



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIA DE LOURDES MESQUITA

A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE

SOUSA - PB  
2010

MARIA DE LOURDES MESQUITA

A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Professora Ma. Giorgia Petruce Lacerda e Silva Abrantes.

SOUSA - PB  
2010

MARIA DE LOURDES MESQUITA

A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada ao Centro de  
Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal de Campina Grande  
- UFCG, em cumprimento dos requisitos  
necessários à obtenção do título de  
Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes  
Professor(a) orientador(a)

---

Professor(a)

---

Professor(a)

Dedico este trabalho à minha família e a  
meus amigos, pela constante  
compreensão e incentivos.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus.

À minha Família e aos meus amigos, pela compreensão e incentivos.

Aos meus colegas de curso que comigo compartilharam desta jornada.

À minha orientadora, Giorgia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes, pela paciência, compreensão e sabedoria com que me orientou.

"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 imanentes a qualquer ordem jurídica".  
(Miguel Teixeira de Sousa)

## RESUMO

Na presente pesquisa científica se analisa a desconstituição da coisa julgada à luz do princípio da proporcionalidade. A investigação norteou-se pelos seguintes objetivos: abordar questões imprescindíveis à compreensão do tema, como a coisa julgada, sua definição, espécie, natureza jurídica, efeitos e limites; rever o instituto da relativização da coisa julgada; tratar do embate doutrinário que examina a possibilidade ou impossibilidade de desconstituir a coisa julgada inconstitucional; apresentar os instrumentos indicados pela doutrina para desconstituir a coisa julgada inconstitucional (ação declaratória e impugnação ao cumprimento de sentença, entre outros); observar a aplicação do princípio da proporcionalidade na desconstituição da coisa julgada, recomendando a utilização do mesmo em detrimento do princípio da segurança jurídica, por ser o instrumento mais adequado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional e que melhor garante a harmonia social. A pesquisa compõe-se, em termos de referencial teórico, das obras de renomados doutrinadores nacionais, jurisprudência e informações contidas em artigos especializados publicados em *sites da internet*. Ao alcance da atividade proposta, apresentou-se cabível a utilização dos métodos bibliográfico, exegético-jurídico e a coleta de dados que se efetivou através de pesquisa documental. Cumpre salientar que a temática é relevante, haja vista que é centro de discussões, compondo a atividade legiferante dos processualistas contemporâneos. Enfim, realizada a pesquisa, houve a confirmação do problema e da hipótese elaborados, quais sejam: problema - É possível desconstituir a coisa julgada inconstitucional? Hipótese: Sim, apontando o princípio da proporcionalidade como o instrumento mais adequado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

**Palavras-chave:** Coisa julgada inconstitucional. Relativização. Princípio da proporcionalidade.

## ABSTRACT

In this research analyzes the deconstitution of res judicata in light of the principle of proportionality. The research was guided by the following objectives: to address issues essential to the understanding of the subject, such as res judicata, its definition, species, legal, purposes and limitations, review the Office of the relativization of res judicata; deal with the clash of doctrine which examines the ability or inability to dismantle the thing deemed unconstitutional; present the instruments indicated by the doctrine to dismantle the thing deemed unconstitutional (declaratory action and appeal to the execution of a sentence, among others) to observe the principle of proportionality in deconstitution of res judicata, recommending its use to the detriment of the principle of legal certainty, to be the most appropriate instrument to dismantle the thing deemed unconstitutional and that the best guarantee social harmony. The research consists of, in terms of theoretical framework, the works of renowned national scholars, law and information contained in articles published in specialized websites. The scope of the proposed activity, appeared to use appropriate methods literature, exegetical and legal and collection of data was accomplished through desk research. It should be noted that the topic is relevant, considering that is the center of discussions, making the activity of law-creating contemporary procedural. Finally, the research conducted, there was confirmation of the problem and the situation developed, namely: problem - Is it possible to dismantle the thing deemed unconstitutional? Hypothesis: Yes, pointing to the principle of proportionality as the most appropriate instrument to dismantle the thing deemed unconstitutional.

**Key Word:** Unconstitutional considered thing. Relativization. Desconstitution.

## LISTA DE SIGLAS

ADECON	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação declaratória de inconstitucionalidade
ADPF	Ação de descumprimento de preceito fundamental
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DNA	Ácido desoxirribonucléico
DOU	Diário Oficial da União
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DA COISA JULGADA</b> .....	12
2.1 BREVES NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA.....	12
2.2 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA .....	17
<b>3 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL</b> .....	22
3.1 DA IMPOSSIBILIDADE OU POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIR A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL .....	22
3.2 A RELEVÂNCIA DO EFEITO EX TUNC NA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA.....	25
3.3 INSTRUMENTOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.....	27
3.3.1 A ação rescisória.....	27
3.3.2 A ação declaratória .....	32
3.3.3 A impugnação ao cumprimento da sentença prevista no § 1º, do artigo 475-L do CPC. ....	34
3.3.4 Dos outros instrumentos desconstituidores.....	36
<b>4 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	40
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	40
4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA .....	43
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	51

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem busca resolver suas lides através das mais variadas formas. A criação dos órgãos julgadores, personificados na figura dos juízes, trouxe instrumentos hábeis à promoção dessa resolução pretendida. A partir de então surgiu um novo problema: será que essas decisões proferidas pelos órgãos julgadores estão realmente corretas? E se as mesmas forem incorretas ou injustas, existe algum meio de modificá-las?

Para solucionar a questão os legisladores disciplinaram sobre a existência de ações que, baseando-se em princípios, são capazes de desconstituir as decisões já proferidas nas sentenças. Destarte, a pesquisa ora proposta recairá sobre a coisa julgada, mas não de uma forma generalizada; o trabalho monográfico abordará somente a coisa julgada inconstitucional, gravitando entre os ramos do Direito Processual Civil e do Direito Constitucional. Ademais, a temática posta tem-se mostrado relevante para os operadores do Direito, haja vista que é centro de discussões, fundamentando inúmeros trabalhos de pesquisas e compondo a atividade legiferante dos processualistas contemporâneos.

Com esta investigação objetiva-se proceder ao estudo das transformações ocorridas no processo civil e relativas à desconstituição da coisa julgada inconstitucional; abordar o princípio da proporcionalidade; analisar a coisa julgada e sua relativização no âmbito civil e, ao final, fazer uma apreciação crítica da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, com a finalidade de descobrir qual o meio correto de se alcançar a relativização das sentenças definitivas.

A presente investigação científica primará pelo uso dos métodos bibliográficos e exegético-jurídico (trabalhados através da técnica de pesquisa documental), procurando explicar sobre o problema mediante a análise da literatura já publicada em livros, códigos, jurisprudências, revistas e *sites* e que envolva o tema em comento.

A pesquisa, realizada de forma pura, deverá acrescer no conhecimento do pesquisador, determinando-lhe uma nova postura; a abordagem qualitativa não utilizará critério numérico; por fim quanto aos objetivos a pesquisa será exploratória, facultando o aprimoramento de idéias e ajudando na formulação de hipóteses em pesquisas posteriores.

