alvo a justiça da decisão, ou seja, se a sentença tiver sido justa, estaria protegida pela autoridade da coisa julgada. Caso contrário, não haveria que se falar em imutabilidade da decisão. O outro argumento se refere à hipótese da denominada “coisa julgada inconstitucional”, ou seja, sentença transitada em julgado que ofenda preceito constitucional, não pode prevalecer.

Os princípios da legalidade, da instrumentalidade e da proporcionalidade são normalmente invocados em favor da tese flexibilizadora.

Argumenta-se que não seria possível a intangibilidade de um *decisum* que estivesse fora de sintonia com o ordenamento jurídico positivo, porquanto a função jurisdicional há que ser exercida nos limites da lei.

De acordo com essa corrente, o processo visto pela sua dimensão instrumental somente teria sentido se o julgamento tivesse sido orientado pelos ideais de justiça e de adequação à realidade.

Afirma-se que a coisa julgada deve ser relativizada por meio de uma ponderação e o princípio da proporcionalidade, neste caso, atua como condicionante da imunização das decisões protegidas pela coisa julgada. Nesta ponderação, deve-se levar em conta valores como a dignidade humana, a moralidade administrativa, a garantia de um meio-ambiente ecologicamente equilibrado e a garantia do acesso a uma ordem jurídica justa.

Em resposta às críticas que lhes são freqüentemente lançadas, os defensores da tese sustentam que somente em casos excepcionais será a coisa julgada flexibilizada, e que a proposta é no sentido de esclarecer que o sistema jurídico é formado pelo equilíbrio entre riscos, certezas e probabilidades, não sendo possível um exercício jurisdicional imune a erros.

Cândido Rangel Dinamarco (2001) argumenta que não está propondo a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae*, mas tão-somente, cuidando de situações extraordinárias e raras, a serem tratadas por meio de critérios extraordinários.

Reforçando a tese, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria (2008, p. 191) sustentam que a intangibilidade da coisa julgada material não é um princípio constitucional.

Para esses autores, o comando normativo contido no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal - “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” -, estaria voltado apenas para o tema de direito intertemporal no qual se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

Prosseguem afirmando que:

(...) a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no CPC (art. 467), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

Afirma-se, ainda, que a coisa julgada inconstitucional há que ser submetida ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para os quais não há prazo.

Por considerarem que “coisa julgada inconstitucional” é algo contaminado pelo vício da nulidade, os defensores da tese sustentam que ela não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais, porquanto, o juiz, em sede de embargos, pode recusar execução à sentença que contrariar preceito constitucional, mesmo que a decisão já tenha passado em julgado.

Defende-se que é inaceitável que matéria constitucional nunca antes enfrentada seja afastada do crivo do Poder Judiciário, em razão do decurso do prazo para a ação rescisória, o qual consideram exíguo.

O valor “justiça” é defendido como sendo um valor mais importante do que a “segurança”, chegando-se a afirmar que não se pode ter a coisa julgada como um valor absoluto, quando dentro da sistemática constitucional houver sido violado um valor mais elevado.

Os exemplos mais emblemáticos são aqueles referentes aos casos de desapropriação de imóvel com avaliação excessiva e de investigação de paternidade quando ainda não existia o exame de DNA.

5.1. As ações de investigação de paternidade

A ação de investigação de paternidade teve os seus contornos traçados inicialmente pelo artigo 363 do Código Civil de 1916. Posteriormente, pela Lei 8.560/92 (Lei de Investigação de Paternidade) e pelo artigo 1.605 do Novo Código Civil Brasileiro de 2002.

Tempos atrás os conflitos de interesses eram decididos por meio de indícios, presunções e suposições, mas hoje, com o avanço da ciência, as controvérsias são solucionadas também por meio de exames periciais cada vez mais aperfeiçoados.

Exemplo disso ocorre nas ações de investigação de paternidade, a qual a parte interessada se vale, atualmente, do exame de DNA (ácido desoxirribonucléico).

Com o surgimento dessa moderna técnica (DNA), os demais meios de prova tornaram-se ultrapassados, uma vez que esse exame científico acabou por permitir a descoberta da paternidade com um grau de convicção muito maior (99,999%).

O exame de DNA não é o único meio idôneo para se provar a filiação biológica, mas, em razão de seu elevadíssimo grau de acerto é fundamental que seja feito em ações dessa natureza.

Esse exame pericial tornou-se, portanto, a prova mestre na investigação de paternidade, impondo, em razão disso, uma nova concepção acerca dessa ação.

Em decorrência dessa descoberta, veio à tona a discussão sobre a mitigação da coisa julgada em relação a ações de investigação de paternidade ajuizadas no passado, quando ainda não existia o exame de DNA.

