

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPEDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPEDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUANA PILLON DOS SANTOS MOLARO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DA
NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

MARÍLIA
2010

LUANA PILLON DOS SANTOS MOLARO

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DA
NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:
Profa. Ms. MELISSA CABRINI MORGATO

MARÍLIA
2010

Molaro, Luana Pillon dos Santos

A Relativização da Coisa Julgada à Luz da Nova Interpretação Constitucional / Luana Pillon dos Santos Molaro; orientadora: Melissa Cabrini Morgato. Marília, SP: [s.n.], 2010.

57 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2010.

1. Coisa Julgada 2. Relativização 3. Segurança Jurídica. 4. Princípios. 5. Ponderação

CDD: 341.4653



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Luana Pillon dos Santos Molaro

RA: 36741-9

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DA NOVA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): MOM
Melissa Cabrini Morgato

1º EXAMINADOR(A): Larissa Benez Laraya
Larissa Benez Laraya

2º EXAMINADOR(A): Juliana Mantovani Lopes
Juliana Mantovani Lopes

Marília, 19 de novembro de 2010.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre me dar força, coragem e sabedoria necessárias para vencer os obstáculos.

A meu esposo, Rodrigo, pela paciência, carinho e dedicação dispensados todos os dias, e, também, pela colaboração no desenvolvimento das ideias do presente trabalho.

Aos meus familiares, principalmente aos meus pais, José Vicente e Cida, em reconhecimento por tudo.

A todos os colegas de turma, pelo companheirismo de todos estes anos, em especial a Larissa Rabello e a Monique Carrasco.

MOLARO, Luana Pillon dos Santos. **A Relativização da Coisa Julgada à Luz da Nova Interpretação Constitucional**, 2010, 57 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A relativização da coisa julgada é um tema de grande importância, pois esta traz segurança jurídica às decisões, visto que impede que a mesma pretensão venha a ser discutida novamente em outro processo, ou seja, a sentença transitada em julgado é imutável e não pode mais ser modificada. Entretanto, o nosso ordenamento jurídico prevê alguns casos em que a relativização da coisa julgada é possível. Trata-se dos casos da ação rescisória, da *querela nullitatis* e da impugnação da sentença fundada no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil. A relativização da coisa julgada, nesses casos é possível porque há regras a serem aplicadas e, portanto, segue o raciocínio da subsunção. Ocorre que, devido à evolução jurídica e às inovações científicas, há situações que ficaram desamparadas pelos institutos citados, isto é, há determinados casos em que a relativização da coisa julgada se faz necessária, não obstante a ausência de regras. Nesses casos, temos que o raciocínio da subsunção não se mostra suficiente, pois não consegue solucionar determinadas situações que, por sinal, são cada vez mais frequentes, em decorrência da valorização e expansão dos princípios. Assim, a pesquisa proposta neste Trabalho tem como escopo estudar, num primeiro momento, os institutos previstos em nosso ordenamento jurídico que preveem a relativização da coisa julgada mediante o raciocínio da subsunção, ou seja, mediante a aplicação de regras. Em um segundo momento, a pesquisa verificará se diante da inexistência de regras a serem aplicadas, será possível a relativização da coisa julgada.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Relativização. Segurança Jurídica. Princípios. Ponderação

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 07 |
| 1. COISA JULGADA..... | 08 |
| 1.1. Conceito..... | 08 |
| 1.2. Coisa Julgada Formal..... | 08 |
| 1.3. Coisa Julgada Material..... | 08 |
| 1.4. A Importância da Coisa Julgada Material..... | 09 |
| 1.4.1. Segurança Jurídica e Coisa Julgada..... | 09 |
| 1.4.2. Estado Democrático de Direito e Coisa Julgada..... | 12 |
| 2. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O RACIOCÍNIO DA SUBSUNÇÃO..... | 14 |
| 2.1. Introdução..... | 14 |
| 2.2. Ação Rescisória..... | 15 |
| 2.2.1. Pressupostos..... | 15 |
| 2.2.2. Hipóteses de Cabimento..... | 17 |
| 2.2.2.1. Prevaricação, concussão e corrupção..... | 17 |
| 2.2.2.2. Impedimento do juiz e incompetência absoluta..... | 18 |
| 2.2.2.3. Dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes..... | 18 |
| 2.2.2.4. Ofensa à coisa julgada..... | 18 |
| 2.2.2.5. Violação à literal disposição de lei..... | 19 |
| 2.2.2.6. Prova falsa..... | 20 |
| 2.2.2.7. Documento novo..... | 20 |
| 2.2.2.8. Houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença..... | 20 |
| 2.2.2.9. Erro de fato..... | 21 |
| 2.2.3. Procedimento..... | 22 |
| 2.2.4. Prazo..... | 24 |
| 2.3. <i>Querela Nullitatis</i> | 25 |
| 2.4. Embargos à Execução (Artigo 475-L, § 1º, e Parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil)..... | 28 |
| 3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O RACIOCÍNIO DA PONDERAÇÃO..... | 32 |
| 3.1. Introdução..... | 32 |
| 3.2. A importância dos Princípios: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo..... | 33 |
| 3.3. Da Nova Interpretação Constitucional..... | 37 |
| 3.3.1. Introdução..... | 37 |
| 3.3.2. Princípios de Interpretação..... | 39 |
| 3.3.2.1. Princípio da Supremacia da Constituição..... | 39 |
| 3.3.2.2. Princípio da Unidade da Constituição..... | 40 |
| 3.3.2.3. Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização..... | 41 |
| 3.3.2.4. Princípio da Proporcionalidade..... | 41 |
| 3.3.3. Aplicação prática..... | 43 |
| 3.4. Da coisa julgada inconstitucional..... | 46 |
| 3.4.1. Controle de Constitucionalidade: linhas gerais..... | 46 |
| 3.4.2. Relativização da coisa julgada: divergência doutrinária..... | 48 |
| 3.4.3. Raciocínio da ponderação e coisa julgada inconstitucional..... | 50 |

CONSIDERAÇÕES FINAIS 52

REFERÊNCIAS 54

INTRODUÇÃO

O tema da relativização da coisa julgada está gerando controvérsias na moderna doutrina do direito processual civil brasileiro. Vários autores já deram seu parecer sobre o tema, uns contra e outros a favor da relativização.

A questão levantada neste trabalho é de grande monta, uma vez que a coisa julgada material recai sobre o mérito das sentenças, impedindo que a mesma pretensão venha a ser discutida novamente em outro processo, ou seja, a sentença transitada em julgado é imutável, não podendo mais ser modificada.

A coisa julgada material traz segurança jurídica às decisões, visto que o cidadão, quando busca a justiça, quer ver seu conflito solucionado de uma vez por todas, isto é, quer uma decisão definitiva.

Todavia, o nosso ordenamento jurídico prevê alguns casos em que a relativização da coisa julgada é possível. Trata-se dos casos da ação rescisória, da *querela nullitatis* e da impugnação da sentença fundada no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil.

A relativização da coisa julgada nesses casos é possível porque há regras a serem aplicadas e, portanto, a relativização segue o raciocínio da subsunção.

Ocorre que, devido à evolução jurídica e às inovações científicas, há situações que ficaram desamparadas pelos institutos citados acima, isto é, há determinados casos para os quais não há regras a serem aplicadas, não obstante a relativização da coisa julgada se faz necessária.

Assim, a pesquisa proposta neste Trabalho tem como escopo estudar, num primeiro momento, os institutos previstos em nosso ordenamento jurídico que preveem a relativização da coisa julgada mediante o raciocínio da subsunção, ou seja, mediante a aplicação de regras. Entretanto, resta uma indagação: na inexistência de regras a serem aplicadas é possível a relativização da coisa julgada? É o que se pretende analisar.

CAPÍTULO 1 - COISA JULGADA

1.1. Conceito de Coisa Julgada

A coisa julgada é garantida como direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A Constituição diz no referido inciso que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*” [grifo nosso]. A coisa julgada, conforme conceitua Gonçalves, “é uma qualidade dos efeitos da sentença (ou do acórdão), que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos” (2008, p.23).

Sendo assim, podemos concluir que a coisa julgada está protegida dos efeitos de novas leis que possam surgir com a finalidade de prejudicar o seu alcance, uma vez que, em se tratando de *cláusula pétrea*, não poderá ser modificada, ou seja, quis o constituinte, consoante explica Bueno, “garantir *estabilidade* a determinadas manifestações do Estado-juiz” e, conseqüentemente, “garantir maior *segurança jurídica* aos jurisdicionados” (2007, p.382).

Portanto, a coisa julgada tem a finalidade de pôr um fim aos conflitos levados a juízo, isto é, impedir que as questões já decididas possam ser rediscutidas e, desta forma, dar segurança aos cidadãos.

1.2. Coisa Julgada Formal

A coisa julgada formal diz respeito a um fenômeno meramente processual. De acordo com Bueno “denomina-se coisa julgada *formal* aquela *sentença* não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela desempenhada pela preclusão” (2007, p. 386).

Sendo assim, todas as sentenças fazem coisa julgada formal. Mesmo aquelas que não resolvem o mérito, em determinado momento se tornarão imutáveis.

1.3. Coisa Julgada Material

Em termos gerais podemos dizer que a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença, pois impede que a mesma lide seja rediscutida, sendo assim, projeta-se para fora do processo em que a sentença foi proferida.

O artigo 467 do Código de Processo Civil traz o seguinte conceito sobre a coisa julgada material: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Pode-se destacar também o conceito de coisa julgada material demonstrado por Dinamarco, nos seguintes termos:

A coisa julgada material é a imutabilidade dos *efeitos substanciais* da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum, institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge as pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo de que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido (ainda Liebman). Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os *efeitos* que ela projeta para fora deste e atingem pessoas em suas relações – e daí a grande relevância social do instituto da coisa julgada material, que a Constituição assegura (art. 5º, inc. XXXVI) e a lei processual disciplina (arts. 467 e ss) (2008, p. 5).

Diante do conceito acima transcrito podemos concluir que a coisa julgada material é finalidade central do processo. Nas palavras de Nery Jr. “a coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo, vale dizer, ajuizada a ação e julgado o mérito, a coisa julgada material ocorrerá inexoravelmente” (2008, p. 289).

Além disso, a coisa julgada é ainda um elemento de pacificação social, uma vez que garante a *segurança jurídica*.

1.4. A Importância da Coisa Julgada Material

1.4.1. Segurança Jurídica e Coisa Julgada

A coisa julgada tutela o princípio da segurança jurídica das decisões, pois deixa claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis.

Desse modo, a coisa julgada assegura ao cidadão a certeza de que terá seu conflito solucionado definitivamente. Nesse sentido, explica Marinoni, dizendo que “a coisa julgada garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio” (2008, p. 67).

Seguindo a mesma linha de pensamento, afirma Greco, após demonstrar suas premissas, que:

Em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão da coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (2008, p. 261).

Desse modo, a coisa julgada, como corolário do princípio da segurança jurídica, para Greco “é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (2008, p. 255), ou seja, para este processualista, a coisa julgada é uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica e, como tal não possibilita a sua relativização.

Nesse diapasão, demonstra Nery Jr. que:

O subprincípio da *segurança jurídica*, do qual a coisa julgada material é elemento de existência, é manifestação do princípio do Estado Democrático de Direito, conforme reconhece a doutrina mundial. O processo civil é o instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (2008, p. 295).