Assim, primeiramente serão abordados temas imprescindíveis à compreensão do assunto, tais como a coisa julgada e sua definição, suas espécies, a natureza jurídica, seus efeitos e seus limites. Adiante, versar-se-á sobre a relativização da coisa julgada em âmbito geral, assuntos estes considerados pedras de toque no esclarecimento dos instrumentos de desconstituição da coisa julgada.

No capítulo seguinte será analisado o instituto da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, tratando este tópico das teses relativas à impossibilidade ou possibilidade de relativizar a coisa julgada e dos instrumentos que podem ser utilizados para desconstituir as sentenças transitadas em julgado.

Finalmente, atinge-se o cerne principal desta monografia. Neste capítulo será estudado o princípio da proporcionalidade em seus elementos intrínsecos; logo após, verificar-se-á a possibilidade da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, apontando o princípio da proporcionalidade como o mais adequado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional e que melhor garante a harmonia social e trazendo-se à tona casos práticos para melhor exemplificar a temática abordada.

Vale salientar que toda atividade desenvolvida tende à confirmação do problema a ser solucionado nesta pesquisa: É possível desconstituir da coisa julgada inconstitucional? Sendo possível, qual é o instrumento correto a ser utilizado para tal fim, tendo em vista que existem várias ações capazes de ocasionar a relativização da coisa julgada inconstitucional?

Os resultados obtidos com o encerramento da pesquisa deverão ratificar o entendimento firmado acerca do problema apresentado, qual seja: É possível desconstituir a coisa julgada inconstitucional? Hipótese: Sim, é possível desconstituir a coisa julgada inconstitucional com a adoção do princípio da proporcionalidade, já que o mesmo parece ser o mais adequado para manter-se a harmonia do ordenamento jurídico e o equilíbrio das relações sociais.

## 2 DA COISA JULGADA

Antes de adentrar no tema estudado – A desconstituição da coisa julgada à luz do princípio da proporcionalidade – é imperioso tecer diminutas considerações sobre alguns assuntos imprescindíveis à sua compreensão. Assim, serão abordados, em rápido ensaio, alguns aspectos da coisa julgada e sua relativização, enquanto instituto do Direito Processual Civil.

### 2.1 BREVES NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA

De início, é cabível uma sinopse do surgimento e evolução histórica do instituto da coisa julgada. Seu nascimento ocorreu sob uma ótica jusnaturalista, imposta pela própria essência do Direito, que necessitava do dogma da certeza porque sem ela tudo seria ilusório e haveria constante incerteza nas relações sociais. Todavia, esta concepção não prevaleceu na Roma antiga porque os romanos, segundo Siqueira (2003, p. 39) “admitiam a autoridade da *res judicata* como a indiscutibilidade ulterior do bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz”, ou seja, um ponto eminentemente prático e afastado do ideal jusnaturalista.

Com o declínio do Império Romano e o advento da Idade Média, a procura da resolução dos litígios através da via judicial ficou muito reduzida, face à forte influência da Igreja Católica nas relações sociais. Neste período, a coisa julgada não mais se compreendia como uma exigência prática, mas como presunção de verdade daquilo que o juiz, como tal, declarava. Uma vez superada esta fase, surgiram novas doutrinas acerca da coisa julgada e, pela importância que tiveram (servindo de base para as demais), vale mencionar duas delas: a primeira, liderada por Savigny, entendia que a justificativa da coisa julgada estava na necessidade de se prestigiar a autoridade jurisdicional; a segunda, comandada por Pothier, afirmava ser a coisa julgada o principal aspecto do instituto da presunção da verdade, revelando a influência recebida do Código Francês de Napoleão (SIQUEIRA, 2003).

Hodiernamente, vem prevalecendo a opinião de que a coisa julgada é especialmente uma exigência de cunho político, não podendo configura-se uma

simples razão natural. Na realidade, desvenda-se como uma exigência prática, tendo em vista sua utilidade na pacificação social.

Exposada a parte histórica, faz-se necessário abordar a definição do instituto estudado. A conceituação da coisa julgada, trabalhada em diversas teorias, encontra respaldo em duas delas, sendo a primeira liderada por Chiovenda e a segunda por Liebman. Para Chiovenda (*apud* SIQUEIRA, 2003, p. 46) a *res judicata* correspondia à eficácia da sentença que acolhe ou rejeita o pedido, ou seja, a coisa julgada decorreria dos efeitos da sentença. Já Liebman (*apud* SIQUEIRA, 2003, p. 46) via na coisa julgada não só o elemento declaratório da sentença, mas também os elementos constitutivos e condenatórios, não a considerando como efeito da sentença, mas o modo como esta se manifesta e produz seus efeitos.

O atual Código de Processo Civil acolhe a primeira teoria, já que em seu artigo 467 preceitua que: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O juiz, ao decidir, resolve a situação jurídica submetida à sua apreciação. Contudo, assegura-se aos litigantes a possibilidade de impugnar essa decisão judicial, seja por meio de recursos, seja por meio de ações próprias. Não obstante, essa impugnabilidade é limitada no tempo, isto é, a partir de certo momento aquilo que foi decidido torna-se estático, caso contrário, haveria perpetuação da incerteza sobre a situação jurídica dirimida pelo Poder Judiciário. Nesse momento surge, pois, a coisa julgada, que segundo o magistério do processualista Didier Júnior (2007, p. 478):

[...] é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI, CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário. A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isto sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida.

Dinamarco (2003, p. 296), asseverando que em Direito Processual a coisa julgada é imutável, discorre de forma incomparável sobre a sua função:

A função da coisa julgada *tourt court* é a de proporcionar segurança nas relações jurídicas, sabendo-se que a insegurança é gravíssimo fator

perverso que prejudica os negócios, o crédito, as relações familiares e, por isso, a felicidade pessoal das pessoas ou grupos. A imutabilidade da sentença e de seus efeitos é um dos mais importantes pesos responsáveis pelo equilíbrio entre exigências opostas, inerente a todo sistema processual (supra, n. 54): enquanto a garantia do contraditório, o direito à prova, os recursos etc., propiciam o aprimoramento da qualidade dos julgamentos mediante a refletida ponderação do juiz em torno da pretensão e dos pontos duvidosos que a envolvem (Calamadre), a imutabilidade implica pôr um ponto final nos debates e nas dúvidas, oferecendo a solução final destinada a eliminar o conflito ou, ao menos, a extinguir os vínculos inerentes à relação processual.

No que pertine às espécies de coisa julgada, sói dividi-la em coisa julgada formal e coisa julgada material. A primeira é um fenômeno endoprocessual, consubstanciado na imutabilidade da decisão judicial operada dentro do processo em que foi proferida, não sendo mais possível a interposição de qualquer recurso. Já a coisa julgada material é a que alcança a imutabilidade da sentença dentro e fora do processo, ou seja, torna indiscutível a decisão judicial no processo em que foi proferida e em qualquer outro. Entrementes, vale salientar que alguns doutrinadores, como Marinoni (2006, p. 628), atribuem à coisa julgada formal menor relevância, tachando-a de simples modalidade de preclusão, dissociada da verdadeira coisa julgada. Os estudiosos esclarecem que:

Por isso mesmo, a chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida.