Vozes surgiram argumentando que acima da coisa julgada está o princípio da dignidade humana, bem como a necessidade do Direito seguir a trilha do desenvolvimento tecnológico.

O reflexo da *res judicata* nesse tipo de ação não é uma preocupação apenas da doutrina brasileira, mas também de estudiosos de outros países.

Nesse sentido, Cândido Dinamarco (2001) dá destaque a análise formulada por Eduardo Couture, apresentando interessante relato:

Couture examinou o caso do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para furtar-se às responsabilidades de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluído não recorreu. Mais tarde, chegando à maioria, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.

O novo ambiente jurídico instalado após a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe, com o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), uma nova visão de filiação.

Em razão desse postulado, tornou-se inaceitável qualquer tipo de restrição aos direitos fundamentais do cidadão.

Na esteira desse novo contexto, passou-se a defender a idéia de que, em ações de investigação de paternidade, o fenômeno da coisa julgada somente incidirá se forem produzidas todas as provas, vale dizer, documental, testemunhal, depoimento pessoal e, no caso da perícia, o exame de DNA.

Dentro dessa nova visão, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial 226.436/PR:

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade.

Segundo José Augusto Delgado (2006), o Estado dentro de uma perspectiva ética, não pode tomar a defesa de sentenças judiciais, mesmo as com trânsito em julgado, que venham a colidir com os princípios da moralidade e legalidade, porquanto elas somente "(...) se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade".

5.2. As ações de desapropriação com valores excessivos

No julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP, cujo relator fora o Ministro José Augusto Delgado, o Superior Tribunal de Justiça, em 15/02/2000, admitiu a relativização da coisa julgada sob o fundamento de que esse instituto não poderia sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e razoabilidade das obrigações assumidas pelo Estado.

Eis o caso. Vencido o Estado de São Paulo em ação de desapropriação indireta, fora o ente público condenado a indenizar a parte vencedora, com a qual veio a realizar um acordo de parcelamento.

Posteriormente verificando que o terreno supostamente expropriado pertencia ao próprio Estado e não aos autores, o Poder Público Estadual propôs ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito, tendo o Ministro José Augusto Delgado declarado o seu voto em favor da procedência do pedido, apesar da autoridade da coisa julgada material. Sua tese prevaleceu por três votos contra dois.

Dinamarco (2001) defende uma interpretação sistemática dos princípios do processo civil contidos na constituição, sob a ótica de que nenhum deles constitui um fim em si mesmo, mas subsistem como mecanismos para proporcionar um sistema processual mais justo.

Defende-se a flexibilização da *res judicata*, na hipótese de ter ocorrido fraude, com valorização excessiva de imóvel sujeito a desapropriação pelo Poder Público.

Sustenta-se que o processo não pode servir para veicular propósitos inescrupulosos ou para prejudicar alguém, pois o instituto da coisa julgada não pode servir de manto protetor para esconder fraudes e desvios de conduta.

6. Os argumentos da corrente que rejeita a flexibilização da coisa julgada

O direito de ação é assegurado aos cidadãos por meio do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, com vistas a uma prestação jurisdicional adequada e justa. O que se busca através do processo é uma sentença justa.

Ocorre que, paralelamente, ao valor referente à justiça existe outro valor não menos importante que é o valor da segurança das relações jurídicas e sociais.

Na hipótese de esses dois valores entrarem em rota de colisão (justiça da decisão e segurança jurídica), o sistema normativo constitucional há que fazer a opção por um deles.

Como corolário do princípio da unidade da constituição, temos que não existe hierarquia entre as normas da constituição. Dessa forma, concessões recíprocas não de ser feitas, com vistas à produção de uma decisão socialmente

adequada, que somente poderá ocorrer afastando-se, no caso concreto, um dos valores que se encontram em rota de colisão.

Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 312), sustenta que “a injustiça da sentença nunca foi e (...) jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada”.

Nelson Nery Júnior (2008, p. 288) leciona que “entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro (...) optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material”.

Nery Júnior prossegue afirmando ainda que a justiça absoluta é algo que não existe. O nosso ordenamento jurídico trabalha com a idéia do justo possível, por ter o sistema optado pela segurança.

Além de Nelson Nery Júnior (2008), juristas da envergadura de Barbosa Moreira (2008), Ovídio Baptista da Silva (2008) e Luiz Guilherme Marinoni (2008), sustentam que a possibilidade de flexibilização da coisa julgada material já existe em nosso ordenamento jurídico, nas hipóteses expressamente consignadas em lei, ou seja, na ação rescisória (CPC 485), na impugnação do § 1º do artigo 475 e nos embargos à execução previstos no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Para esses juristas o nosso sistema não autoriza a violação da coisa julgada fora dessas hipóteses, sob pena de se colocar em risco os direitos e garantias fundamentais catalogados no artigo 5º da Constituição Federal e o próprio Estado Democrático de Direito.