Invocamos ainda o jurista Sousa (1997, p. 568); apud Theodoro Jr. e Faria (2008, p. 187), que no seguinte trecho também ilustra de forma majestosa a questão da segurança jurídica:

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 ação 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 iminentes a qualquer ordem jurídica.*

Interessantes, ainda, os dizeres de Pontes de Miranda sobre a importância da coisa julgada, *in verbis*:

Sem razão, a atribuição de coisa julgada põe acima da ordem jurídica, das regras jurídicas, o interesse social da paz, de fim à discussão, mesmo se foi *injusta* a decisão. [...] Temos de reconhecer que o acolhimento da coisa julgada formal e da coisa julgada material foi acertadíssimo. Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo (1976, p. 241).

Dessa feita, verificamos que a coisa julgada é um instituto que garante a segurança jurídica (estabilidade) das relações sociais por meio das decisões judiciais.

Todavia, para os doutrinadores que defendem a tese da relativização da coisa julgada, a segurança jurídica, em determinadas situações, não merece ser tratada com o rigor acima demonstrado.

Nesse sentido, merece registro, em primeiro lugar, a obra de Dinamarco na qual o autor identifica que é necessário “equilibrar as exigências de segurança e de justiça nos

resultados das experiências profissionais” (2008, p. 18). Acrescenta este autor que “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios” (2008, p. 43).

Prosseguindo, averba Dinamarco, sobre seu posicionamento, que:

A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral (2008, p. 43).

Do mesmo modo manifestam-se Theodoro Jr. e Faria, apontando que:

A coisa julgada não pode suplantiar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada? (2008, p. 187)

Por fim, seguindo este entendimento, Delgado afirma que:

[...] D) A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça. E) A segurança jurídica da coisa julgada impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não a que enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se pretende objetiva, real e suficientemente subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando verdade. [...] (2004, p. 19).

Em síntese, verifica-se que os argumentos utilizados pelos adeptos da teoria da relativização da coisa julgada giram em torno da injustiça das decisões e das sentenças que contrariam a Constituição, isto é, para estes doutrinadores a sentença revestida de grave injustiça ou a que estiver em contrariedade com a Constituição Federal devem ser relativizadas, mesmo que protegidas pelo princípio da segurança jurídica das decisões.

Por outro lado, o argumento dos doutrinadores contrários à relativização reside no fato de que a coisa julgada, por dar segurança jurídica às decisões, não pode ser modificada pelo fato de existir alguma injustiça. Logo, com relação à injustiça das decisões merece destaque o trecho, abaixo transcrito, do trabalho de Armelin, sob o título “Flexibilização da Coisa Julgada”:

Não obstante, o afã em atingir a Justiça nas decisões judiciais não deve permitir que a vida social seja conturbada pela eternização de litígios que se renovam. As decisões injustas vêm de longe. Basta atentar-se ao julgamento de Cristo. Nem por isso constituíram-se em fatores de desagregação social, que pode resultar de um alto grau de insegurança jurídica afetando aquela social. O que importa não são soluções individuais para o tema das decisões injustas e sim o reflexo destas para a sociedade. Nesta tormentosa questão a respeito da necessidade de se flexibilizar a coisa julgada material esse deve ser o norte a orientar o Legislador para redisciplinar esse fenômeno jurídico que se constitui em um dos embasamentos mais fortes da segurança jurídica (2008, p. 114).

Enfim, é válida uma primeira conclusão de que a coisa julgada é sim um corolário da garantia constitucional da segurança jurídica. Porém, isso não implica afirmar que seja absoluta, isto é, entendemos que somente em casos excepcionais, de acordo com o caso concreto, é que, talvez, será possível relativizar a coisa julgada. Assim, a simples alegação de injustiça da sentença transitada em julgado não pode ser admitida, uma vez que, nesse caso, a garantia da segurança jurídica e estabilidade das decisões representadas pela coisa julgada desapareceriam.

Ademais, para a relativização, fora dos casos admitidos pelo ordenamento jurídico, dever-se-á observar ainda os valores e princípios em conflitos. A respeito dessa problemática, ver capítulo 3.

1.4.2. Estado Democrático de Direito e Coisa Julgada

Diante do fato de que a coisa julgada impõe segurança jurídica às decisões, muitos autores dizem que relativizá-la é um atentado ao Estado Democrático de Direito. Assim é o entendimento de Nery Jr., para o qual “*desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo*” (2008, p. 295).

De tal modo é também o posicionamento de Marinoni, ao afirmar que:

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. [...] Ou seja, *de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão direito de ver seu conflito solucionado definitivamente*. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada (2008, p. 266).

Em seguida, acrescenta este autor que:

A coisa julgada é inerente ao Estado Democrático de Direito e, assim, deve ser vista como um sub-princípio que lhe dá conformação. Não há como aceitar a tese de José Augusto Delgado e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, no sentido de que a garantia da coisa julgada

material, insculpida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares. Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em "princípio da intangibilidade do caso julgado" como garantidor da "segurança jurídica" (2008, p. 280).

Entretanto, há quem entenda que a relativização da coisa julgada não caracteriza um atentado ao Estado Democrático de Direito quando a sentença é contrária a Constituição. Nesse sentido, é entendimento de Theodoro Jr. e Faria (2008, p. 209), ao manifestarem que “assim como a lei ordinária desconsidera a coisa julgada nas ilegalidades graves arroladas para justificar a ação rescisória, a ofensa à Constituição gera uma espécie de invalidade que a ordem constitucional no Estado Democrático de Direito não pode tolerar”.

Seguindo o mesmo raciocínio, é também a inteligência de Delgado, segundo o qual, não é possível permitir que a coisa julgada permaneça intangível quando esta for contrária à Constituição, tendo em vista os valores sociais do trabalho, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da legalidade, da eficiência, da impessoalidade, da sociabilidade, entre tantos outros presentes no Estado Democrático de Direito (2006, p. 02-03).

Sendo assim, percebe-se que para alguns doutrinadores a relativização da coisa julgada não é possível, pois seria um atentado ao Estado Democrático de Direito; para outros, tolerar que as decisões contrárias à Constituição permaneçam intangíveis é o que atenta contra o Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2 - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O RACIOCÍNIO DA SUBSUNÇÃO

2.1. Introdução

O nosso ordenamento jurídico estabelece que a coisa julgada pode ser relativizada por três meios: pela ação rescisória, pela *querela nullitatis* e pela impugnação da sentença fundada no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil.

Assim, para a aplicação dos referidos meios há regras a serem seguidas. De acordo com Barroso, as regras consistem normalmente em:

Relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida (2009, p. 353).

As regras, de acordo com o doutrinador alemão Alexy, podem ser definidas como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (2008, p. 91).

Desse modo, podemos dizer que, ocorrendo a hipótese prevista nas regras que admitem a ação rescisória, a *querela nullitatis* ou a impugnação da sentença fundada no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil (que são os relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações), a relativização será possível. Em outras palavras, se os fatos estiverem enquadrados na previsão abstrata, a relativização ocorrerá.

Sendo assim, a relativização da coisa julgada, nesses casos, é resolvida mediante a aplicação das regras de acordo com o raciocínio da subsunção. Este método de interpretação, segundo Barroso, consiste em:

Um processo silogístico de *subsunção* dos fatos às normas: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto (2009, p. 347).

Dessa forma, estudaremos nos itens seguintes os aludidos mecanismos pelos quais se admite a relativização da coisa julgada mediante o raciocínio da *subsunção*.

2.2. Ação Rescisória

As partes podem atacar as decisões judiciais por meio dos recursos. Quando todos os recursos forem esgotados, ou porque foram todos utilizados, ou porque a parte não os interpôs dentro do prazo, ocorrerá a *coisa julgada formal*, isto é, a impossibilidade de discutir, no mesmo processo, a sentença prolatada. Em se tratando de sentença de mérito ocorrerá também a *coisa julgada material*, que é a imutabilidade dos efeitos da sentença, proibindo a discussão do litígio em outros processos.

Todavia, com o trânsito em julgado da sentença há a formação da coisa julgada material que poderá ser modificada por meio da ação rescisória. Assim, a ação rescisória é um meio para que a coisa julgada material possa ser relativizada. Nesse sentido explica Didier Jr. e Cunha:

A ação rescisória serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, p. ex.), quer por motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, p. ex.). Não se deve, pois, estabelecer uma relação necessária entre os defeitos processuais e a ação rescisória, pois esta tem espectro mais amplo (2010, p. 359).

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação, porque seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual, a fim de desconstituir a sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, explana Gonçalves:

A lei prevê uma ação autônoma de impugnação, que visa desconstituir a sentença transitada em julgado, postulando eventualmente a reapreciação daquilo que já estava decidido em caráter definitivo. É a última oportunidade que se dá ao interessado para tentar desfazer a decisão. Não se trata mais de recurso, porque estes já foram esgotados, mas de uma ação autônoma, de cunho cognitivo e natureza desconstitutiva, que procura desfazer o julgado (2008, p. 179).

Por fim, a ação rescisória, como qualquer outra ação, deve preencher as condições da ação e observar os pressupostos processuais.

2.2.1. Pressupostos da Ação Rescisória

A ação rescisória é admitida quando houver: a) uma sentença de mérito transitada em julgado; b) for preenchido um dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no artigo 485 do Código de Processo Civil e c) for proposta antes do prazo decadencial de 2 (dois) anos (artigo 495 do CPC).

Com relação ao primeiro requisito, isto é, quanto à existência de uma sentença de mérito transitada em julgado, é importante ressaltar que não caberá a ação rescisória contra as

sentenças meramente terminativas, pois não fazem coisa julgada material, mas apenas formal, ou seja, não impedem que a questão seja novamente levada a juízo em outra demanda.

Além disso, também não cabe ação rescisória, conforme elucida Gonçalves, “contra as sentenças homologatórias de acordo, ainda que a lei as considere como de mérito (CPC, at. 269, III)” (2008, p. 179). Referido autor usa como fundamento desta proibição o disposto no artigo 486 do Código de Processo Civil, que estabelece: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou de em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”. Em seguida, acrescenta este autor que:

Se o acordo foi celebrado em razão de um vício de vontade (erro, dolo, coação), e homologado em juízo, não caberá ação rescisória, mas anulatória. Nesse sentido, “quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486, do CPC)” (STF, RT, 605:211) (2008, p. 179).

Outro ponto que merece destaque acerca das sentenças de mérito é o que diz respeito à sentença que reconhece a prescrição ou a decadência, que também resolvem o mérito (at. 269, IV do CPC) e, portanto, seria rescindível. Tal sentença, apesar de ser considerada de mérito por força da lei, não chega a apreciar a pretensão posta em juízo. Todavia, ainda assim, caberia contra esta sentença a ação rescisória, uma vez que “decorre de um pronunciamento judicial, e não de simples manifestação volitiva das partes, como no caso da homologação de acordo, e se reveste da autoridade da coisa julgada material, impedindo que demanda idêntica venha a ser proposta” (GONÇALVES, 2008, p. 179).

Diante do exposto, verificamos que a coisa julgada material é requisito indispensável para a ação rescisória. Sendo assim, não será possível rescindir as sentenças proferidas em procedimento de jurisdição voluntária, nem em ação de alimentos, visto que poderão ser modificadas, se as premissas em que se fundaram forem alteradas (GONÇALVES, 2008, p. 180).