No que concerne à natureza jurídica da coisa julgada, há três correntes, elaboradas com diferentes matizes. A primeira corrente, defendida por Pontes de Miranda, Ovídio Baptista e Araken de Assis, assevera que a coisa julgada é um efeito da decisão, ou seja, a coisa julgada está adstrita ao efeito declaratório da sentença. A segunda corrente, perfilhada por Liebman, Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini, Moacyr Amaral Santos, Teresa Arruda Alvim Wanbier, José Miguel Garcia Medina assinala ser a coisa julgada uma qualidade dos efeitos da decisão, isto é, a imutabilidade acobertaria os efeitos da decisão judicial (declaratórios, constitutivos ou condenatórios). Por fim, a terceira e última corrente, seguida por Machado Guimarães, Barbosa Moreira e o próprio Fredie Didier Júnior, assegura que a coisa julgada estabelece uma situação jurídica diante do conteúdo da decisão, consistindo

“na imutabilidade do conteúdo da decisão, do seu comando (dispositivo), que é composto pela norma jurídica concreta. Não há que se falar em imutabilidade dos seus efeitos, vez que estes podem ser como já exposto e exemplificado, disponíveis e, pois, alteráveis” (DIDIER JR, 2007, p. 485).

Quanto aos efeitos da coisa julgada, a melhor doutrina entende que são três: o efeito negativo, o efeito positivo e o efeito preclusivo. O primeiro efeito inerente a coisa julgada é o denominado efeito negativo, segundo o qual é vedado, em processo ulterior, alguém pretender voltar a discutir a declaração transitada em julgado; melhor explicando, impede-se que a matéria já decidida, imutável pela coisa julgada, venha a ser novamente objeto de decisão judicial. Outro efeito da coisa julgada é o efeito positivo, por outro lado, é aquele que vincula os juízes de causas subseqüentes à declaração proferida no processo anterior, já devidamente transitada em julgado. Por fim, convém fazer menção ao efeito preclusivo da coisa julgada, presente no comando do artigo 474 do CPC, *in verbis*:

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

Moreira (1977, p. 100), tecendo considerações sobre esse efeito, define-o de forma precisa, razão pela qual tomam-se dos seus apontamentos:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada.

No que tange aos limites da coisa julgada, convém assinalar que a doutrina os desdobra em dois: limites subjetivos e limites objetivos. Consoante os primeiros, positivados no artigo 472, do CPC, tem-se que a coisa julgada restringe-se, em regra, às partes e seus sucessores. Todavia, sabe-se que terceiros, embora não sendo partes na lide, podem sofrer os efeitos reflexos da sentença quando tiverem interesse jurídico na demanda posta em deslinde e, inclusive, poderiam ter adentrado ao processo na qualidade de assistentes da parte.

Os eminentes processualistas Marinoni (2006, p. 639), diferenciando terceiros interessados de terceiros desinteressados e, ainda, fazendo explanação

quanto ao efeito da coisa julgada em relação aos primeiros, sintetizam seu raciocínio nesses termos:

Resumindo: aqueles que não são partes do litígio, e assim não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade para ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte (por exemplo: o sublocatário na condição de assistente simples do locatário) ou manifestar oposição aos efeitos da sentença. Se o terceiro não é juridicamente interessado, como o amigo ou o credor do locatário, e justamente por essa razão não têm legitimidade para ingressar no processo em que se discute o despejo, ele sofre "naturalmente" os efeitos da sentença, os quais são imutáveis, e chamados em razão da sua natureza de "efeitos naturais da sentença". Em outros termos: a sentença produz, em relação aos terceiros que não têm interesse jurídico, efeitos denominados de "naturais", os quais são inafastáveis e imutáveis. (grifos do autor).

Por seu turno, os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito a quais aspectos da sentença que são abrangidos pela coisa julgada. A doutrina, em um só coro, adverte que a coisa julgada incide sobre a declaração contida na decisão, logo, conclui-se que sua incidência abrange o dispositivo da sentença. Em reforço, também se chega a essa conclusão ao interpretar-se, *a contrario sensu*, o artigo 469 do CPC, que relaciona os aspectos da sentença que não são alcançados pela coisa julgada.

Em interessante ensaio, o professor Dinamarco (2003, p. 303), além de reiterar o acima exposto, defende que, mesmo que inexistisse norma positivada, a autoridade da *res judicata* estaria restrita ao dispositivo, em face da sua finalidade (evitar conflitos práticos de julgados):

Somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças de mérito fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ela se apóia. Essa regra é enunciada por exclusão nos três incisos do art. 469 do Código de Processo Civil [...]. Ainda que nada dispusesse a lei de modo explícito, o confinamento da autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença é inerente à própria natureza do instituto e a sua finalidade de evitar conflitos práticos de julgados, não meros conflitos teóricos.

Segundo pode-se subtrair do posicionamento do doutrinador supracitado, somente o preceito concreto que está contido na parte dispositiva das sentenças

ficarão protegidos pela coisa julgada, desta feita, os fundamentos que deram ensejo a decisão judicial poderão ser modificados, não se tornando imutáveis.

## 2.2 DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

É cediço que a relativização da coisa julgada no Direito Processual Civil brasileiro já existia, manejada através do instrumento processual denominado ação rescisória, autorizado tão somente nas hipóteses expressamente previstas no rol do artigo 485 do CPC e, ainda, desde que interposta dentro do prazo bienal (artigo 495, CPC). Nessa perspectiva, a inovação consiste na possibilidade de relativização da coisa julgada depois de ultrapassado o prazo de dois anos, assim como em hipóteses não previstas em lei (artigo 485, CPC).

As discussões a respeito da relativização da coisa julgada tiveram origem em hipóteses reais, que bateram às portas do Poder Judiciário e demandaram urgente solução, visando concluir-se pela autoridade da coisa julgada, sem prejuízo da segurança jurídica e, principalmente, sem conduzir à perenização dos conflitos e eclosão de injustiças. Com efeito, tais discussões surgiram a partir da constatação de que existem exceções à regra da imutabilidade da coisa julgada, baseadas em princípios igualmente relevantes para a produção da Justiça.