Um dos principais argumentos daqueles que defendem a relativização da coisa julgada material é de que não haveria controle constitucional das decisões judiciais. Para a corrente contrária, tal argumento não é verdadeiro, uma vez que o devido processo legal prevê hipóteses de impugnação de sentença com fundamento na inconstitucionalidade.

Outro argumento da corrente flexibilizadora, que é rebatido por aqueles que a rejeitam, é o de que a Constituição Federal deve ter primazia sobre a sentença inconstitucional. A corrente que se opõe, por sua vez, afirma que esse argumento não se sustenta em razão de a coisa julgada também ser regulada pela Constituição Federal, sendo inadequado falar-se em hierarquia, nesse caso.

Barbosa Moreira (2008, p. 232) leciona que “ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um *point of no return*. Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso.”

O autor ainda critica a aplicação da *querela nullitatis* em face da “coisa julgada inconstitucional”, sob a alegação de que a arguição de inconstitucionalidade da sentença poderia repetir-se, em princípio, *ad infinitum* “enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidade ou injustiças nas sucessivas sentenças”.

Em relação ao argumento de que é ilegítimo eternizar injustiças a pretexto de se evitar a eternização de incertezas, Barbosa Moreira afirma que a eventual eternização de injustiças é o preço que se paga, à luz do ordenamento jurídico em vigor, como contrapartida para preservação de outros valores.

De fato, a possibilidade de se conviver com sentenças injustas ou inconstitucionais em certos casos, afigura-se menos arriscada para a sociedade do que o risco de se ter que conviver com a ausência geral de segurança. Esta, aliás, é razão pela qual o nosso sistema optou pela justiça do possível.

No que concerne ao problema da correção da decisão que substituiria a decisão coberta pela autoridade da coisa julgada material, Araken de Assis (2008, p. 44) alerta que:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da carta política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, 'a priori', barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior (...) Parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.

7. Procedimentos para a desconstituição da coisa julgada

Na sistemática processual civil duas são as formas admitidas para o ataque das decisões judiciais: os recursos e as ações autônomas de impugnação.

A diferença reside no fato de os recursos serem interpostos no mesmo feito em que a decisão foi proferida, ao passo que as ações autônomas ocasionam a formação de outra relação jurídica processual.

7.1. Ação Rescisória

A ação rescisória, como o próprio nome indica, encontra-se inserida no rol das ações autônomas de impugnação, e serve para desconstituir a coisa julgada material (*iudicium rescindens*), com rejuízo da causa, quando for o caso (*iudicium rescissorium*).

Por ela se examina a prestação jurisdicional já entregue. Há, portanto, um julgamento daquilo que já foi objeto de julgamento.

O alvo dessa ação constitutiva negativa é a sentença de mérito transitada em julgado. Aqui, o vocábulo “sentença” há que ser compreendido em seu sentido *lato*, compreendendo, pois, não apenas as sentenças propriamente ditas, como também os acórdãos, desde que contenham pronunciamento de mérito.

Nas hipóteses expressamente elencadas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil, não se encontra um item referente à violação à Constituição Federal. Todavia, o vocábulo “lei”, contido em seu inciso V, deve ser compreendido em sentido amplo, alcançando a Constituição, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias e leis delegadas.

Em se tratando de flexibilização da coisa julgada, uma das perguntas feitas com freqüência é a seguinte: é possível o ajuizamento de ação rescisória, com base no artigo 485, V, do CPC, após o prazo decadencial de dois anos? Ou melhor, seria compatível com os demais princípios constitucionais, a intangibilidade da “coisa julgada inconstitucional”, apenas porque teria se esgotado prazo decadencial de dois anos (artigo 495 do CPC)?

Ou ainda: o princípio da segurança jurídica se sobrepõe ao princípio da supremacia da Constituição?

O raciocínio proposto por integrantes da corrente relativista é no sentido de que, se existem aqueles que defendem a idéia de que não se deve flexibilizar a coisa julgada injusta, por ser a segurança jurídica um bem maior, essa mesma afirmação não poderá ser sustentada se a coisa julgada estiver ferindo uma norma constitucional.

Questiona-se se o instituto da coisa julgada seria mais importante do que outros contidos no Texto Constitucional. Ou seja, se a segurança jurídica goza de posição privilegiada perante as demais normas da Constituição Federal.

Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 215) sustenta que a admissibilidade da rescisória para a desconstituição da “*coisa julgada inconstitucional*” não deveria se submeter ao mesmo regime adotado para a coisa julgada ilegal, propondo, dessa forma, a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória mesmo depois de exaurido o prazo de dois anos.