A ação rescisória também não é cabível contra as sentenças inexistentes, com relação às quais será cabível a *querela nullitatis*, a ser estudada no item 2.3. deste trabalho.

É importante salientar que apesar de o artigo 485 do Código de Processo Civil referir-se apenas a *sentença*, é correto o entendimento de que também diz respeito a *acórdão*, que serão, também, rescindíveis nas mesmas hipóteses legais.

A respeito das sentenças que não comportam a propositura da ação rescisória, bem explica, de forma sintetizada, Pontes de Miranda:

Em conseqüência do que dissemos, não há ação rescisória de sentença que pode ser *revogada* ou *reformada*, porque a tal sentença falta coisa julgada

formal. Nem de sentença inexistente, pois seria rescindir-se o que *não é*: não se precisaria de desconstituir, bastaria, se interesse sobrevém a alguma alusão a essa sentença, a decisão declarativa de inexistência. Nem de sentença nula, porque se estaria a empregar menos tendo-se à mão o mais (1976, p.120).

Por fim, é necessário verificar que a ação rescisória somente será admitida se demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil. É importante frisar que referidas hipóteses são taxativas, isto é, não se admite ampliação por interpretação analógica.

2.2.2. Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória

2.2.2.1. Prevaricação, concussão e corrupção.

O inciso I do artigo 485 do Código de Processo Civil estabelece que a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz”.

Prevaricar é “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (artigo 319 do CP). Concussão, por sua vez, é “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” (artigo 316 do CP). Por fim, a corrupção passiva é “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (artigo 317, do CP).

De acordo com Gonçalves, “em todos esses casos, o julgador pratica ilícito penal, e profere uma sentença não de acordo com aquilo que ficou apurado nos atos, mas em consideração a seus interesses pessoais” (2008, p. 181). Todavia, não se faz necessário que tenha existido um processo penal anterior, pois o ilícito pode ser apurado e demonstrado na própria ação rescisória.

No caso de ação rescisória contra órgão colegiado, é necessário que o voto do magistrado que praticou a conduta ilegal seja decisivo para o julgamento, porque, se não o foi, o resultado final não ficou prejudicado (GONÇALVES, 2008, p. 182)

2.2.2.2. Impedimento do juiz e incompetência absoluta

Determina o artigo 485, inciso II, do Código de Processo Civil que caberá ação rescisória quando a sentença de mérito transitada em julgado for “proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”.

A respeito deste inciso bem observa Gonçalves que:

A competência e a imparcialidade do juiz são pressupostos processuais de validade do processo. Mas há dois graus em ambas. Há a incompetência relativa e a absoluta, a suspeição e o impedimento. A incompetência relativa e a suspeição sanam-se dentro do próprio processo, antes que transite em julgado, porque não são de ordem pública. Compete às partes a sua alegação (embora a suspeição possa ser reconhecida pelo juiz de ofício), por meio de exceção ritual, pena de reclusão. Diferentemente do ocorre com a incompetência absoluta e o impedimento, eles são objeções processuais, de ordem pública. O vício deles decorrente projeta-se para além do processo, e enseja a ação rescisória (2008, p. 182).

Portanto, o juiz impedido ou absolutamente incompetente está proibido de exercer a jurisdição, justificando, assim, o cabimento da ação rescisória.

2.2.2.3. Dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes

Nos termos do artigo 485, inciso III, do Código de Processo Civil, caberá ação rescisória quando a sentença de mérito transitada em julgado “resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei”.

Ocorre o dolo da parte vencedora quando esta viola os deveres de lealdade e boa-fé enganando o juiz ou a parte contrária para influenciar o resultado do julgamento.

A colusão é a conspiração entre as partes que usam o processo para a obtenção de fim ilícito. “O juiz tem poderes para impedir que o fim ilícito se consuma (art. 129), mas, se ao juiz passou despercebido o conluio e o fim ilícito foi alcançado com o trânsito em julgado da decisão, só resta a ação rescisória” (GRECO FILHO, 2003, p. 410).

O Código de Processo Civil percebendo que, nesse caso, as partes não terão interesse em propor a ação rescisória, deu a legitimidade para propô-la ao terceiro interessado e ao Ministério Público (artigo 488, II e III, do CPC).

2.2.2.4. Ofensa à coisa julgada

Caberá ação rescisória, de acordo com o artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil quando a sentença de mérito transitada em julgado ofender a coisa julgada. A respeito dessa hipótese, elucida Greco Filho que:

Se a sentença rescindenda já foi proferida com ofensa à coisa julgada decorrente de sentença anterior, deve ser refeita. A coisa julgada é um bem jurídico que tem inclusive proteção constitucional, daí não poder ficar ileso a sentença que a tenha violado. (2003, p. 410).

Isso ocorre porque não pode haver novo pronunciamento judicial sobre algo já decidido. Aliás, conforme consta no artigo 471 do Código de Processo Civil, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”, salvo diante das exceções expressamente previstas nos dois incisos desse dispositivo legal.

2.2.2.5. Violação à literal disposição de lei

Estabelece o inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violar literal disposição de lei”.

A expressão “lei”, contida no texto, foi utilizada em sentido amplo, correspondendo às normas jurídicas em geral, tanto as de natureza constitucional quanto infraconstitucional. Além disso, não importa se a ofensa à lei é de direito material (*error in iudicando*) ou é de direito processual (*error in procedendo*).

É necessário que ocorra uma violação direta e indubitosa a um dispositivo de lei. Desse modo, “não cabe a rescisão por injustiça da sentença ou exame inadequado de provas” (GONÇALVES, 2008, p. 184).

Também não caberá a ação rescisória se a sentença tiver por fundamento uma das interpretações razoáveis que a lei possuía, mesmo que não seja a predominante. Nesse sentido é a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Do mesmo modo, não caberá a ação rescisória quando a sentença tiver se baseado em matéria controvertida que tempos depois teve interpretação pacificada no sentido da tese do autor (GONÇALVES, 2008, p.185).

É indispensável ainda que a violação à lei tenha influenciado o resultado da demanda e, conseqüentemente, que a aplicação correta da lei venha a modificar o julgamento. De tal modo leciona Gonçalves: “É preciso que a violação da lei tenha nexos de causalidade com o resultado obtido. Se ela não repercutiu no julgamento, nada há a rescindir” (2008, p. 185).

Finalmente, não cabe a ação rescisória se a lei é posterior à decisão, ou seja, é necessário que “haja violação à lei que estava em vigor na data da decisão” (GONÇALVES, 2008, p. 186).

2.2.2.6. Prova falsa

Consoante a previsão contida no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, é cabível a ação rescisória da sentença de mérito transitada em julgado que “se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória”.

Desse modo, somente poderá ser rescindida a decisão que se fundar em prova falsa. Contudo, é necessário que a prova falsa tenha influenciado de forma decisiva o resultado da demanda. Assim, se a sentença tem por base várias provas, de forma que com a prova falsa o resultado seria o mesmo, não tem cabimento a ação rescisória.

A falsidade da prova pode ser apurada tanto por processo criminal, quanto na própria rescisória, uma vez que a apuração somente em processo criminal tornaria a propositura de ação rescisória praticamente impossível, pois o processo criminal, provavelmente, demoraria mais do que dois anos.

2.2.2.7. Documento novo

Dispõe o inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil que caberá ação rescisória quando, “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

O documento novo a que se refere à lei não quer dizer aquele produzido depois da sentença, mas sim aquele que já existia antes de sua prolação, mas que o autor desconhecia a existência ou era de utilização impossível, por circunstâncias alheias à vontade do autor da rescisória.

Se o documento deixou de ser apresentado por culpa da parte interessada, não caberá a ação rescisória.

Por fim, a apresentação do documento novo deve ser suficiente para que possa assegurar, por si só, um pronunciamento favorável.

2.2.2.8. Houver motivo para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença

De acordo com o inciso VIII do artigo 485 do Código de Processo Civil caberá a ação rescisória “quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença”.

A prova obtida por meio da confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação poderá ser revogada: “I – por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita; II – por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento” [CPC, artigo 352].

Quanto à desistência, foi infeliz o Código ao utilizar tal expressão, pois pode sugerir a desistência da ação, que determina a extinção do processo sem julgamento de mérito o qual, por sua vez, implica a impossibilidade de ação rescisória. Dessa forma, teria sido melhor que a lei tivesse utilizado o termo “renúncia”, que é o instituto ao qual quis fazer referência, já que é o termo adequado para a desistência de um direito. Enfim, conclui Gonçalves que: “A ação rescisória cabe contra a sentença que homologa a renúncia do autor sobre o direito em que se funda a ação, e que é uma sentença de mérito, nos termos do art. 269, V, do CPC” (2008, p. 188). Logo, não devemos deixar de observar que a desistência (renúncia do direito), para justificar a rescisão, também deve resultar de erro, dolo ou coação.

No que diz respeito à transação, foi infeliz também o Código ao utilizar referida expressão, uma vez que, consoante Gonçalves, “a sentença que se limita a homologar a transação, embora de mérito, não deve ser rescindida, mas anulada, na forma da lei civil, nos termos do art. 486 do CPC” (2008, p. 188).

2.2.2.9. Erro de fato

A sentença de mérito transitada em julgado, nos termos do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, poderá ser rescindida quando “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documento da causa”. Os parágrafos 1º e 2º do referido diploma estabelecem que:

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Greco Filho, interpretando o § 2º, ensina que:

O texto é de difícil compreensão. Se houve pronunciamento judicial sobre o fato, como é possível ter havido erro? O erro é exatamente o acolhimento de um fato inexistente como existente, ou o contrário. O que a lei quer dizer, porém, é o seguinte: o erro de fato, para ensejar a rescisória, não pode ser aquele que resultou da escolha ou opção do juiz diante de uma controvérsia. O erro, no caso relevante, é o que passou despercebido pelo juiz, o qual deu como existente um fato inexistente ou vice-versa. Se a existência ou a inexistência do fato foi ponto controvertido e o juiz optou por uma das versões, ainda que erradamente, não será a rescisória procedente (2003, p. 413).

Gonçalves explica que: “Para que o erro de fato embase a rescisória é indispensável que mantenha nexos de causalidade com o resultado, que a sentença esteja nele fundada” (2008, p. 188). Logo em seguida, complementa o referido autor, a respeito do erro de fato que: “É indispensável que ele possa ser apurado pelo exame dos atos ou documento da causa. Não se admite, na ação rescisória fundada no inciso IX, sejam produzidas novas provas do erro. Este já deve estar comprovado de plano” (2008, p. 188-189).

2.2.3. Procedimento da Ação Rescisória

Tem legitimidade para propor a ação rescisória, de acordo com disposto no artigo 487 do Código de Processo Civil:

- I – quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular;
- II – o terceiro juridicamente interessado;
- III – o Ministério Público:
 - a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;
 - b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

As partes, o autor e o réu da ação em que se deu a sentença são os primeiros legitimados. Na hipótese de listisconsórcio ativo ou passivo, qualquer deles terá legitimidade. O sucessor será legitimado no caso de falecimento da parte e, em caso de alienação de coisa litigiosa, o adquirente ou o cessionário do direito (GONÇALVES, 2008, p. 189).

A parte que tenha sido revel no processo original também tem legitimidade para propor a ação rescisória.

Também terão legitimidade o denunciado, o oponente, os chamados e até os assistentes.

Os terceiros juridicamente interessados também são legitimados. No caso, entende-se como terceiro interessado aquele que tem uma relação jurídica com a parte que poderá ser atingida pela decisão de forma reflexa.