Tais casos práticos obrigaram toda a comunidade jurídica a repensar os valores pertinentes e questionar a Justiça da coisa julgada frente aos diversos princípios norteadores do Direito – proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, entre outros. As demandas se referiam, por exemplo, à indenização por desapropriação baseada em perícia incorreta ou corrupta, que atestou supervalorização de terra a ser desapropriada pela União; e nas ações de investigação de paternidade já decididas e transitadas sem realização de exame de ácido desoxirribonucléico (DNA), porque inexistente essa possibilidade clínica à época da contenda judicial. O primeiro baluarte a favor da relativização da coisa julgada material foi erguido pelo ministro Delgado (2000) que expôs:

[...] não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta

pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Igualmente, o persuasivo processualista Dinamarco (2003, p. 307), de longa data, também compartilha desse entendimento. Além de artigos e obra específica sobre o assunto, aborda o tema em “Os resultados do processo civil e sua imunização: coisa julgada material”, verberando:

As impossibilidades jurídico-constitucionais são o resultado de um equilibrado juízo comparativo entre a relevância ético-política da coisa julgada material como fator de segurança jurídica (supra, nn. 952 e 954) e a grandeza de outros valores humanos éticos e políticos, alçados à dignidade de garantia constitucional tanto quanto ela. A partir dessa premissa, começa a surgir na doutrina brasileira e em algumas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal a consciência de uma coisa julgada inconstitucional (José Augusto Delgado), assim inquinada pela contrariedade a alguma garantia constitucional de significado tão elevado quanto a *auctoritas rei judicatae* ou até de maior relevância que a segurança nas relações jurídicas. Por isso, não ficam imunizadas as sentenças que transgridam frontalmente um desses valores, porque não se legitima que, para evitar a perenização de conflitos, se perenizem inconstitucionalidades de extrema gravidade, ou injustiças intoleráveis e manifestas. Obviamente, são excepcionalíssimos os casos em que, por um confronto de aberrante magnitude com a ordem constitucional, a autoridade do julgado merece ser assim mitigada – porque a generalização das regras atenuadoras de seus rigores equivaleria a transgredir a garantia constitucional da *res judicatae* e assim negar valor ao legítimo desiderato de segurança nas relações jurídicas, nela consagrado.

Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. No mesmo compasso, parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, escorada na lição da doutrina supramencionada, vem acolhendo a citada relativização, consoante se colhe de recente voto, da lavra da Ministra Denise Arruda proferido em Recurso Especial, onde existem dúvidas sobre a titularidade de um bem imóvel indenizado em uma Ação Indireta com sentença transitada em julgado.

O caso em tela é relativo à hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à

localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão. Segundo se extrai do voto da eminente jurista:

**PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.**

**"A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada." (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25) 4. "A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas." (DINAMARCO, Cândido Rangel. 'Coisa Julgada Inconstitucional' — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65) 5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.**

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

Recurso especial desprovido. (REsp 622.405/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.08.2007, DJ 20.09.2007 p. 221) (grifos do autor).

Impende salientar, contudo, que há posicionamento contrário à tese da relativização da coisa julgada. Assim Ovídio A. Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni (2007) fundam seu entendimento, em síntese, no fato de que este critério - justiça das decisões - é muito subjetivo e frágil, permitindo questionar a sentença do segundo processo, que relativizou a coisa julgada material do precedente e também

poderia ser injusta, ensejando nova relativização e acarretando a perpetuação das lides, tudo contrário à noção de certeza e segurança das relações jurídicas inerente à coisa julgada material. Nas palavras de Silva (2003, p. 11):

Suponho desnecessário sustentar que a 'injustiça da sentença' nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através de séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais que uma vez questionada como injusta; e assim 'ad eternum', sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e 'pluralista' quanto a valores. (grifos do autor).

No mesmo sentido, complementa Marinoni (2004, p. 14):

[...] a falta de critérios seguros e racionais para a 'relativização' da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua desconsideração, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça. [...] Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de 'relativizar' a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação justa. (grifos do autor).

Desta feita, e de acordo com o pensamento doutrinário acima exposto, seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada, que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como se vencer o caos social que se instalaria; a regra do artigo 468 do Código de Processo Civil é libertadora, pois assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do CPC é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no artigo 485.

No Superior Tribunal de Justiça também existe resistência à tese da relativização da coisa julgada, eis que é dada prevalência ao princípio da segurança jurídica, consoante se depreende do aresto exposto, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO. ERRO MATERIAL. REVISÃO DOS CÁLCULOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. A homologação dos cálculos não os torna imunes de impugnação quando verificado erro material, pois é cediço nesta Corte que "o erro material não transita em julgado, podendo ser corrigido a qualquer tempo pelo juiz ou Tribunal de onde se originou a decisão" (REsp 545292, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 24/11/2003).

2. Deveras, não obstante a liquidação não possa se afastar do julgado, os cálculos que infringem esse preceito, posto basearem-se em premissas falsas, são corrigíveis como erros materiais. Aliás, não foi por outra razão que a lei estabeleceu que o juiz e, a fortiori, os tribunais, podem rever decisões judiciais em embargos de declaração ou quando instados a verificação de "erros materiais", esses em qualquer prazo, **o que afasta a alegada relativização da coisa julgada, que, mercê de violentar a segurança jurídica constitucional atenta contra um dos pilares da Jurisdição que distingue e caracteriza o Poder Judiciário.**

3. In casu, impende salientar que o juízo acolheu a retificação dos mesmos cálculos a pedido da CEF e se não fizesse quanto à parte contrária geraria tratamento anti-isonômico vedado pelo art. 125 do CPC.

4. Sob esse ângulo, assim como a CEF não pode ser instada a pagar valor maior do que o devido, em razão de simples erro de cálculo, também não é lícito beneficiar-se em razão do erro material a menor.

5. Recurso especial improvido." (REsp 694.374/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.11.2005, DJ 28.11.2005 p. 209) (grifos do autor).

Verifica-se, através do presente capítulo, que a relativização da coisa julgada não esta vislumbrada apenas nas teorias de iminentes doutrinadores, mas é parte concreta nas decisões dos tribunais pátrios. Interessante é, ainda, avaliar juridicamente como esta relativização ou desconstituição está sendo efetuada nos tribunais e quais são os instrumentos e princípios utilizados por estes para a resolução destes conflitos que, de certa forma, estão pondo fim a toda segurança jurídica existente quando do trânsito em julgado de uma sentença.

### 3 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Como é cediço, coisa julgada inconstitucional é a denominação utilizada para designar-se a decisão já transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de desconstituição dessa coisa julgada inconstitucional. A primeira corrente defende a impossibilidade de desconstituição, ante a supremacia do princípio da segurança jurídica. A segunda corrente, por entender da prevalência do princípio da constitucionalidade, defende a possibilidade de desconstituição.

Para melhor entender essa celeuma, serão tecidos comentários mais minudentes sobre as correntes que defendem ou rejeitam a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, bem como sobre quais os instrumentos utilizados para a consecução de tal finalidade.

#### 3.1 DA IMPOSSIBILIDADE OU POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIR A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Primeiramente, cumpre salientar que considerável parte da doutrina resiste à tese de relativização da coisa julgada inconstitucional e sua conseqüente desconstituição. Com efeito, há autores de peso, a exemplo de Marinoni (2006, p. 666) defendendo que a coisa julgada é imune aos efeitos *ex tunc* das ações declaratórias de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, senão veja-se:

**Acontece que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar – aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade**, e, assim, mesmo antes do art. 27, da lei 9.868/99 – que, na realidade, com ela não tem relação -, já era imune de tais efeitos. Clèmerson Merlin Lieve, em livro publicado em 1995, já dizia que **“a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade”**, enquanto que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, muito antes de 1999, frisou que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro contempla **“uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada**. Embora a doutrina não se refira a essa

peculiaridade, [prevista no texto constitucional desde 1969] tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, § 3º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão". (Grifos nosso).

Para compreender o alcance da lição dos eminentes processualistas, convém voltar os olhos ao que dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços 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.