Na hipótese de o processo ter sido instaurado à revelia, considera-se a possibilidade de utilização da ação declaratória de nulidade, a ser proposta a qualquer tempo, ou seja, fora e além das hipóteses de rescisão catalogadas no CPC.

7.2. Querela Nullitatis

Duas são as modalidades de vícios que podem ocorrer no processo civil: os vícios de juízo (*error in iudicando*) e os vícios de atividade (*error in procedendo*).

Os vícios de juízo são aqueles referentes aos erros de julgamento cometidos pelo juiz na lide, tais como má apreciação da prova ou errônea aplicação da lei ao caso concreto.

Para os *errores in iudicando*, o ordenamento jurídico-processual põe à disposição do interessado o sistema recursal, com instrumentos voluntários aptos a ensejarem, dentro do mesmo feito, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial.

No tocante aos vícios de juízo, o sistema ainda faculta a utilização das ações autônomas de impugnação, como é o caso da ação rescisória, com base no inciso V do artigo 485 do CPC.

Os vícios de atividade, por sua vez, dizem respeito à validade do processo (ausência de citação, por exemplo), ou da sentença (nas hipóteses de ser *ultra petita*, *extra petita* ou *infra petita*).

Na nossa sistemática processual, existem vários remédios para o interessado se insurgir contra os vícios de atividade, tais como as preliminares em contestação (art. 301 do CPC), arguição de exceções (art. 304 do CPC), as diferentes modalidades recursais (art. 496 e seguintes) e os embargos à execução (arts. 736 e seguintes do CPC).

A preocupação em se garantir às partes os meios para impugnação dos vícios de atividade surgiu no Direito Intermédio – período compreendido entre os anos 568 d.C. e 1500 d.C -, visto que até então o recurso cabível era apenas a *appellatio*, que não os alcançava, porquanto visava tão-somente à justiça ou a injustiça da decisão.

Surgia, então, naquela época, a *querela nullitatis*, que não assumia propriamente a feição de uma ação, mas desfrutava de autonomia, sendo exercitável por simples provocação (*imploratio officii iudicis*) para que o Estado expurgasse do sistema sentenças que, na realidade, não passavam de simulação.

Em Roma, a *nulla sententia* significava o pronunciamento judicial contaminado por defeitos muito graves, mais especificamente os de ordem processual. Esse conceito, no entanto, correspondia ao que na atualidade é designado pela expressão “sentença inexistente” e resultava na dispensa do uso de qualquer remédio.

O vocábulo “nulla” utilizado pelos romanos correspondia, portanto, ao que entendemos por inexistência.

Dessa forma, a denominação *actio nullitatis* ou *querela nullitatis* foi assim cunhada porque, à época, identificava-se o nulo com o inexistente, bem como com o sem efeito.

Em razão da influência do direito germânico, se consagrou posteriormente o entendimento de que mesmo os vícios de atividade necessitavam de arguição por meios específicos, sob pena da incidência do fenômeno da preclusão.

A locução *querela nullitatis*, portanto, é utilizada nos dias de hoje para alcançar situações que rigorosamente seriam de inexistência jurídica e não de nulidade.

Em sua origem, a querela de nulidade comportava duas espécies: a *querela nullitatis sanabilis*, a qual era adequada para a impugnação de vícios sanáveis (*errores in procedendo* de menor gravidade) e a *querela nullitatis insanabilis*, a ser por proposta com vistas a impugnar os *errores in procedendo* mais graves.

A *querela nullitatis sanabilis* acabou fundindo-se com o recurso de apelação, ocasionando a transformação dos motivos de nulidades menos graves em motivos para o recurso de apelação.

A *insanabilis* podia ser argüida mesmo depois do trânsito em julgado da sentença, porquanto os vícios contra os quais era proposta, sobreviviam ao decurso dos prazos e à formação da coisa julgada.

Sempre que se debate a questão da relativização da coisa julgada, surge a discussão sobre a subsistência da *querela nullitatis* em nosso ordenamento jurídico.

Isso porque a grande discussão que se trava é sobre a possibilidade de se mitigar a *res judicata* a qualquer tempo e independentemente dos mecanismos já catalogados expressamente pelo Código de Processo Civil (artigos 475-L, 485 e 741 do CPC).

A maior parte da doutrina e da jurisprudência a tem admitido, como se vê dos seguintes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGENCIA DOS ARTIGOS 485, 467, 468, 471 E 474 DO C.P.C. PARA A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 741, I, DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - QUE E A DE FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO, HAVENDO REVELIA - , PERSISTE, NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO, A "QUERELA NULLITATIS", O QUE IMPLICA DIZER QUE A NULIDADE DA SENTENÇA, NESSE CASO, PODE SER DECLARADA EM AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO PRAZO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA, QUE, EM RIGOR, NÃO É A CABIVEL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 96374 / GO – GOIÁS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 30/08/1983, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Publicação DJ 11-11-1983 PP-07542, EMENT VOL-01316-04 PP-00658 RTJ VOL-00110-01 PP-00210.)”

"AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE SENTENÇA POR SER NULA A CITAÇÃO DO RÉU REVEL NA AÇÃO EM QUE ELA FOI PROFERIDA. 1.PARA A HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 741, I, DO ATUAL CPC - QUE E A DA FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO, HAVENDO REVELIA - PERSISTE, NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO - A "QUERELA NULLITATIS", O QUE IMPLICA DIZER QUE A NULIDADE DA SENTENÇA, NESSE CASO, PODE SER DECLARADA EM AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE, INDEPENDENTEMENTE DO PRAZO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA, QUE, EM RIGOR, NÃO É A CABIVEL PARA ESSA HIPÓTESE. 2.RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, NEGANDO-SE-LHE, POREM, PROVIMENTO." (RE 97589 / SC - SANTA CATARINA, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 17/11/1982, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, Publicação DJ 03-06-1983 PP-07883, EMENT VOL-01297-03 PP-00751 RTJ VOL-00107-02 PP-00778)"

O Superior Tribunal de Justiça também a reconhece:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. QUERELA NULLITATIS. CABIMENTO. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE TODOS OS RÉUS.

É cabível ação declaratória de nulidade (querela nullitatis), para se combater sentença proferida, sem a citação de todos os réus que, por se tratar, no caso, de litisconsórcio unitário, deveriam ter sido citados.

Recurso conhecido e provido.(REsp 194029, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 02/04/2007, p.310)

No campo da doutrina, Alexander dos Santos Macedo (2005, p. 2) defende a sua subsistência apontando duas modalidades nas quais ela se manifesta: "uma, expressamente prevista no Código de Processo Civil – art. 741, inciso I -, e a outra, extraída do sistema do nosso ordenamento processual civil, sob a forma de ação de cognição no juízo de 1º grau."

Adroaldo Furtado Fabrício (1987, pp. 27/44) firma posição no mesmo sentido:

(...) todas as considerações já alinhadas conduzem à conclusão de continuar admissível no direito brasileiro contemporâneo a ação autônoma de desconstituição da sentença proferida contra o revel não citado, que representa a continuidade e a sobrevivência, pelo menos nessa limitada hipótese, da querela nullitatis. Significa isso que a postulação em juízo pela nulidade da sentença independe, no caso, tanto de sua rescisão como do uso de embargos à execução, com algumas conseqüências relevantíssimas. A primeira é a de não se precisar dirigir a arguição a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo. Outra é a de não se submeter a ação cogitada ao curto prazo decadencial em que é proponível o pedido de rescisão.

Embora sem previsão legal expressa, os estudiosos do tema admitem a *actio nullitatis* como ação autônoma, restando, apenas, a definição de seu regime jurídico.

O nosso ordenamento jurídico põe a disposição do interessado outros instrumentos aptos à impugnação dos vícios de atividade, tais como o *petitio simplex*, os recursos, a ação rescisória e os embargos à execução. Neste último, como visto, encontra-se veiculado expressamente a *querela nullitatis insanabilis* (CPC, art. 741, inciso I).

Se a querela de nulidade existe sob a forma de embargos do executado, não há como se lhe negar a existência sob a forma de ação autônoma, até porque o art. 4º do nosso CPC admite, em seu parágrafo único, a ação declaratória, “ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

O vício de atividade mais grave é a falta ou nulidade de citação, na hipótese da ação de conhecimento ter tramitado à revelia do réu, ou na hipótese de o devedor não ter sido regularmente citado na fase de execução (art. 618, II, do CPC).

O direito à citação e o conhecimento do teor da acusação dizem respeito ao devido processo legal, garantia esta que compreende o direito ao contraditório e a ampla defesa, e se constitui em requisito indispensável à validade do processo (CF, artigo 5º LIV e LV).

A falta ou nulidade de citação, se o feito correu à revelia, se constitui em vício de tamanha violência que não se pode deixar de facultar ao réu - mesmo após a formação da coisa *soberanamente* julgada - os instrumentos necessários para que possa fazer valer a garantia do devido processo legal.

Vale aqui uma rápida lembrança da jornada percorrida pelo personagem Joseph K, do romance “O Processo”, de Franz Kafka, o qual passou por um verdadeiro suplício em busca de respostas para a sua inexplicável prisão, que culminou com sua execução no final da trama, em decorrência de uma sentença da qual nada se soube, prolatada nos autos de um processo ao qual o acusado não teve acesso.

A falta de citação, portanto, é o vício que a doutrina costuma dar mais ênfase, quando se refere ao manejo da querela de nulidade. A chamada “sanatória geral” não o alcança, justamente por se tratar de vício gravíssimo.