Por fim, o Ministério Público também é legitimado para o ajuizamento da ação rescisória, tenha atuado como parte (artigo 487, inciso I, do CPC) e como fiscal da lei (artigo 487, inciso III, do CPC).

O Ministério Público, como fiscal da lei, poderá propor a ação rescisória em duas situações: a) quando não foi ouvido no processo anterior, em que sua intervenção era obrigatória, caso em que a ação terá por fundamento o inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil (violar literal disposição de lei) e b) quando a sentença é efeito de colusão, caso em que o Ministério Público poderá ajuizar a rescisória, “independentemente de ter

intervindo ou não no processo anterior, e de ser ou não necessária essa intervenção” (GONÇALVES, 2008, p. 190).

Todos aqueles que foram parte no processo principal figurarão no pólo passivo da ação rescisória proposta pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público.

A petição inicial da ação rescisória deve observar, conforme previsão do artigo 488 do Código de Processo Civil, os requisitos do artigo 282. Além disso, prevê também o referido artigo que o autor deverá:

- I – cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa; e
- II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

Com relação ao requisito estabelecido no inciso I do artigo 485 do Código de Processo Civil é importante distinguir *o iudicium rescindens* e *o iudicium rescissorium*, isto é, o pedido de rescisão e o pedido de nova sentença em substituição a primeira. A esse respeito informa Greco Filho:

Na primeira parte do dispositivo, esclarece o art. 488 que o autor deve cumular *o iudicium rescindens* e *o iudicium rescissorium*, ou seja, o pedido de rescisão e o pedido de nova sentença em substituição à primeira. Com todo cabimento, ressalva a lei que a cumulação dos pedidos será feita “se for o caso”. De fato, há casos em que só a desconstituição da sentença já atende plenamente ao interesse material do autor (ex.: quando se pede a desconstituição de sentença proferida com ofensa à coisa julgada); há outros em que a rescisão tem por fundamento nulidade e haveria supressão de um grau de jurisdição se se passasse diretamente ao julgamento na própria ação rescisória (ex.: a proferida por juiz impedido). Aplica-se cumulativamente quando a causa já está toda posta na ação anterior e na rescisória, por exemplo, quando o fundamento é documento novo (2003, p. 413-414).

Já o requisito do inciso II do artigo 485 do Código de Processo Civil tem por “finalidade desestimular a ação rescisória sem fundamento e reverterá em favor do réu, sem prejuízo do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios” (GRECO FILHO, 2003, p. 414).

A falta do depósito prévio é motivo de indeferimento da petição inicial, a qual também será indeferida nas mesmas hipóteses gerais de indeferimento da inicial (artigo 295, CPC).

O ajuizamento da ação rescisória, consoante previsão do artigo 489 do Código de Processo Civil, “não impede o cumprimento da sentença ou do acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela”. “E a execução em curso não se torna provisória” (GONÇALVES, 2008, p. 192).

O relator, após verificar que a inicial está devidamente instruída, determinará a citação do réu, assinalando o prazo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para responder, sendo que o processo prosseguirá, como no procedimento ordinário, com ou sem a resposta.

Havendo necessidade de provas, o relator expedirá carta de ordem, delegando a competência ao juiz da comarca onde deve ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para devolução dos autos (artigo 492, CPC).

A competência para o julgamento de ação rescisória é do tribunal competente para o julgamento da apelação que contra ela poderia ter sido interposta.

O julgamento segue as normas dos respectivos regimentos internos dos tribunais.

2.2.4. Prazo para a interposição de ação rescisória

Conforme disposto no artigo 495 do Código de Processo Civil, “o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. Referido prazo é de decadência, portanto não se suspende nem se interrompe.

Na ação rescisória, é a citação que impede a consumação do prazo decadencial. Todavia, mesmo que esta seja efetivada em prazo superior a dois anos, sua eficácia retroagirá a data da propositura da ação. Assim, para que a decadência seja afastada, é suficiente que a ação seja proposta dentro dos dois anos.

O prazo de dois anos conta-se do trânsito em julgado da sentença ou acórdão. Desse modo, o trânsito em julgado da sentença só se opera após a manifestação do último órgão jurisdicional sobre o recurso, ainda que este não o conheça. A respeito do tema, explica Greco Filho:

Se, em tese, a decisão ainda pode ser modificada por meio de recurso, não transitou em julgado e, portanto, não se inicia a contagem do prazo de dois anos. Se algum recurso poderia ter sido interposto e não o foi, o trânsito em julgado ocorre no fim do prazo do recurso cabível, que foi omitido (2003, p. 408).

Em seguida, o referido autor elucida a questão sobre quando começa a contar o trânsito em julgado no caso de interposição de recurso fora do prazo:

Finalmente, se a parte interpôs o recurso fora do prazo, há que distinguir duas situações: ou a intempestividade é manifesta e nesse caso o trânsito em julgado se dá no fim do prazo que deveria ter sido obedecido ou a intempestividade é questionável, de interpretação duvidosa, devendo então ser considerado o início do prazo da rescisória a data do julgamento que, dirimindo a dúvida, resolveu pela intempestividade (2003, p. 408).

O aludido autor fundamenta tal posicionamento manifestando que:

Não seria razoável que a parte fosse punida com uma verdadeira diminuição do prazo quando ainda pendente recurso que, razoavelmente, ainda pode ser

reconhecido. Se nesse tempo a parte ainda não pode entrar com a rescisória, exatamente porque pende o recurso, não pode estar correndo o prazo decadencial (2003, p. 408).

Assim, ultrapassado o prazo, a sentença ou acórdão não poderão mais ser rescindidos. Desse modo, se for reconhecida a decadência, o processo será extinto, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

2.3. *Querela nullitatis*

A sentença é um ato processual que precisa obedecer a certos pressupostos: o de existência e o de validade. O não preenchimento dos pressupostos processuais de existência faz com que a sentença seja considerada inexistente e o não preenchimento dos pressupostos processuais de validade gera a nulidade da sentença.

Com relação aos pressupostos de validade, que geram a nulidade da sentença, devemos observar que, no processo civil, há dois tipos de nulidade: a relativa e a absoluta. A respeito da conceituação das nulidades, explica Gonçalves que:

No processo civil, as nulidades absolutas seriam aquelas relacionadas com a própria estrutura do processo e da relação processual, ou ainda com viabilidade do exercício do direito de ação. Como acentua Teresa Alvim Wambier, “são as de fundo, ou substanciais (em relação ao próprio processo, não ao direito substancial), porque dizem com os aspectos mais relevantes do processo. As nulidades relativas, por exclusão, são as demais” (2007, p. 107).

As nulidades relativas, se não alegadas pelas partes prejudicadas no momento processual oportuno, convalidam-se. Assim, jamais acarretarão a nulidade da sentença, pois serão sanadas no curso do processo e, por conseguinte, não tornarão a sentença rescindível.

Por outro lado, as nulidades absolutas podem ser alegadas a qualquer momento, podendo ainda o juiz decretá-las de ofício. Ocorre que, se estas não forem sanadas no curso do processo gerarão uma sentença nula, porém revestida da autoridade da coisa julgada, que poderá ser rescindida. Todavia, as nulidades, mesmo as absolutas, serão sanadas se a ação rescisória não for ajuizada dentro do prazo (GONÇALVES, 2007, p. 107-108).

A sentença inexistente, conforme já exposto, é gerada pela falta dos pressupostos processuais de existência. Logo, tais vícios comprometem a sentença de forma mais profunda que as nulidades e, portanto são insuperáveis (GONÇALVES, 2008, p. 12). Dessa forma, mesmo nestes casos, os atos processuais podem produzir seus efeitos. Assim, a sentença, conforme explica Gonçalves, “não existe fisicamente, já que tais decisões têm uma realidade e podem produzir todos os efeitos naturais de um julgamento, mas juridicamente” (2008, p. 13).

Contudo, ainda que se esgote o prazo para a interposição da ação rescisória, referidos vícios perdurarão, ou seja, a inexistência não se convalesce (GONÇALVES, 2008, p. 13).

Desse modo, para que os efeitos da sentença inexistente cessem, é necessário que a inexistência seja declarada judicialmente e, para isso, pode ser proposta uma ação declaratória de inexistência, denominada *querela nullitatis*, que não possui prazo para ser ajuizada e a sua competência é do juízo que proferiu a sentença inexistente. A esse respeito, explica Gonçalves:

Há casos, também de sentença inexistente que pode ser desconhecida ou afastada por qualquer juiz, independentemente da ação rescisória. São casos de simulacros de sentenças ou somente sentenças na aparência, por exemplo, a proferida por alguém não investido na função jurisdicional ou mesmo a sentença proferida em processo em que não houve citação, caso em que o réu, em embargos do devedor, pode alegar o vício. No caso da aparência de sentença não fica, porém, excluída a possibilidade de ação declaratória para que a parte obtenha a declaração formal de sua ineficácia. Trata-se de caso de *querela nullitatis* (2003, p. 406).

A ausência de citação é a situação mais utilizada entre os doutrinadores para exemplificar o cabimento da *querela nullitatis*, orientação, aliás, de ampla aplicação pelos Tribunais pátrios, a exemplo do julgado a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - SENTENÇA IMPREGNADA DE VÍCIO TRANSRESCISÓRIO - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA - QUERELA NULLITATIS - ARTS. 475-L, I E 741, I, DO CPC - AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ADEQUABILIDADE - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO PARQUET. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem, para resolver a lide, analisa suficientemente a questão por fundamentação que lhe parece adequada e refuta os argumentos contrários ao seu entendimento. 2. A sentença proferida em processo que tramitou sem a citação de litisconsorte passivo necessário está impregnada de vício insanável (transrescisório) que pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória. Querela nullitatis que encontra previsão nos arts. 475-L, I e 741, I, do CPC. 3. Por ação autônoma de impugnação (querela nullitatis insanabilis) deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença. 4. O Ministério Público detém legitimidade para atuar na defesa do patrimônio público. 5. A ação civil pública constitui instrumento adequado a desconstituir sentença lesiva ao erário e que tenha sido proferida nos autos de processo que tramitou sem a citação do réu. Precedente. 6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2010)

Ocorre que há divergência quanto à natureza jurídica da citação, se pressuposto de validade ou de existência. Há argumentos de peso em ambos os lados.

Os doutrinadores que entendem que a citação é pressuposto de validade defendem que a *querela nullitatis* é uma ação de nulidade da sentença. Dessa forma, explana Didier Jr. e Cunha:

No primeiro volume deste curso, restou demonstrado que a citação não é pressuposto de existência do processo, embora muitos doutrinadores pensem em sentido contrário. Acolhe-se o entendimento de Cândido Dinamarco, Pontes de Miranda, Barbosa Moreira, Adroaldo Furtado Fabrício, José Maria Tesheiner entre outros citados ao longo deste capítulo. Essa lembrança é importante, pois para esses autores, a querela nullitatis equipara-se a uma ação declaratória de inexistência, e não uma ação de invalidade (2010, p. 451-452).

Para referidos autores:

A querela nullitatis, no direito brasileiro, está prevista como hipótese de cabimento de impugnação à execução da sentença (art. 475-L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como hipóteses de cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC) (2010, p. 453)

Por outro lado, para outros doutrinadores, a citação é pressuposto de existência e a *querela nullitatis* é uma ação de declaração de inexistência. Nesse sentido, ilustra Gonçalves:

Como o vício de citação gera inexistência e não nulidade, será impróprio o ajuizamento de ação rescisória, pois nada haverá a rescindir. O correto será a ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis insanabilis, que não tem prazo para ser aforada (2007, p. 109).