Esse artigo traduz o que o Supremo Tribunal Federal já convencionou denominar princípio da modulação dos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade, por meio do qual é possível à Corte Suprema, após votação qualificada e atendendo a razões de segurança jurídica ou relevante interesse social modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que os mesmos tenham eficácia com trânsito em julgado da sentença ou em outro momento a ser fixado na mesma.

Contudo, na opinião desses perspicazes processualistas (Marinoni e Arenhart), o referido artigo não autoriza a interpretação de que a coisa julgada será atingida pelos efeitos *ex tunc*, se não for expressamente feita tal ressalva na decisão de inconstitucionalidade. Ao reverso, alega-se que o artigo toma inspiração no artigo 284, § 4º da Constituição Portuguesa, que apesar de admitir a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, não parte da premissa de que a ressalva da coisa julgada material depende de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Assim, para esclarecer o abordado, tais doutrinadores servem-se da lição do luso processualista Canotilho (*apud* MARINONI, 2006, p. 667) que explica:

[...] quando a Constituição [portuguesa] (art. 282º, 3) estabelecesse a ressalva dos casos julgados isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são nulas nem reversíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a

declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram força de caso julgado. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeito constitutivo da intangibilidade do caso julgado [...] Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito.

Assim, parece que os autores citados pugnam a que a doutrina brasileira siga o mesmo caminho trilhado pela doutrina portuguesa, isto é, imponha um limite ao efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, consubstanciado na coisa julgada. Na mesma linha de raciocínio, o jurista Nery Jr. igualmente defende que a coisa julgada tem fundamento constitucional (artigo 5.º, XXXVI; e artigo 1.º, CF/88) e é cláusula pétrea, não podendo alterar-se sequer por emenda constitucional (artigo 60, § 4.º, I e IV, CF/88), logo, os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada. Greco (2007) também compartilha desse entendimento, quando afirma que:

Entre nós, parece-me inteiramente acertada a opinião de HELENA DE ARAÚJO LOPES XAVIER, para quem a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando os efeitos dos atos praticados no passado, salvo, com relação à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito [...]. Com essas premissas, parece-me claro que a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade 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 questão constitucional. A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF.

Em suma, aqueles que defendem a impossibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional tem por fundamento a prevalência do princípio da segurança jurídica (imune aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade) proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade.

Relativamente à possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, para alguns doutrinadores que defendem a primazia do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da segurança jurídica, esta deve ser desconstituída para garantir-se a integridade das normas constitucionais. Com efeito, o Ministro Delgado (2000), que de longa data defende a relativização da coisa julgada inconstitucional, informou, em palestra proferida na cidade de Natal/RN que:

[...] não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Assim, propõe-se alguns instrumentos aptos à referida desconstituição. Nesse prisma, após fazer análise dos efeitos das ações declaratórias de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, convém enumerar os instrumentos de desconstituição da coisa julgada inconstitucional: a) a ação rescisória; b) a impugnação, prevista no § 1º do artigo 475-L do CPC; c) a ação declaratória.

### 3.2 A RELEVÂNCIA DO EFEITO *EX TUNC* NA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

É cediço que a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes. Abstraídos os dois últimos, proceder-se-á ao estudo do primeiro, ou seja, da retroação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. É assente, no direito brasileiro, que a decisão proferida em tais ações surte efeitos *ex tunc* e, por conseguinte, retroage até o momento de edição da lei. Atribui-se, portanto, natureza declaratória a tal decisão, assinalando-se que a sentença proferida com base em lei declarada inconstitucional seria nula de pleno direito. Nesse ponto, Buzaid (*apud* FERRARI, 2004, p. 276) assinala:

[...] quando o julgamento do Supremo Tribunal Federal é proferido em uma ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia do julgado é retroativa, abrangendo todos os atos praticados sob o império da lei declarada inconstitucional, retroagindo, portanto, *ex tunc* à data da publicação da lei ou ato, e isto porque, segundo o autor, se chegaria à conclusão "verdadeiramente paradoxal de que a validade da lei *si et in quantum* tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado; ou, em outros termos, considerar-se-iam válidos atos praticados sob o império de uma lei nula. Portanto, todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de

sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória".(grifos do autor).

Todavia, há quem defenda possuir tal decisão natureza constitutiva, sob a alegação de que a sentença fundada em lei declarada inconstitucional, embora inválida, é eficaz até o momento da declaração de inconstitucionalidade, eis que produziu efeitos no plano fático. Nesse sentido há interessante aresto, da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nery da Silveira, proferida na Representação n.º 1.418-5/RS e datado de 25.03.1988, *in verbis*:

Se, em linha de princípio, como analisarei adiante, as "leis de efetivação" são inconstitucionais, é indiscutível constituir, entretanto, questão melindrosa a que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes de seu cumprimento. Distintas, na ciência do direito, a validade e a eficácia da norma jurídica – embora inválida a regra constitucional, poderá, por sua vez, no plano dos fatos, ser eficaz, consoante sucede quando a lei inconstitucional é cumprida por seus destinatários ou aplicada pela Administração. Não sem freqüência, há os que se opõem, nesse sentido, diante das circunstâncias, restrições ao princípio de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, e não só a partir da data em que é assim judicialmente declarada, ou como também se expressou, entre nós, a fórmula *null and void*, irrita e nenhuma. Para quem dessa forma entende, embora infringente da constituição, o ato legislativo assim marcado é um fato eficaz (*it is na operative fact*), "ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar". Estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que "assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário", no plano do direito público igual providência cabe quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na esfera do direito privado, em determinados casos, o ato aparente, entende essa doutrina, ao não qualificar, desde logo, como nula e nenhuma a lei inconstitucional, que importa seja estendida aos atos em desconformidade com a constituição, praticados com apoio em norma com tal mácula, certa proteção. Se, na ordem privatista, dentre outras razões, argúi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio, posteriormente, a declarar nulo, no direito público raciocina-se "com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados"(grifos do autor).

Diante dessa conjectura, surge a pergunta: quais seriam, pois, os meios de desconstituir a coisa julgada fundada em lei declarada inconstitucional? Respondendo a esta indagação pode-se dizer que seriam a ação rescisória, a ação declaratória e a impugnação ao cumprimento de sentença, entre outros instrumentos passíveis de desconstituir a coisa julgada.

### 3.3 INSTRUMENTOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Como já aludido precedentemente, para aqueles que aceitam a relativização da coisa julgada inconstitucional existem instrumentos aptos a desconstituí-la e, também nesse ponto, se dividem os posicionamentos. Para uma primeira corrente, sob cuja autoridade repousam as decisões do STF, o instrumento adequado seria a ação rescisória, já positivada no artigo 485 do CPC. Por outro lado, a segunda corrente (da qual a professora Teresa Arruda Alvim é partidária) defende que o meio apto a desconstituir a coisa julgada é a ação declaratória.

Há, ainda, os que se referem à utilização da impugnação ao cumprimento de sentença, prevista no § 1º do artigo 475-I do CPC, como instrumento desconstituidor de título executivo judicial, advindo de sentença condenatória transitada em julgado, a exemplo do processualista de vanguarda Fredie Didier Júnior. Por fim, existem ainda os que defendem a utilização de qualquer instrumento para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, neles incluindo-se o professor Ivo Dantas.