Tão grave é o defeito, que alguns estudiosos consideram que a sentença proferida em processo no qual haja falta ou nulidade de citação é decisão inexistente, a exemplo de Liebman (1976, pp. 179-184), Moniz Aragão (1974, p. 274) e Vicente Greco Filho (1995, p. 113).

Além do artigo 618 supra, o referido vício está disciplinado nos artigos 214, o qual estabelece que “para validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”; 485, inciso V, que dispõe que “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V – violar literal disposição de lei”; e 741 que estatui que “na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade de citação, se a ação lhe correu à revelia”.

A propositura da *actio nullitatis* não depende da obediência do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, porquanto tais instrumentos processuais não se confundem.

Diversamente da ação rescisória, ela é voltada para vícios de atividade insanáveis, os quais poderão ser declarados a qualquer tempo, com tal declaração incidindo em outro processo, mesmo se este último já tiver transitado em julgado.

Na *querela nullitatis*, o propósito não é a desconstituição de uma decisão que produziu coisa julgada, mas a desconsideração de um ato viciado realizado no processo ou então quando ocorrer à hipótese de sentença inexistente.

A ação rescisória, por sua vez, tem lugar nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, a ser ajuizada contra decisão de mérito transitada em julgado.

Assim, se a parte interessada tiver conhecimento do processo somente após o transcurso do prazo para a rescisória, poderá se valer da *actio nullitatis*, a qual deverá ser proposta perante o juízo em que inicialmente tramitou o feito que se pretende impugnar, seja ele órgão de primeira instância ou tribunal, inclusive o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, conforme o caso, pois os tribunais superiores também possuem competência originária em determinadas ações.

Pode acontecer, por exemplo, de a parte não mais ter a oportunidade de impugnar o vício através da ação rescisória, em razão do surgimento da coisa *soberanamente* julgada, e também não poder se insurgir por meio dos embargos do executado, quando for o caso de a execução já ter se tornado efetiva. Em tais hipóteses, então, estará aberta a admissibilidade da *actio nullitatis*.

A *querela nullitatis* com base na nulidade ou falta de citação pode ser proposta em qualquer tempo, porquanto contra ela não incide a preclusão.

Essa tese tem recebido o apoio da jurisprudência e doutrina pátrias, sob o fundamento de que o direito de se defender é mais relevante do que o princípio da estabilidade dos julgados.

Trata-se de uma opção extraída do sistema processual do direito de ser citado, o qual se encontra inserido na garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Na hipótese de se estar diante de uma sentença de mérito proferida sem que tenha ocorrido a citação do litisconsorte necessário, há certa dúvida no que concerne a escolha entre a ação rescisória e a querela de nulidade.

Se o litisconsorte necessário não integrou a lide, ao que parece não há que se falar na triangulação da relação processual, porquanto seria como se uma das partes não estivesse inteiramente “pronta” para participar da relação jurídica processual.

Nesse caso, a sentença não chegaria sequer a transitar em julgado, porque não estaria apta para isso. Dessa forma, nada haveria para rescindir e o correto seria o manejo da *querela nullitatis*.

A *actio nullitatis* se encaixa com perfeição na classe das ações autônomas de impugnação, pois, assim como estas, se constitui em instrumento voluntário e, como se viu acima, pode ser proposta também fora da relação jurídica processual originária, com vistas à reforma ou a invalidação de atos judiciais.

As sentenças atacáveis pela *querela nullitatis* - não sujeitas, portanto, à formação da coisa julgada - são aquelas prolatadas em feitos nos quais estejam ausentes os pressupostos de existência da relação processual.

Esses pressupostos, nunca é demais lembrar, são aqueles requisitos necessários para a própria constituição da relação jurídica processual, tornando-se, pois, essenciais para que se possa tomar conhecimento do feito, com vistas ao julgamento da demanda. Sem eles a relação jurídica processual não existe, e, via de consequência, a prestação jurisdicional também não.

As sentenças prolatadas em processos onde não estejam presentes um ou mais desses requisitos (petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória), não transitam em julgado, porquanto a relação jurídica processual simplesmente não existiu e a sentença será obviamente inexistente.

Nesse aspecto o nosso sistema trabalha com dois valores: justiça *versus* segurança jurídica. Em se tratando de sentenças nulas (existentes, portanto), o vício será atacado pela ação rescisória, dentro do prazo legal de dois anos.

Ultrapassado o prazo legal, sem a propositura da rescisória, o sistema opta pela segurança jurídica, razão pela qual essas decisões, não obstante nulas, ficam submetidas ao fenômeno da coisa *soberanamente* julgada.

Assim, apenas contra as sentenças proferidas em processos nos quais não estejam presentes um ou mais dos seguintes pressupostos processuais de existência, petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória, é que se pode cogitar da utilização da *actio nullitatis*.