Do mesmo modo, é o entendimento de Teresa Arruda: “A citação, como já se viu anteriormente, figura entre os pressupostos processuais de existência” (1993, p. 208). Mais adiante, acrescenta a referida autora que:

O vício da nulidade da citação, ou a sua falta, havendo revelia geram *inexistência*, não *nulidade*. Não se trata, pois de função rescindente. Isto porque, como já se mencionou entendemos que, havendo citação nula, somada à circunstância da revelia, tem-se um caso de ausência de pressuposto processual de existência: citação. Ter-se-á, nesta hipótese, processo inexistente e, por conseguinte, sentença (de mérito) inexistente. Se, também, não houver citação, e houver revelia, estar-se-á diante do *mesmo fenômeno*, que consiste na inexistência do processo e da sentença (de mérito) nele proferida (1993, p. 211-212).

Por fim, a aludida autora, em suas conclusões ensina que: “as sentenças inexistentes serão vulneráveis através da ação declaratória de inexistência, pois nada haverá a desconstituir-se” (1993, p. 275).

Desse modo, verifica-se que por mais que haja divergência quanto à inexistência ou nulidade, é majoritário o entendimento de que é possível a propositura da *querella nullitatis*.

Todavia, há quem entenda que a *querela nullitatis* não pode ser aplicada. Nesse sentido, é a inteligência de Nery Jr.:

Passado o prazo de dois anos a que a lei estipula (CPC 495) para exercer o direito de rescisão de decisão de mérito transitada em julgado (CPC 485), não é mais possível fazer o controle judicial da constitucionalidade de sentença transitada em julgado. No século XXI não mais se justifica prestigiar e dar aplicação a institutos como os da querela nullitatis insanabilis e da praescriptio immemoriabilis. Não se permite a reabertura, a qualquer

tempo, da discussão da lide acobertada por sentença transitada em julgado, ainda que sob pretexto de que a sentença seria inconstitucional. O controle da constitucionalidade dos fatos jurisdicionais do Poder Judiciário existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal (2008, p. 294-295).

2.4. Embargos à Execução (Artigo 475-L, §1º e Artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil)

De acordo com o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nos embargos do executado poderá ser alegado, também, a inexigibilidade do título executivo quando este for “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Do mesmo modo, dispõe o artigo 475-L, §1º, do Código de Processo Civil, dizendo que o executado poderá impugnar o cumprimento da sentença alegando a inexigibilidade do título executivo “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Com relação aos dispositivos acima, explica Marinoni que:

Tais dispositivos, além de darem ao executado a oportunidade de alegar que a sentença está fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, dizem que a oposição à execução também pode afirmar que a sentença está fundada em interpretação considerada incompatível com a Constituição Federal (2008, p. 120).

Assim, temos que referidos dispositivos tem por finalidade a desconstituição da coisa julgada material. Deste modo, ambos os casos possuem o mesmo valor.

Todavia, há quem entenda que o parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil (e, conseqüentemente, o artigo 475-L, §1º, também, pois possuem o mesmo valor), de certo modo, seja inconstitucional por ofensa ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada. Nesse sentido é o posicionamento de Greco:

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração erga omnes pelo STF pode ter sido sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC (2008, p. 261).

Contudo, a maior parte da doutrina entende que o disposto no artigo 475-L, §1º e parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil é constitucional, e que, portanto, podem ser aplicados. Nesse sentido é o ensinamento de Zavascki:

A constitucionalidade da norma inserida no parágrafo único do art. 741 do CPC e no §1º do art. 475-L do CPC decorre do seu significado e da sua função. Trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais. Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art.485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso (2008, p. 374).

Ocorre que há divergência quanto à abrangência da aplicação de tais dispositivos. Para Zavascki, a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais, prevista no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, deve seguir os seguintes pressupostos:

[...] a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo); e b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independentemente de resolução do senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte) (2008, p. 382-383).

Zavascki também preconiza que não fazem parte do alcance dos referidos diplomas “[...] as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF [...]” (2008, p. 383). Esse autor exemplifica que tal situação ocorre quando o título executivo:

[...] a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora (2008, p. 383)

Por fim, para a aplicação dos diplomas em comento, acrescenta o aludido autor que: “Também estão fora do alcance daqueles preceitos normativos as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade neles referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência” (2008, p. 383). Isto é, o disposto nos dispositivos ora estudados não se aplicam às sentenças que tiveram o trânsito em julgado antes de sua vigência, tendo em

vista a cláusula do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Interessantes, ainda, os dizeres de Didier Jr. e outros, que após verificarem que se trata de nova hipótese de desconstituição da coisa julgada material por admitir que o executado “[...] oponha resistência à satisfação do crédito suscitando matéria atinente à formação do próprio título executivo, quando ele estiver fundado em preceito tido por inconstitucional pelo STF ou quando se tenha conferido a esta interpretação tida pelo mesmo STF como inconstitucional” e fazerem uso das palavras de Zavascki para explicar quais os tipos de sentença inconstitucionais que podem ser desconstituídas, levantam ainda a aplicação dos seguintes pressupostos:

- a) que a decisão do STF tenha sido anterior à formação do título judicial; [...]
- b) a lei – cuja inconstitucionalidade já tenha sido proclamada pelo STF – deve ter sido essencial para a procedência do pedido. Se, mesmo afastada a lei tida por inconstitucional pelo STF, persistir a conclusão a que chegara o juiz, não faz sentido acolher-se a impugnação fundada no § 1º do art. 475-L do CPC. [...].
- c) a não-incidência em relação às coisa julgadas anteriores à vigência do dispositivo (DIDIER JR. et al, 2010, p. 378-379).

Theodoro Jr. e Faria também entendem pela aplicabilidade do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil. Entretanto para estes não se faz necessário o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

Com ou sem declaração do STF, estando a sentença em contraste com algum preceito constitucional, estará o juiz da causa credenciado a reconhecer-lhe a nulidade e acolher os embargos do devedor para proclamar-lhe a inexigibilidade, de que cogita o atual parágrafo único do art. 741 do CPC (2008, p. 198).

Ocorre que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a maior parte da doutrina, é pressuposto indispensável para aplicação do artigo 475-L, §1º e parágrafo único do artigo 471 do Código de Processo Civil. A esse respeito, dispõe Zavascki: “a segunda característica qualificadora da inconstitucionalidade que dá ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC, é a de que ela tenha sido reconhecida pelo STF” (2008, p. 377-378). No mesmo sentido é o ensinamento de Talamini, ao dizer que: “É indispensável que a consideração de incompatibilidade funde-se em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal” (2008, p. 134).

A respeito da existência de alguns pressupostos é também o entendimento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. 1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição. 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado. 4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo. [...] (BRASIL, 2010).

Sendo assim, para a doutrina majoritária o disposto no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741 do Código do Processo Civil é constitucional e deve ser aplicado, desde de que atendidos os seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda tenha se fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou que a sentença exequenda tenha se fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal; b) que a sentença exequenda não tenha transitado em julgado antes da vigência dos dispositivos; e c) que a sentença exequenda não tenha transitado em julgado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 3 - RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E O RACIOCÍNIO DA PONDERAÇÃO

3.1. Introdução

No capítulo anterior, verificamos que, no caso da ação rescisória, da *querela nullitatis* e da impugnação da sentença fundada no §1º do artigo 475-L e no parágrafo único do artigo 741 ambos do Código de Processo Civil, a relativização da coisa julgada ocorre porque há regras a serem aplicadas, ou seja, temos a utilização do raciocínio da subsunção, a saber: “premissa maior – norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto” (BARROSO, 2009, p. 358).

Todavia, há determinados casos, extremamente excepcionais, para os quais não existem regras, não obstante a relativização da coisa julgada se faz necessária. Assim, nesses casos, percebe-se que o raciocínio da subsunção não é suficiente, pois não consegue resolver as situações que se tornaram cada vez mais comuns, em virtude da valorização e expansão dos princípios.

Dessa feita, temos que, em casos de conflito entre princípios que não podem ser resolvidos pela aplicação das regras, mediante o raciocínio da subsunção, a relativização da coisa julgada deverá ser analisada mediante a utilização do raciocínio da ponderação. De acordo com esse raciocínio, conforme veremos no item seguinte, deverá o intérprete analisar quais são os princípios que estão em conflito e, no caso concreto, verificar se a segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito, deve ou não prevalecer. Nesse sentido, aliás, há posicionamento doutrinário:

É interessante observar que algum dos principais temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar: (i) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõe o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros [...] (BARROSO, 2009, p. 362).

Diante desse contexto, nos próximos itens deste capítulo, será feita uma análise da atual importância dos princípios no ordenamento jurídico, da interpretação constitucional e sua correlação com a relativização da coisa julgada e, ao final, sobre a questão da coisa julgada inconstitucional.

3.2. A importância dos Princípios: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo

O termo “jusnaturalismo” funda-se na existência de um direito natural, tratando-se de uma corrente filosófica que acompanha o Direito há muitos séculos. Para Nader, “chama-se jusnaturalismo a corrente de pensamento filosófico que reúne todas as idéias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural, sob diferentes orientações” (2004, p. 366).

Barroso define o que se entende por jusnaturalismo, dizendo:

Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (2009, p. 320).

Essa corrente não teve, ao longo da história, uma identidade de pensamento. Todavia, explica Nader que:

Há diversos matizes, que implicam a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: a convicção de que, além do Direito escrito, há uma ordem superior àquela e que é a expressão do Direito Justo. É a idéia do Direito perfeito e por isso deve servir de modelo para o legislador. É o Direito ideal, mas ideal não no sentido utópico, mas um ideal alcançável. A divergência maior na conceituação do Direito Natural está centralizada na origem e fundamentação desse Direito (2004, p. 366).

Assim, podemos dizer que o Direito Natural é: a) um direito universal, pois em qualquer lugar do mundo existe um tipo ideal de valores jurídicos aos quais os homens almejam, ou seja, corresponde à natureza do homem em sua universalidade; b) é um direito imutável no tempo; c) é um direito que estabelece aquilo que é bom; d) é um direito conhecido por meio da razão.

Todavia, no início do século XIX, com o surgimento do Estado Liberal, o direito natural, ao mesmo tempo em que alcançara o seu triunfo, foi ultrapassado pelo positivismo, que consolidou os direitos naturais em textos escritos (BARROSO, 2009, p. 323).

Assim, com o fim do jusnaturalismo, surge o positivismo jurídico, relacionado com a formação do Estado Moderno, momento em que ocorreu, de acordo com Bobbio, “o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (1999, p. 27). É nesse processo que surge a idéia de legislação e, conseqüentemente, o movimento pela sua codificação. Por conseguinte, o Estado passa a ser o único criador do direito. Dessa maneira, para esta corrente doutrinária não existe outro direito que não o posto pelo Estado, que é o denominado “direito positivo” (BOBBIO, 1999).

O positivismo jurídico, nas palavras de Barroso, “foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais” (2009, p. 324).

Ocorre que, sendo o Direito uma ciência, deve basear-se apenas em juízos de fato, e não em juízos de valor. A esse respeito informa Bobbio que:

Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação, o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (1999, p. 135).