#### 3.3.1 A ação rescisória

A ação rescisória é espécie de ação de impugnação autônoma que instaura um novo processo, visando desconstituir a coisa julgada material, ora por motivos de invalidade, ora por motivos de injustiça. Para sua interposição é imprescindível a conjugação de alguns requisitos: a) que haja uma decisão de mérito, com trânsito em julgado; b) que estejam presentes algumas das hipóteses elencadas no artigo 485 do CPC; e c) que seja interposta no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença que se quer rescindir.

O rol do artigo 485 do CPC é tido como taxativo, não admitindo interpretação extensiva ou analógica. Aliás, esse é o entendimento assente na doutrina, segundo assinala Bueno (*apud* Didier Júnior, 2007, p. 294) “o rol do art. 485 é taxativo. Não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento, tranqüilo em

doutrina e jurisprudência, afina-se à proteção constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)".

Em que pese tal entendimento, esclareça-se, desde logo, que a maioria dos que aceitam relativizar a coisa julgada inconstitucional defende a utilização da ação rescisória para tal desiderato. Com efeito, se entende que o meio impugnatório para a desconstituição de sentença transitada em julgado, no sistema processual brasileiro, seria apenas a ação rescisória, disciplinada pelos artigos 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Destarte, sua opinião se estriba na hipótese autorizativa contida no artigo 485, V do CPC, que preceitua o cabimento da rescisória para desconstituir a sentença de mérito que viola frontalmente qualquer disposição legal. Desta forma, em se admitindo tal linha de inteligência, para que fosse expurgada do mundo jurídico a sentença ferida do vício da coisa julgada inconstitucional, tal provimento deveria ser impugnado no prazo de 02 (dois anos) após passar em julgado, pois o artigo 495 da Lei dos Ritos estabelece este lapso temporal. A propósito, do tema é imperiosa a transcrição de parte do artigo do professor Dinamarco (2001, p. 40), que informa:

Outra legítima abertura ao reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada em casos extremos pode e deve ser o redimensionamento da ação rescisória e dos limites de sua admissibilidade. Ela é tradicionalmente apontada como um remédio rigorosamente extraordinário de infringência à coisa julgada material, reputada esta um valor a ser preservado a todo custo sujeito a questionamentos apenas em casos verdadeiramente extraordinários. O rol das hipóteses de sua admissibilidade é um *numerus clausus* (CPC, art. 485) e os tribunais brasileiros esmeram-se em afunilar a interpretação de cada um dos incisos que tipificam as hipóteses de sua admissibilidade, sempre assumida a premissa da prevalência do valor da segurança jurídica. Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, contudo, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm — ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento da outra etc.

Ademais, a jurisprudência pátria tem caminhado no sentido da admissão de ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional após exaurido o referido prazo bienal. Essa aplicação tem por base a primazia do princípio da economia processual, uma vez que as nulidades absolutas podem ser

reconhecidas de ofício pelo julgador e impugnadas a qualquer tempo. Corrobora desse entendimento o professor Tesheiner (2007), afirmando:

a) Também não ofende a Constituição a ação rescisória, pois não há retroatividade quando se rescinde a sentença, proferindo-se novo julgamento, com base na mesma legislação existente no tempo da rescisão rescindida. Nem se precisa lançar mão do argumento de que a própria Constituição contém referência à ação rescisória.

b) A ação rescisória poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se entendesse essencial a existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição como se ela apenas protegesse a chamada coisa soberanamente julgada, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevocáveis pelo decurso do tempo. Mas a proteção constitucional a coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevocáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material.

Acerca do tema, Theodoro Júnior (2002, p. 126) ensinam:

Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade de coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo o vício de citação.

Em reforço, Theodoro Júnior (2002, p. 127) ainda traz à baila um aresto do Supremo Tribunal Federal, de imprescindível transcrição:

Rescisória. Sentença nula. Defeito da citação. Dispensa Rescisória. Não há prazo decadencial. Para a hipótese do art. 741, I, do atual CPC, que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no Direito positivo brasileiro, a querela nullitatis, o que implica dizer a nulidade independentemente de prazo para a propositura da ação rescisória que, a rigor, não é cabível para essa hipótese (STF, RE 97.589, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJU 03/06/1982, p. 7.883).

Na interpretação do artigo 485, V do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão de sentença que "violar literal disposição de lei", a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. Na esteira desse entendimento editou-se a Súmula 343/STF, segundo a qual "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e de legitimidade, e cuja guarda é a missão primeira do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). Por essa razão a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta.

Essa é, portanto, a orientação a ser seguida nos casos de ação rescisória fundada no art. 485, V do CPC: em se tratando de norma infraconstitucional, não se considera existente "violação a literal disposição de lei", e, portanto, não se admite ação rescisória, quando "a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais" (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de texto constitucional.

A orientação revela duas preocupações fundamentais da Corte Suprema: a primeira é a de preservar, em qualquer circunstância, a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários; a segunda, a de preservar a sua autoridade de guardião da Constituição. Esses os valores dos quais deve se lançar mão para solucionar os problemas atinentes à rescisão de julgados em matéria constitucional.

Assim sendo, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja literal violação a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343 por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.

Pelo acima exposto pode-se verificar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a ação rescisória como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, com suporte no artigo 485, V do CPC, desconsiderando a Súmula 343 (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 STF, ou seja, baseando-se no fato de que a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei

ou que lhe negue a vigência, supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória, ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional. Nesse diapasão, convém transcrever-se o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. DESCONSTITUIÇÃO DOS EFEITOS PRETÉRITOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, TENDO EM VISTA A POSTERIOR DECLARAÇÃO PELO STF, EM CONTROLE DIFUSO, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM QUE SE FUNDA. IMPRESCINDIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DAS NORMAS PELO SENADO FEDERAL. MODIFICAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO QUE FAZ CESSAR, DESDE A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO, AUTOMATICAMENTE, A FORÇA VINCULANTE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL.

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF.

3. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

4. Em nosso sistema, as decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade, ainda que pelo STF, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. Não afetam, por isso, de forma automática, como decorrência de sua simples prolação, eventuais sentenças transitadas em julgado em sentido contrário, para cuja desconstituição é indispensável o ajuizamento de ação rescisória.

5. A edição de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução das normas declaradas inconstitucionais, contudo, confere à decisão *in concreto* efeitos *erga omnes*, universalizando o reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo, e acarretando, a partir de seu advento, mudança no estado de direito capaz de sustar a eficácia vinculante da coisa julgada, submetida, nas relações jurídicas de trato sucessivo, à cláusula *rebus sic stantibus*.

6. No caso concreto, tem-se ação ordinária por meio da qual se busca desconstituir os efeitos pretéritos da aplicação do art. 3º, I, da Lei 7.787/89, emanados de sentença transitada em julgado, invocando a posterior declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso. Uma vez esgotado, porém, o prazo para a propositura da ação rescisória, tal intento é inviável.

7. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 686.058/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19.10.2006, DJ 16.11.2006 p. 220) (Grifo do autor).

Como se vê, para essa corrente doutrinária a ação rescisória, obedecido ou não o prazo bienal ditado pelo artigo 495 do CPC, seria o instrumento positivado e hábil a desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

### 3.3.2 A ação declaratória

Tem-se disseminado o entendimento de que a ação declaratória seria o instrumento apto a desconstituir a coisa julgada inconstitucional, em detrimento da ação rescisória antes referida. Os defensores dessa tese servem-se de três argumentos: a ação rescisória tem como pressuposto a existência de uma sentença, que por ela seria desconstituída; uma sentença baseada em lei declarada inconstitucional é sentença sem dispositivo, ou seja é uma não-sentença e, por conseqüência, não estaria preenchido o requisito do *caput* do artigo 485 do CPC que exige, para a interposição da ação rescisória "sentença de mérito, transitada em julgado" e a manutenção da unidade, da coerência e da racionalidade do sistema jurídico exige que a declaração de inconstitucionalidade, com efeito retroativo, torne a lei inexistente desde o momento de sua promulgação. Gonçalves (2002, p. 536) discorrendo sobre o assunto, resume a questão da seguinte forma:

Sendo assim, considerando que a "lei" declarada inconstitucional é considerada inexistente desde o seu nascimento; considerando que uma "sentença" em cuja conclusão se realiza uma subsunção com base em lei

inexistente, na verdade, não possui o elemento dispositivo, já que não se constrói algo com base no nada; considerando que sentença sem conclusão é sentença inexistente juridicamente e; considerando que o mecanismo de controle de constitucionalidade tem como finalidade a manutenção da unidade, da racionalidade, da coerência e da lógica do sistema jurídico, entendemos não ser a ação rescisória o mecanismo adequado para se impugnar essa "sentença". (grifos do autor).

A ação declaratória de inexistência se consubstancia, portanto, a nosso ver, no meio mais adequado para se afastar os efeitos de "sentença" baseada em "lei" declarada inconstitucional. Não só porque inexiste sentença, pelo que bastaria a declaração de sua inexistência, como também, porque, como visto acima, a ação declaratória é imprescritível, o que permitiria que abrangesse todas as decisões que se basearam na lei inconstitucional, tornando-a mais de acordo às finalidades da declaração de inconstitucionalidade de lei.

Os processualistas Wambier (2003, p. 38-39) também são favoráveis à utilização da ação declaratória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, assinalando que:

[...] segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria unicamente inexistente, pois que baseada em "lei" que não é lei (lei inexistente). Portanto, em nosso entender a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão neste sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade de coisa julgada. O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação de sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do artigo 495 do CPC. (grifos do autor).

O mesmo autor, supedaneando a idéia exposta, colacionam o aresto do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. TITULARIDADE. NOMEAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO ATO. ADVENTO DA LC 183/99. EFEITOS "EX TUNC" E "ERGA OMNES" DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A superveniência da LC nº 183/99, conferindo ao Governador do Estado de Santa Catarina a atribuição exclusiva de prover e desprover os cargos das serventias extrajudiciais, não afasta a competência do Presidente do Tribunal de Justiça para desconstituir ato seu, nomeando os respectivos titulares sem concurso público, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF. 2. Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base

nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido. 3. Afronta à CF, arts. 2º e 102, I, "a", não configurada. 4. Embargos rejeitados.

Sendo assim, consoante a posição tomada pelos autores citados, a sentença fundada numa lei que, posteriormente, foi declarada inconstitucional em sede de controle de constitucionalidade é sentença inexistente, podendo ser impugnada a qualquer tempo, por meio de ação declaratória de inexistência de coisa julgada, pois que a ela não se aplica o prazo preclusivo previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil.

### 3.3.3 A impugnação ao cumprimento da sentença prevista no § 1º, do artigo 475-L do CPC.

Além da ação rescisória e da ação declaratória, existe outro instrumento, aceito pela doutrina e jurisprudência, capaz de desconstituir a coisa julgada, trata-se da ação de impugnação ao cumprimento de sentença que está prescrita no artigo 475-L, § 1º do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.232/2005, *in verbis*:

Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional 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.

Por esse dispositivo, tem-se que o título executivo judicial produzido com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seria inexigível. Por exemplo: se um determinado contribuinte interpõe uma ação de repetição de indébito visando perceber valores indevidamente cobrados pelo Estado com base na lei "x" e, após longo trâmite processual, tem seu pedido julgado procedente, vindo a sentença a transitar em julgado, em tese obteria título executivo judicial hábil ao alcance do ressarcimento pelo valor pago indevidamente. Todavia, logo em seguida, o Supremo Tribunal Federal decide, em sede de ADIN, que a lei "x" é inconstitucional e, com base no comando do § 1º do artigo 475-L do CPC,

poderia o Estado impugnar o cumprimento da sentença, com suporte na inexigibilidade do título. Pelo exposto, observa-se que a impugnação transmudar-se-ia em meio desconstitutivo da coisa julgada material. Não é outro o entendimento de Didier Júnior (2007, p. 465), *ad litteram*:

O § 1º do art. 475-L do CPC traz mais uma hipótese de desconstituição da coisa julgada material, tendo em vista que permite 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 este preceito interpretação tida pelo mesmo STF como inconstitucional. Dessa forma, em casos tais, admite-se a rescisão da sentença pelo acolhimento de argumento de defesa deduzido na impugnação.

Em seguida, o processualista assegura a existência da impugnação da sentença, informando, contudo, que a mesma está condicionada ao preenchimento dos seguintes pressupostos:

- a) que a decisão do STF tenha sido anterior à formação do título judicial;
- b) que, tendo sido a decisão proferida posteriormente à formação do título judicial, o STF tenha dado eficácia retroativa, a ponto de atingir a coisa julgada. Nesse caso, para não deixar a coisa julgada eternamente instável, parece que é o caso de aplicar por analogia o prazo da ação rescisória e não permitir a rescisão da sentença se essa decisão do STF ocorrer após o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão exequenda, mesmo se a ela for atribuída eficácia retroativa;
- c) a não-incidência em relação às coisas julgadas anteriores à vigência do dispositivo.

Na mesma esteira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fazendo referência ao parágrafo único do artigo 741 do CPC, que tem idêntica redação e segue a mesma sorte do § 1º do artigo 475-L do CPC, dispõe:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. LIMITES AO CONHECIMENTO. APLICABILIDADE DA REFERIDA NORMA. ÂMBITO DE APLICAÇÃO. BALIZA TEMPORAL. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA EDIÇÃO DA NORMA CITADA. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DA TESE DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.

1. É cediço que parte da doutrina tem incansavelmente admitido a alegação da coisa julgada inconstitucional, albergando o art. 741, parágrafo único, do CPC, defendendo, inclusive, a possibilidade de alegá-la a qualquer momento.

2. Outra parcela entende que a norma em comento é inconstitucional, porquanto o princípio da coisa julgada seria maior que os outros princípios utilizados como parâmetro da tese da coisa julgada inconstitucional, razão

pela qual não poderia, em nenhuma hipótese, o referido instituto ser desconstituído, ainda que em virtude de declaração de inconstitucionalidade da norma utilizada como fundamento para a prolação da sentença exequenda.