8. Conclusão

Consoante ficou registrado neste trabalho, o próprio ordenamento jurídico já contempla respostas aceitáveis para algumas das hipóteses que inspiraram a teoria da relativização da coisa julgada.

A possibilidade de o Poder Judiciário vir a se equivocar, proferindo decisões que batam de frente com a realidade dos fatos, não pode subsistir como argumento para a flexibilização da coisa julgada por critérios atípicos, visto que a nossa legislação processual já previu tais hipóteses, tanto que ofereceu aos litigantes a demanda rescisória, a ser proposta naquelas situações elencadas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil.

Naturalmente que o pleito rescisório precisa ser redefinido com vistas a uma melhor adaptação ao contexto em que vivemos, contemporâneo, marcado por contínuas inovações tecnológicas.

A norma jurídica, o ato administrativo e o contrato podem ser reexaminados pelo Poder Judiciário, a quem cabe a missão de aplicar contenciosamente a lei a casos concretos. Transitada em julgado a decisão judicial, esta somente poderá ser reexaminada por meio dos mecanismos processuais postos à disposição do cidadão pelo ordenamento jurídico em vigor (artigos 475-L, 485 e 741 do CPC).

A atividade do Poder Judiciário não atingiria a sua finalidade se o pronunciamento judicial ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações.

A idéia de que, em tema de inconstitucionalidade, a coisa julgada não pode ser superior à lei - sob pena de convertê-la em um instituto acima do ordenamento jurídico infraconstitucional e do próprio texto da Constituição -, não pode prevalecer.

Não há como se manifestar favoravelmente a tese de que, se a lei não está imune aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, independentemente do tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, a coisa julgada também não estaria imune pelo mesmo motivo.

Sobre essa questão, é preciso levar em conta que, sob a ótica do sistema jurídico em vigor, a lei inconstitucional tem atributos de norma geral (abstrata) e a coisa julgada é direcionada para o caso concreto.

Na decisão judicial transitada em julgado, insusceptível de ataque pela via da ação rescisória, o que se tem é norma para o caso concreto.

Não há como equiparar a decisão passada em julgado com a lei, visto que esta, ao ser aplicada ao caso concreto, se desprende de sua característica de norma geral (abstrata), passando a regular aquelas situações que se circunscrevem às partes.

Por outro lado, diante das contínuas inovações tecnológicas, me parece benéfico para o sistema a tendência de se flexibilizar determinados conceitos, tal como o de documento novo (art. 485, VII, do CPC), adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial 300084/GO.

Nesse julgamento, por meio de interpretação criativa, o STJ considerou o exame de DNA como documento novo, sob a perspectiva de que revela prova já existente - no caso, no interior da célula -, mas que, entretanto, até então era desconhecida.

Interpretações dessa envergadura passam obviamente por uma mudança de mentalidade, na qual a comunidade jurídica há que abrir o seu leque para fazer valer os direitos inerentes à pessoa humana, até que sobrevenha uma alteração legislativa adequada ao contexto atual.

O precedente supra, entretanto, tem um alcance reduzido, uma vez que não atinge aquelas hipóteses em que o prazo decadencial já tiver se exaurido (CPC, art. 495).

Parece-me que a melhor solução para o caso, é aquela no sentido de se estabelecer o termo inicial do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, a partir do dia em que o interessado obtiver o laudo, em vez da data do trânsito em julgado da sentença a qual se pretende rescindir.

Se por um lado não podemos simplesmente abrir mão do valor “justiça” em homenagem a uma segurança que não confere tranquilidade a sociedade. Por outro, não podemos esquecer que a descon sideração da coisa julgada por critérios atípicos pode gerar uma instabilidade que inevitavelmente prejudicará a pacificação social, que se constitui no escopo maior da jurisdição.

O que não se pode é promover à mera e simples descon sideração da coisa julgada fora das hipóteses consignadas no ordenamento jurídico, pois tal possibilidade fatalmente contribuirá para o enfraquecimento do princípio da segurança jurídica, o qual se constitui em um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Por tais razões é que a comunidade jurídica deve encaminhar-se para um aperfeiçoamento do sistema jurídico-processual, com vistas à redefinição, por exemplo, das hipóteses de ajuizamento da ação rescisória, para o fim de torná-la um meio adequado para a desconstituição da coisa julgada flagrantemente em contraste com o Texto Constitucional.

Haveria que se dar nova definição ao capítulo da rescisória, insculpido no Código de Processo Civil, no sentido se estabelecer que a decisão com trânsito em julgado que ofendesse a Constituição somente deixaria de produzir os seus efeitos após a sua desconstituição pela forma ali traçada, com a possibilidade, inclusive, de ajuizamento do pleito rescisório a qualquer tempo, não ficando submetido a prazo decadencial em hipóteses excepcionais, haja vista que na esfera criminal a revisão não goza desta limitação.