Barroso aponta algumas características essenciais do positivismo jurídico, quais sejam:

(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacuna; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão (2009, p. 325).

Além das características apontadas acima, é importante salientar que o positivismo jurídico também era uma corrente que não satisfazia às exigências sociais de justiça, isto é, o valor segurança deveria prevalecer sobre a justiça, que era considerada, conforme explica Nader, “um ideal irracional, acessível apenas pelas vias de emoção”, ou seja, “o positivismo se omitia em relação aos valores” (2004, p. 377). Em seguida, acrescenta Nader que: “Sua atenção se converge apenas para o ser do Direito, para a lei, independentemente de seu conteúdo. Identificando o Direito com a lei, o positivismo é uma porta aberta aos regimes totalitários, seja na fórmula comunista, fascista ou nazista” (2004, p. 377).

Desse modo, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, considerando a lei como uma estrutura meramente formal, bem como a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha levou à decadência do positivismo, nas primeiras décadas do século XX (BARROSO, 2009, p. 327).

Resumidamente, temos que a ascensão do jusnaturalismo está relacionada com o fim do Estado absolutista e triunfo do Estado Liberal, enquanto que a sua decadência está

associada ao movimento de codificação do direito. Enquanto a ascensão do positivismo está vinculada à crença exacerbada no poder do conhecimento científico, ao passo que sua decadência está ligada à derrota do nazi-fascismo no século XX. Logo, todo esse colapso de pensamento levou ao surgimento do movimento denominado *pós-positivismo* (BARROSO, 2009, p. 326-327).

O pós-positivismo, conforme acentua Barroso, “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais” (2009, p. 327).

Logo em seguida, ressalta referido autor que:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples do jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas com uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade (2009, p. 327-328).

Desse modo, é com o pós-positivismo que os princípios passam a ser reconhecidos pela ordem jurídica, ou seja, é com esse movimento que os princípios passam por uma grande transformação e assumem seu “status” de norma jurídica, superando, consoante Barroso, “a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (2009, p. 329), adquirindo uma importância vital para o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, explica Barroso:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete (2009, p. 329).

Por fim, como forma de ratificar a importância conferida aos princípios, invocamos as brilhantes palavras de Bonavides:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de

pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas (2006, p. 289-290).

Dessa feita, o pós-positivismo representa a reaproximação entre Direito e ética, uma vez que este movimento fez com que se deixasse de lado o legalismo estrito do positivismo, sem, no entanto, recorrer à subjetividade presente no jusnaturalismo. Esse movimento tem como principais características a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a centralidade dos direitos fundamentais.

Os princípios, de acordo com Barroso:

Contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas (2009, p. 353-354).

Alexy define os princípios como sendo:

Normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p. 90).

Sendo assim, os princípios, diante de suas peculiaridades, devem ser aplicados mediante ponderação, isto é, o intérprete, à vista do caso concreto, “irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível” (BARROSO, 2009, p. 354). Em outras palavras, deverá o intérprete analisar quais são os princípios que estão em conflito e, no caso concreto, verificar se a segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito e decorrente da coisa julgada, deve ou não prevalecer.

Desse modo, a aplicação dos princípios, consoante explica Barroso, “não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato” (2009, p. 354).

O raciocínio da ponderação, como técnica de interpretação, consiste, conforme explica Barroso, “[...] em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente, quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas” (2009, p. 360).

Referido autor diz que é possível descrever a ponderação como um processo composto por três etapas: a) identificação das normas pertinentes; b) seleção dos fatos relevantes e c) atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão (2009, p. 360-362).

Portanto, conforme ressalta a doutrina, “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica” (BARROSO, 2009, p. 362).

3.3. Da Nova Interpretação Constitucional

3.3.1. Introdução

As normas constitucionais, assim como as normas jurídicas, precisam ser interpretadas, já que tanto as leis obscuras quanto as claras são interpretadas, “pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação” (BARROSO, 2009, p. 109-110). Nesse contexto, a interpretação “é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto” (BARROSO, 2009, p. 107).

A interpretação constitucional tradicional tinha inspiração positivista e tomava a norma, consoante ensina Bonavides, “pelo seu aspecto formal e a interpretava com o rigor técnico-jurídico de uma regra cujo mérito ou conteúdo se lhe afigurava irrelevante do ponto de vista crítico” (2002, p. 426).

Sobre a interpretação constitucional tradicional, é o ensinamento de Barroso:

Assenta-se em um modelo de regras aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva constitucional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais (2009, p. 386).

Dessa forma, as técnicas clássicas, muito embora relevantes, nem sempre são suficientes para uma interpretação constitucional adequada, pois normas dessa natureza exigem que o intérprete exerça um papel criativo na sua concretização, uma vez que não trazem somente um sentido único, objetivo e válido em todas as ocasiões em que se fazem presente (BARROSO, 2009, p. 347-348).

Desse modo, a insuficiência das técnicas clássicas de interpretação constitucional para a solução dos problemas levados ao Poder Judiciário deu origem a essa nova interpretação constitucional, que leva em conta os elementos do caso concreto, os princípios a serem preservados e os fins a serem realizados para definir o conteúdo e aplicação da norma (BARROSO, 2009, p. 348).

Por isso, chegou-se à conclusão de que a Constituição não pode ser interpretada como uma simples lei, haja vista que possui peculiaridades, quais sejam: a) superioridade hierárquica; b) natureza da linguagem; c) conteúdo específico; e d) caráter político (BARROSO, 2009, p. 299-300). Sob este último aspecto – caráter político –, pondera Bonavides, com fundamento na doutrina de Carbone, que “[...] as situações e relações políticas preenchem com respeito às normas constitucionais a mesma função que a prática dos negócios em relação às normas comerciais” (2002, p. 422).

Assim, a nova interpretação constitucional assenta-se, de acordo com Barroso, “[...] em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto” (2009, p. 386).

Para Bonavides, a nova interpretação “deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado Liberal” (2002, p. 434), esclarecendo ainda esse autor que a nova interpretação constitucional:

Redundou assim na busca do sentido mais profundo da Constituição como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contraprestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados (2002, p. 434).

Ainda a respeito da nova interpretação, ensina Bonavides que:

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em um Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição (2002, p. 435).

A doutrina elenca alguns métodos para a realização dessa nova interpretação constitucional: a) método interpretativo da concretização; b) método integrativo ou científico-

espiritual; c) método tópico; entre outros. Por não constituir o objetivo do presente estudo, não faremos uma abordagem aprofundada desses métodos.

Por fim, frisamos que o surgimento da nova interpretação não põe fim às técnicas de interpretação tradicional, uma vez que serão utilizadas em algumas situações, pois em muitas ocasiões a interpretação da norma será feita mediante a aplicação de mera subsunção de determinado fato à norma.

3.3.2. Princípios de Interpretação

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional com a finalidade de orientar a atividade interpretativa. Esses princípios, segundo Barroso, “[...] constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (2009, p. 371).

O rol desses princípios não é taxativo. Entretanto, os mais importantes para o presente trabalho, e que serão estudados nos itens seguintes, são: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da unidade da Constituição; c) princípio da concordância prática ou da harmonização e d) princípio da proporcionalidade.

3.3.2.1. Princípio da Supremacia da Constituição

Pelo princípio da supremacia da Constituição, tem-se que a Constituição situa-se em posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. Assim, de acordo com Barroso, “[...] nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental” (2009, p. 165).

A supremacia da Constituição pode ser dividida em constitucionalidade (ou superlegalidade como prefere Barroso) formal e material. A superlegalidade formal, consoante Barroso, “[...] identifica a Constituição como a fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores”. E a superlegalidade material, ainda conforme esse jurista, “[...] subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição” (2009, p. 168).

No caso de descumprimento dessas prescrições formais e materiais a supremacia da Constituição será garantida pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

É em virtude desse princípio que o magistrado pode, “[...] deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional [...]” (BARROSO, 2009, p. 372).

3.3.2.2. Princípio da Unidade da Constituição

De acordo com princípio da unidade, deve o intérprete analisar a Constituição como um todo, incindível, de forma a evitar, portanto, contradições. Isso porque, trata-se “[...] de uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas” (BARROSO, 2009, p. 202).

Nesse sentido, Motta e Barchet asseveram que: “Ao intérprete cabe esta missão, a de olhar a Constituição como um todo, um bloco único, uma totalidade, para o que deverá buscar harmonizar aquilo que aparentemente for inconciliável” (2007, p. 84). Assim, o intérprete, ao se deparar com contradições, deverá descobrir uma solução jurídica que permita a aplicação harmônica dos princípios que estão em contradição. Para isso o intérprete deverá ter por base a interpretação constitucional, isto é, o intérprete analisará outros princípios e regras de interpretação.

Desse modo, explica Canotilho que:

[...] o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios (1998, p. 1096-1097)

Portanto, o papel do princípio da unidade da constituição, consoante assegura Barroso, “é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas” (2009, p. 206). Além disso, este princípio também tem por incumbência “o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas” (BARROSO, 2009, p. 206).

3.3.2.3. Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização

O princípio da concordância prática ou da harmonização deriva do princípio da unidade da constituição e, por esse princípio, tem-se que a aplicação de um dispositivo constitucional não pode ser feita sob o sacrifício de outro, ou seja, esse princípio, segundo Canotilho, “[...] impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (1998, p. 1098). Isso porque não há hierarquia entre dispositivos constitucionais, ou seja, os bens constitucionais possuem valores iguais, não se podendo admitir que a solução de um problema tenha por base o sacrifício total de um dispositivo em relação aos outros.

Nesse sentido, é o ensinamento de Motta e Barchet:

A aplicação de um dispositivo constitucional não pode ser feita de modo a resultar na perda do valor ou de eficácia de outro. Em caso de conflito (aparente) entre dois dispositivos, a solução deve ser conciliatória (harmônica), reduzindo-se proporcionalmente o alcance jurídico de ambos (2007, p. 87).

Do mesmo modo, é também a doutrina de Canotilho:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não a uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens (1998, p. 1098)

3.3.2.4. Princípio da Proporcionalidade

Antes de analisar o significado da proporcionalidade, cumpre observar que esse princípio também pode ser denominado como princípio da razoabilidade. Nesse sentido, é a ressalva de Barroso, ao explicar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência “[...] costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade” (2009, p. 230). Em outra ocasião, referido autor explica que:

A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo [...]. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito

administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis (2009, p. 374).

Ademais, é importante ressaltar que há quem entenda que não se trata de princípio, mas sim de *máxima da proporcionalidade*. Nesse sentido, é o entendimento de Alexy, que preconiza:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras (2008, p. 117).

Feitas as devidas advertências, passemos então ao estudo do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é aquele que, segundo Araújo e Nunes Jr, “[...] orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma” (2006, p. 89).

Para a caracterização do princípio da proporcionalidade, elenca a doutrina três requisitos que precisam ser preenchidos, quais sejam: a) adequação; b) necessidade ou exigibilidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. É importante salientar que para Bonavides não se trata de requisitos, mas sim de elementos parciais ou subprincípios.

De acordo com Barroso, a adequação “[...] exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”; a necessidade ou exigibilidade “[...] impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados”; e a proporcionalidade em sentido estrito “[...] é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” (2009, p. 235).

O princípio da proporcionalidade tem grande importância em nosso ordenamento constitucional, pois, segundo Bonavides, trata-se de “[...] princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais” (2006, p. 394-395).

O princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição, porém é reconhecido pela doutrina como direito positivo em nosso ordenamento constitucional devido a sua grande importância. Nesse sentido é a doutrina de Bonavides:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (2006, p. 396).

3.3.3. Aplicação prática

Vistas as premissas acima, passaremos a analisar agora alguns casos em que a relativização da coisa julgada é possível, embora não existam regras a serem aplicadas.

Certamente, um dos casos mais lembrados é a possibilidade do ajuizamento de nova ação de investigação de paternidade, quando a anterior fora processada e julgada antes da descoberta do método de DNA. Nessa situação, depara-se o julgador com um conflito entre princípios de relevância constitucional. De um lado, tem-se a coisa julgada inerente à segurança jurídica; de outro, há a pretensão ao reconhecimento de um direito da personalidade e, portanto, um direito indisponível e vitalício, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, deve o magistrado verificar se a medida encontra amparo no princípio da proporcionalidade ou, em outras palavras, verificar se há necessidade, adequação ou proporcionalidade em sentido estrito. A resposta é positiva, já que não há meio menos gravoso para a satisfação da pretensão, o pedido deduzido na respectiva ação mostra-se adequado e há mais ônus do que ônus, pois privilegiar-se-á o reconhecimento de um direito da personalidade, sem prejuízo a terceiros. Sob essa mesma conclusão, é também o entendimento doutrinário de Farias, que faz a seguinte explanação:

Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana* também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Enfim, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício do direito material (2008, p. 79).

Ademais, não poderia o julgador privilegiar tão somente a segurança jurídica decorrente da coisa julgada, em detrimento dos demais princípios. Se o fizesse, estaria ofendendo a unidade da Constituição e deixando de harmonizar os princípios em conflitos.

Encontramos na jurisprudência diversos julgamentos que admitem a relativização da coisa julgada nas ações relativas à filiação após o advento do DNA. No entanto, esses julgamentos, muito embora não sigam o raciocínio desenvolvido, defendem a relativização com base na busca da verdade real e da justiça das decisões. Nesse sentido, são os julgados transcritos abaixo:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não exclua expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. 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". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (BRASIL. 2001).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. REGISTRO PÚBLICO. 1. A busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. Por outro lado, imperativo que os registros públicos traduzam a efetiva realidade das coisas, sempre havendo tempo e infindáveis razões para que a verdade prevaleça ou seja restabelecida. 2. A "coisa julgada" não pode servir para coroar o engodo e a mentira. O caráter de imprescritibilidade e de indisponibilidade da investigatória revela-se incompatível com qualquer restrição decorrente da coisa julgada. O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais. 3. Apelo improvido. Unânime (BRASIL, 1998).

Outro caso que merece destaque é o exemplo levantado por Mazzilli. Referido autor cita o exemplo de uma ação civil julgada improcedente devido ao fato de que o juiz, desconsiderando a perícia, entendeu, erroneamente, que o resíduo emitido pela chaminé de uma fábrica é saudável ou que não causa nenhum mal para o homem. Assim, transitada em julgado a sentença e formada a coisa julgada, será a humanidade condenada a tolerar os resíduos altamente tóxicos e prejudiciais caso haja o decurso “*in albis*” do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, com a conseqüente imutabilidade dos efeitos da sentença. O mesmo pode ocorrer, caso a sentença tenha sido prolatada por corrupção comprovada do juiz. (MAZZILLI, 2009, p. 579).

Desse modo, também temos, nessa situação, um conflito entre princípios de relevância constitucional. De um lado, tem-se a coisa julgada, inerente à segurança jurídica; de outro, há a violação do direito fundamental da pessoa humana ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O intérprete, para relativizar a coisa julgada nesse caso, deverá fazer uso do raciocínio da ponderação, levando em consideração o princípio da proporcionalidade, isto é, deverá verificar se há adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo, para o caso em tela, todos esses requisitos estão presentes, visto que a relativização da coisa julgada mostra-se adequada para alcançar o objetivo de proteger o meio ambiente e a coletividade; representa o meio menos gravoso para satisfazer a pretensão de proteger o meio ambiente e a coletividade; e há mais bônus do que ônus, já que será privilegiado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que é direito de todos os seres humanos, tanto para as presentes quanto das futuras gerações, sem prejuízo a terceiros.

Sendo assim, o intérprete ao se deparar com essa situação deverá relativizar a coisa julgada, pois, caso contrário, ofenderá a unidade da Constituição e deixará de harmonizar os princípios em conflito, uma vez que somente privilegiará a segurança jurídica decorrente da coisa julgada, em detrimento dos demais princípios.

A esse respeito elucidada Mazzilli:

Ora, não se pode admitir coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade. A verdade suprajurídica é a de que não existe nem pode existir o direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio *habitat* do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em detrimento até mesmo de gerações que ainda nem nasceram! (2009, p. 579).

Por fim, cabe frisar que a relativização da coisa julgada, com base no raciocínio da ponderação, somente se justifica em situações excepcionais, como já ressaltamos neste trabalho. Por isso, certamente não pode haver muitos exemplos de sua aplicação, haja vista

que “a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes” (DINAMARCO, 2008, p. 43).

3.4. Da Coisa Julgada Inconstitucional

3.4.1 Controle de Constitucionalidade: linhas gerais

A Constituição Federal por ser rígida, isto é, por possuir um processo de alteração mais difícil, mais complexo, mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais, tem mecanismos próprios para controlar a constitucionalidade dos atos normativos.

Esse controle tem por finalidade descobrir se uma norma infraconstitucional padecerá do vício de inconstitucionalidade, que poderá verificar-se em razão de ato comissivo ou por omissão do Poder Público.

Assim, para Lenza:

Fala-se, então, em inconstitucionalidade por **ação** (positiva ou por atuação), a ensejar a **incompatibilidade vertical** dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição, e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por **omissão**, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de **eficácia limitada**. (2009, p. 160)

A inconstitucionalidade por ação, conforme explica Lenza, pode-se dar por três formas: “a) do ponto de vista **formal**; b) do ponto de vista **material**; c) estamos pensando em uma terceira forma em razão dos escândalos de suposto ‘mensalão’ e ‘mensalino’ para votar em um sentido ou em outro, ‘batizada’ de ‘**vício de decoro parlamentar**’” (2009, p. 160).

O vício formal, que é verificado quando há um vício no processo legislativo de elaboração do ato normativo infraconstitucional, pode ser dividido em: a) inconstitucionalidade formal orgânica, que ocorre quando a competência legislativa para a elaboração do ato não é observada; b) inconstitucionalidade formal propriamente dita, que ocorre quando o devido processo legislativo não é observado e c) inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato (LENZA, 2009, p. 161-163).

O vício material ocorre quando o ato normativo infraconstitucional afrontar a qualquer preceito ou princípio da Constituição, ou seja, diz respeito ao conteúdo.

Por fim, o vício de decoro parlamentar, identificado por Lenza, se dá quando da compra de votos, que faz com que haja uma “mácula” no processo legislativo de formação das emendas constitucionais (LENZA, 2009, p. 165).

O controle poderá ser prévio ou preventivo, que ocorre durante o processo legislativo de criação do ato normativo; ou posterior ou repressivo, que se dá sobre a lei.

No presente trabalho, é importante o estudo do controle posterior ou repressivo, que, no Brasil, se dá por meio do controle jurisdicional, podendo ser realizado pelo Poder Judiciário tanto na forma concentrada (controle concentrado) quanto na forma difusa (controle difuso).

Entende-se por controle difuso aquele que permite a qualquer juiz ou tribunal realizar o controle da constitucionalidade da lei ou ato normativo no caso concreto. Marinoni explica que, no controle difuso:

Mais precisamente, todos os juízes tem o dever de verificar se a lei, invocada pelo autor ou pelo réu ou apenas necessárias à resolução do litígio, é constitucional ou não, possuindo, assim a incumbência de apreciar a questão constitucional de forma incidental no caso concreto (2008, p. 18-19).

Ainda assim, invocamos também a explicação e o exemplo trazido por Lenza sobre o conceito de controle difuso:

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual*. Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou o tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio! (2009, p. 178-179).

Por outro lado, no sistema de controle concentrado, consoante elucida Lenza, “o controle se ‘concentra’ em um ou mais de um (porém em número limitado) órgão. Trata-se de **competência originária** do referido órgão” (2009, p.176).

No caso do controle difuso, os efeitos da sentença que declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo são: a) *inter partes* (somente vale para as partes que litigaram em juízo) e b) *ex tunc* (produz efeitos retroativos, isto é, atinge a lei ou ato normativo desde a sua edição) (LENZA, 2009, p. 181). Todavia, adverte Lenza “que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito *ex nunc* ou *pro futuro*”, com aplicação, por analogia, do artigo 27 da Lei nº. 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (2009, p. 181).

Quando a declaração de inconstitucionalidade for feita pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de controle difuso, somente haverá suspensão da execução da lei, com efeitos *erga omnes*, caso seja editada resolução pelo Senado Federal, nos termos do artigo 52,

inciso X, da Constituição Federal. Nesse caso, os efeitos da resolução serão *ex nunc*, podendo atingir leis federais, estaduais e até municipais (LENZA, 2009, p. 184).

Em se tratando de controle concentrado, a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei produz efeitos *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroage), sendo assim ato nulo. Todavia, poderá ser dado efeito *ex nunc* a esta decisão. Nesse sentido, explica Lenza:

No entanto, acompanhando o direito alemão e o português, dentre outros, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 27, introduziu a técnica da **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade**. Nesse sentido, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de **segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o STF, por maioria qualificada de **2/3** de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Ou seja, diante de tais requisitos, o STF poderá dar **efeito ex nunc** (2009. P. 235).

O parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/99 também concede a esta decisão o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, municipal e distrital.

3.4.2 Relativização da coisa julgada: divergência doutrinária

A problemática que envolve a coisa julgada inconstitucional se dá justamente no fato de que as sentenças que já transitaram em julgado podem ou não ser modificadas após posterior declaração de inconstitucionalidade.

Para alguns doutrinadores, é impossível admitir a relativização da coisa julgada mesmo no caso de decisão de inconstitucionalidade. Nesse sentido, elucida Marinoni:

Ao contrário do que acontece nos sistemas em que o juiz ordinário não pode apreciar a questão constitucional, o juiz e os tribunais brasileiros têm o poder de interpretar a questão constitucional, fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão), completamente autônoma em relação à norma abstrata. Nos sistemas de controle concentrado, em que eventual questão constitucional implica suspensão do processo para o aguardo da decisão do Tribunal Constitucional, o juiz ordinário está proibido de tratar da questão constitucional, podendo, no máximo, aplicar uma lei inconstitucional. E aí está um ponto fundamental para a solução do problema da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada no direito brasileiro (2008, p. 19).

Assim, verifica-se que o juiz tem o dever de verificar a constitucionalidade ou não da lei, mesmo que não haja provocação das partes. Por isso, entende Marinoni que, “quando a alegação de inconstitucionalidade não é feita, a aplicação da lei pelo juiz significa a admissão da sua constitucionalidade” (2008, p. 19). Mais adiante, acrescenta esse autor:

No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade. *A tese da retroatividade de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade.* (2008, p. 21-22).