Disso decorre, ainda, que somente pode mitigar a coisa julgada o magistrado que detenha poderes para desconstituir a decisão anterior, poder que evidentemente não detém as instâncias inferiores para desconstituir sentenças de instâncias superiores.

No tocante à *querela nullitatis* (ação declaratória de inexistência), somente contra as sentenças proferidas em processos nos quais não estejam presentes um ou mais dos seguintes pressupostos processuais de existência - petição inicial, jurisdição, citação e capacidade postulatória -, é que se pode cogitar de sua utilização.

Estas parecem ser uma bem temperada fórmula de pacificação jurídica, pois prestigia a coisa julgada material dentro da ordem jurídica e ao mesmo tempo a torna compatível com a realidade deste início de século.

Finalmente, cabe ressaltar que o estudo da coisa julgada é sempre necessário, não apenas pela sua riqueza, como também pelas conseqüências que a sua interpretação inadequada poderá acarretar à prestação jurisdicional, seja pelo ângulo da segurança jurídica, seja pela perspectiva de realização da justiça.

O que não se pode é defender a sua mera desconsideração, de maneira distinta das hipóteses contempladas pelo ordenamento jurídico, sob pena de se fazer brotar a insegurança jurídica.

Instalada a insegurança, a pacificação social, como o maior propósito da jurisdição, ficaria comprometida.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1974.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução de Luiz Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, RJ, 217, Julho-Setembro, 1999.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Editora Brasília Jurídica, 3ª Edição, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; Coisa julgada Relativa? Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

BERALDO, Leonardo de Faria. Coisa Julgada Inconstitucional. 3ª edição. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Ed. 2000.

CANOTILHO, JJ Gomes. Direito Constitucional. 5ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTURE, Eduardo Juan. *In* Fundamentos do direito processual civil. Tradução brasileira de Rubens Gomes de Souza. Editora Saraiva, São Paulo, 1946.

DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. Ano 91. V. 798. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br>. Acessado em 13/10/2008.

_____. Nova Era do Processo Civil, 2ª ed., Malheiros, SP, 2007.

_____.Liebman e a Cultura Processual brasileira. *In*: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. Organização Flavio Luiz Yarshell e Mauricio Aznoide de Moraes, 1ª edição, DPJ Editora, São Paulo 2005.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *In* Coisa julgada inconstitucional. NASCIMENTO, Carlos Valder do. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____.Reflexões Contemporâneas sobre a Flexibilização, Revisão e Relativização da Coisa Julgada quando a Sentença Fere Postulados e Princípios Explícitos e Implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias. Disponível na Biblioteca Digital do *site* do Superior Tribunal de Justiça.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. ----- *Réu revel não citado, “querela nullitatis” e a ação rescisória*. Revista de Processo, v. 48, São Paulo: RT. outubro/dezembro, 1987.

FERNANDES GÓES, Gisele Santos. *In* “A ‘Relativização’ da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de um Ponto de Vista Contrário), Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *in* Coisa Julgada Penal, 26 de janeiro de 2007. Disponível no site <http://www.direitoprocessual.org.br>, do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Acessado em 21/09/08.

GILBERTO PORTO, Sérgio. Coisa julgada civil, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 2º volume, 7ª Ed. Saraiva. 1994.

_____.Direito Processual Civil Brasileiro, 3º volume, 9ª edição, Editora Saraiva, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Eficácia e Autoridade da Sentença. 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

_____.Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à Teoria da Coisa Julgada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa Julgada, Efeitos da Sentença, ‘Coisa Julgada Inconstitucional e Embargos à Execução do Art. 741, par. Único. Coleção Temas de Processo Civil. “Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico.” 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

MACEDO. Alexander dos Santos. Da Querela Nullitatis, Sua Subsistência no Direito Brasileiro. 3ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). Coleção Temas de Processo Civil. "Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico." 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

NERY JR., Nelson. A Polêmica Sobre a Relativização (Desconsideração) da Coisa Julgada e o Estado Democrático de Direito. Coleção Temas de Processo Civil. "Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico." 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. Revista dos Estudantes de Direito da Unb. Número 06/2007.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à Teoria da Relativização da Coisa Julgada. Revista de Processo – 123 – ano 30 – maio de 2005.

NETO, Chade Rezek. O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo, Saraiva, 6ª Edição, 1983.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 3ª edição, Malheiros, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da Coisa Julgada. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. Ribeirão Preto – SP, Nov/2001.

_____. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. Porto Alegre, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. Coleção Temas de Processo Civil. "Relativização da Coisa Julgada. Enfoque Crítico." 2ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodvim, 2008.