Marinoni explica ainda que, mesmo no caso do sistema de controle concentrado, exercido mediante ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, a decisão de inconstitucionalidade proferida por este órgão não tem efeito retroativo capaz de atingir a coisa julgada (2008, p. 22-23), fazendo ainda a seguinte advertência:

A eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade não diz respeito ao controle da constitucionalidade das decisões judiciais, mas apenas tão-somente ao controle da constitucionalidade das leis. Embora isto em princípio seja evidente, a tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada muitas vezes esquece que nesta hipótese se está diante do controle da constitucionalidade da lei, e não de um meio de controle da constitucionalidade das decisões judiciais (2008, p. 25).

Nesse sentido, é também o entendimento demonstrado por Greco em uma de suas premissas sobre o tema:

Parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional (2008, p. 260).

Por outro lado, há doutrinadores defendendo que coisa julgada decorrente desse tipo de sentença deve ser relativizada, porque a inconstitucionalidade é um vício grave e que deve ser sanado. Nesse sentido, explica Câmara, ao manifestar que “a inconstitucionalidade é o mais grave vício de que pode padecer um ato jurídico, não sendo possível aceitar a idéia de que o trânsito em julgado de uma sentença contrária a Constituição seja capaz de sanar tal vício que é, à toda evidência, insanável” (2008, p. 31).

Da mesma forma, também pondera Theodoro Jr. e Faria, ao afirmarem:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício de inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a **nulidade**. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é **nula** e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução”

(STJ, Resp 7.556/RO, 3ª T., rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439) (2008, p. 195).

Há também quem entenda que as sentenças fundadas em lei posteriormente declarada inconstitucional são juridicamente inexistentes, e não nulas. Nesse sentido, é a doutrina de Teresa Arruda e Medina:

Não nos parece que a norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar *como se lei nunca tivesse existido*. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivado, a não ser *aparentemente*. Trata-se de postura mais afeita ao direito público e que proporciona, em nosso sentir, a mais adequada compreensão do tema (2008, p. 389).

Em seguida, conclui referidos autores:

A norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional, portanto, é, para nós, norma inexistente juridicamente. É, pura e simplesmente, um *fato jurídico*, cujos efeitos, às vezes, devem ser conservados, em nome de outras normas jurídicas (normas-princípios) e, hoje, além dos princípios, tem-se o apoio expresso e explícito do art. 27 da Lei 9868/99 (2008, p. 389).

Sendo assim, entendem esses autores que, no caso de o pedido atendido tiver por base lei inconstitucional, “[...] seria rigorosamente desnecessária a propositura de ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente)” (2008, p. 388). Assim, de acordo com esses doutrinadores “[...] a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua decisão” (2008, p. 388).

Pelo exposto, percebe-se há grande divergência doutrinária a respeito do tema.

3.4.3. Raciocínio da ponderação e coisa julgada inconstitucional

Não obstante a divergência acima apontada, entendemos que tal problemática, a partir do desenvolvimento da nova interpretação constitucional, pode ser resolvida com fundamento no raciocínio da ponderação, acima desenvolvido.

Isso porque, mesmo ocorrendo ofensa à Constituição Federal, é válido afirmar, a princípio, que a coisa julgada está cumprindo seu papel de pacificação social, evitando a rediscussão dos litígios submetidos ao Judiciário e criando, por isso, segurança jurídica.

Entretanto, se a Constituição Federal fora desrespeitada pela lei em que se baseou a sentença, cabe ao intérprete, uma vez constatado esse fato, analisar quais os bens jurídicos envolvidos e, em seguida, fazer a ponderação entre ambos, ou seja, entre a segurança jurídica e o princípio violado, a fim de verificar qual deles, no caso concreto, deverá prevalecer.

Se o intérprete, utilizando-se da técnica de ponderação, chegar à conclusão de que a segurança jurídica deve ceder, encontrou o fundamento para a relativização da coisa julgada.

Com influência na doutrina de Bastos (1989, p, 202), mencionamos um exemplo que pode facilitar a compreensão: determinado Estado da Federação instituiu, por lei, tributo sobre novo fato gerador, a qual, todavia, vem a ser julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado. Nesse contexto, cabe uma indagação: aquele que teve sua ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária julgada improcedente, com trânsito em julgado já verificado, estará obrigado a efetuar o pagamento? A resposta, a nosso ver, só pode ser negativa. Se referido tributo não será exigido daqueles que não ajuizaram ação – já que a lei que o instituiu fora julgada inconstitucional – também não o poderá ser daquele que, inconformado com tal exação, antecipou-se com a finalidade de obter do Judiciário o reconhecimento de sua pretensão, que lhe foi incorretamente negada.

Ao se aceitar que referido contribuinte seja obrigado a efetuar o pagamento do tributo, com relação ao qual os demais estão dispensados, estar-se-ia criando distinção entre brasileiros que se encontram na mesma situação, o que é vedado pelos artigos 5º, *caput*, e 19, inciso III, ambos da Constituição Federal, que consagram o princípio da isonomia.

A esse respeito, defende Bastos:

À primeira vista poderia parecer que só os que não estão colhidos pela força da coisa julgada é que poderiam reaver as quantias já pagas. Esta não é contudo a solução correta. Aqui vige um princípio com força maior, que é o da isonomia, não se entendendo porque alguns devessem ficar privados da restituição só por terem demandado em juízo. Vê-se assim que a coisa julgada há de ceder toda vez que contra ela sobrelevem razões mais altas e princípios de maior alcance (1989, p. 202).

Nesse específico exemplo, portanto, temos que o princípio da isonomia deve prevalecer sobre o da segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ressaltado na introdução, este trabalho teve como objetivo estudar os casos em que é possível a relativização da coisa julgada.

Concluimos, pois, ante todo o exposto, que a coisa julgada é corolário do princípio da segurança jurídica, e esta, por sua vez, é inerente ao Estado Democrático de Direito. Logo, a coisa julgada material impede que a mesma pretensão seja discutida novamente em outro processo, garantido, assim, ao cidadão a certeza de que terá seu conflito resolvido de forma definitiva. Portanto, em face dessa importância, só poderá ser relativizada em casos extremamente excepcionais.

Desse modo, o nosso ordenamento jurídico, já prevendo algumas hipóteses em que a relativização da coisa julgada seria necessária, estabeleceu regras para que isso ocorresse. Assim, estabeleceu o legislador, por exemplo, as hipóteses do artigo 485 do Código de Processo Civil, que admitem a relativização da coisa julgada por meio da ação rescisória.

Nesses casos, temos que a relativização da coisa julgada é possível porque há regras a serem aplicadas e, portanto, é usado o raciocínio da subsunção, ou seja, havendo a premissa maior [lei que admite a relativização da coisa julgada], incidindo sobre a premissa menor [os fatos expressamente previstas neste dispositivo], tem-se a relativização da coisa julgada, em decorrência da aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto.

Ocorre que há determinados casos para os quais não existem regras a serem aplicadas, não obstante a relativização da coisa julgada se faz necessária.

Sendo assim, concluimos que as regras são insuficientes para resolver todos os litígios submetidos ao Poder Judiciário, razão pela qual o raciocínio da subsunção não consegue satisfazer todas as demandas levadas a juízo.

Em função disso, na inexistência de regras a serem aplicadas, a relativização da coisa julgada - que somente pode ser aceita em casos excepcionais, à luz do caso concreto -, deverá seguir o raciocínio da ponderação, isto é, precisará o intérprete analisar quais são os princípios em conflitos e, no caso concreto, verificar se a segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático de Direito e decorrente da coisa julgada material, deverá ou não prevalecer.

Nessa análise, caberá ao intérprete fazer uso da nova interpretação constitucional, levando-se em consideração: a) o princípio da unidade da Constituição, isto é, o fato de que a Constituição forma um todo incindível e, devido a isso, cabe ao intérprete, frente a uma suposta contradição, descobrir a solução jurídica que permita a aplicação harmônica dos

princípios em conflito; b) o princípio da concordância prática ou harmonização, segundo o qual a aplicação de um dispositivo constitucional não pode ser feito em detrimento completo do outro, visto que não há hierarquia entre normas constitucionais; e c) o princípio da proporcionalidade, que orienta o intérprete na procura da justa medida para cada instituto jurídico. É por este princípio que ocorrerá a ponderação entre os meios empregados e os fins almejados, visto que a interpretação deverá resultar no menor prejuízo ao cidadão quando da escolha da solução a ser dada ao litígio submetido ao Poder Judiciário.

Todavia, para que essa interpretação não caia no subjetivismo, deverá o intérprete verificar o preenchimento dos três requisitos da proporcionalidade, quais sejam: a) adequação: a medida tomada deve ser apta a alcançar os objetivos desejados; b) necessidade: que o meio utilizado seja o menos gravoso para a satisfação dos fins ansiados; e c) proporcionalidade em sentido estrito: que haja um equilíbrio entre o ônus imposto e o benefício trazido pela medida, ou seja, não pode esta causar mais ônus do que bônus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIO, V.S. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARMELIN, Donaldo. **Flexibilização da Coisa Julgada**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 83-114.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, C. R; MARTINS, I. G. **Comentários a Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. In: PINTO, A. L. T; WINDT, M. C. V. S.; CÉSPEDES, L. (Colabs.). 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. (Vade Mecum)

_____. **Código Penal Brasileiro**. In: PINTO, A. L. T; WINDT, M. C. V. S.; CÉSPEDES, L. (Colabs.). 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. (Vade Mecum)

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: PINTO, A. L. T; WINDT, M. C. V. S.; CÉSPEDES, L. (Colabs.). 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. (Vade Mecum)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 445664/AC**, da Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília: 24 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=445664&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 19 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1189619/PE**, da Primeira Seção. Relator: Castro Meira. Brasília: 25 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=art+741&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1#DOC1>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 226436/PR**, da Quarta Turma. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília: 28 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=226436&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 19 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível n. 4640097**. Relator: Valter Xavier. Brasília: 09 de fevereiro de 1998. Disponível em : <<http://juris.tjdft.jus.br/DocJurSisplSegJus/102103/103959.doc>>. Acesso em: 22 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança n. 10527/SC**, da Quinta Turma. Relator: Edson Vidigal. Brasília: 03 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=10527&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 23 out. 2010.

BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editorias, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editorias, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da coisa julgada material**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). Relativização da coisa julgada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 17-37.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 29-67. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/588>>. Acesso em 13 ago. 2009

DIDIER JR., F.; CUNHA, L. J. C. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 3.

_____; et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – Enciclopédia Eletrônica, n. 45, abr. 2008. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_civil/34%20C%C3%A2ndido%20Dinamarco%20%20Relativizar%20a%20coisa%20julgada%20material.doc>. Acesso em 13 ago. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Um Alento ao Futuro: Novo Tratamento da Coisa Julgada nas Ações Relativas à Filiação**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 65-80.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª parte)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **Novo curso de direito processual civil: Processo de Conhecimento (2ª parte) e Procedimentos Especiais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

GRECO, Leonardo. **Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 251-261.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 263-283.

_____. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOTTA FILHO, S. C.; BARCHET, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JR, Nelson. **A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 287-306.

TALAMINI, Eduardo. **Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 115-161.

THEODORO JR., H; FARIA, J. C. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 179-222.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da Sentença**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____; MEDINA, J. M. G. **Relativização da Coisa Julgada**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 385-406.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Inexigibilidade de Sentenças Inconstitucionais**. In: DIDIER JR, Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 371-383).