3. A solução, contudo, a ser adotada deve ser um meio-termo, pois a tese da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como uma regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de se enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida à direito fundamental), bem como retirar de toda a sociedade a segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama.

4. Parte-se da premissa de que as sentenças transitadas em julgado posteriores ou anteriores à declaração de inconstitucionalidade da norma podem ser desconstituídas (Resp 720953/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

5. **Contudo, antes da edição Medida Provisória nº 2.180/01, que incluiu o parágrafo único no art. 741 do CPC, a forma como deveria ser impugnada uma sentença transitada em julgada, proferida em desacordo com norma declarada inconstitucional pelo STF era por meio da ação rescisória.**

6. **O princípio regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o de que as normas processuais têm efeitos imediatos, mas respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada impõe que a MP 2.180/01, incluindo nova hipótese de matéria a ser alegada em embargos à execução por ser de ordem de processual é aplicável de forma imediata respeitada, obviamente a coisa julgada.**

7. **Dessa forma, a nova hipótese de matéria a ser tratada em embargos à execução, qual seja, a alegação de declaração de inconstitucionalidade de norma, somente pode valer a partir da edição da MP 2.180/01, em respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada (explícito) e segurança jurídica (implícito). Precedentes.**

8. **Recurso especial improvido.” (REsp 883.338/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16.08.2007, DJ 01.10.2007 p. 380) (Grifo nosso).**

Diante dessas premissas, conclui-se que a impugnação prevista no §1º do artigo 475-L do CPC é restrita às hipóteses de sentenças condenatórias, que dão ensejo à atividade executiva. No cotejo com o que se apreciara acerca da ação rescisória, acredita-se que em relação às sentenças meramente declaratórias ou constitutivas, a ação rescisória seria o meio apto a desconstituir a coisa julgada.

### 3.3.4 Dos outros instrumentos desconstituidores

Sobre o tema o Ministro José Delgado, em artigo divulgado em julho de 2007 intitulado “Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios da CF. Manifestações doutrinárias”, relaciona o posicionamento de alguns doutrinadores

que defendem a utilização de variados instrumentos para desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

Inicialmente pois, registra que o professor Ivo Dantas, por entender que a inconstitucionalidade da lei significa a sua não existência, e por conseqüência, a inexistência de coisa julgada, afirma que a coisa julgada inconstitucional pode ser desconstituída tanto pela Ação Rescisória, quanto pelo Mandado de Segurança ou pela Ação Declaratória de Nulidade, quando observa que:

Diante deste raciocínio, podemos chegar às seguintes conclusões, a partir das quais novos aspectos poderiam ser analisados, desde que aceita a trilogia da Tese, Antítese e Síntese. São elas:

a) se a inconstitucionalidade significa inexistência da lei e/ou ato, não se poderá falar em Coisa Julgada por encontrar-se esta fundamentada em algo que não existe. A expressão Coisa Julgada Inconstitucional, neste caso, a rigor, seria utilizada mesmo reconhecendo-se a contradição intrínseca que representa. Teria, possivelmente, um sentido mais retórico, que científico;

b) sendo a Coisa Julgada calcada em norma inconstitucional, não se há de falar em relativização ou flexibilização da Coisa Julgada Inconstitucional, razão pela qual, os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em Inconstitucionalidade. Na prática, contudo, sem a rescisão, e como foi dito com base em Pontes de Miranda, "a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível";

c) como a Arguição de Inconstitucionalidade poderá ser feita a qualquer tempo, em qualquer instância ou Tribunal, neste caso não se aplicaria o elemento tempo, ou seja, não se há de falar em Decadência, Preclusão e/ou ainda Prescrição;

**d) se, por qualquer motivo, a Ação Rescisória for apontada como ilegítima em razão do tempo, a saída seria o uso do Mandado de Segurança ou da Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, em razão da inconstitucionalidade em que se encontra fundamentada.**

Vale lembrar que esta última hipótese já foi aceita pelo STF<sup>3</sup>;

e) não se há de falar neste caso (e a repetição é didaticamente necessária) em atentado à segurança jurídica, vez que esta não se poderá assentar no nada, no inexistente;

f) dizendo de forma objetiva: lei ou ato eivados de inconstitucionalidade, não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido. (destaque nosso).

França Júnior (2007), por sua vez defende a utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento desconstituidor da coisa julgada, ponderando:

Restaria apenas afastar um argumento que certamente se apresentará contra a tese aqui defendida do cabimento da ADFP como meio de controle de coisa julgada inconstitucional violadora de preceito fundamental, qual seja, o de que tal uso configuraria violação ao princípio da segurança

jurídica decorrente da coisa julgada e do papel de pacificação social que a mesma em tese exerce.

Na verdade, a problemática não seria contra a tese do presente trabalho, mas sim contra a própria tese da coisa julgada inconstitucional, porque a alegação pura e simples de segurança jurídica acima de qualquer outro valor acabaria por inviabilizar a tese da invalidade da coisa julgada formada com vício de constitucionalidade.

O fato é que a coisa julgada formada em contrariedade à Carta Política não cumpre sua função. Não gera pacificação social porque a pecha da inconstitucionalidade lhe atinge em ponto fundamental, gerando, muitas vezes sim, revolta e desprestígio ao Poder Judiciário.

Na prática, só tomando com exemplo a Administração Pública, o que se tem visto é que aquele detentor de um título inconstitucional é visto como um privilegiado, como alguém que espertamente conseguiu algo que outros não conseguiram, ou seja, alguém que fez valer a "lei de Gerson" e atingiu o seu fim e que fruto ou não da imaginação popular possui "um padrinho forte" por trás, como se diz usualmente.

Por vezes, dentro de uma mesma repartição pública, lado a lado executando o mesmo trabalho, têm-se servidores públicos com salários totalmente diferentes, em face de um ter conseguido um benefício por meio de sentença transitada em julgado.

Um exemplo é a questão do "teto remuneratório", na qual são incontáveis as injustiças e absurdos causados por sentenças, especialmente aquelas que asseguram "incorporações" ou que na prática acabam não ocasionando um vedado "efeito repetição".

*Data venia*, o valor segurança jurídica e a conseqüente força de encerramento de litígio, não podem servir de pretexto para eternizarem-se injustiças e ferir-se o princípio da isonomia, entre outros.

Mais uma vez, valemo-nos do magistério dos mestres que primeiro enfrentaram a problemática da coisa julgada inconstitucional e refutaram a invocação da segurança jurídica, entre eles, destacam-se os argumentos de José Augusto Delgado (24), quando leciona que "a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da: legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto este é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual" (grifos do autor).

É primordial salientar-se que não se quer aqui defender o uso indiscriminado de ADPF's contra sentenças transitadas em julgado, como se fora a argüição uma última tentativa de modificação do acórdão, um recurso a mais. O que se propõe é que tal instrumento seja utilizado em 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.

A ADPF mostra-se plenamente compatível como objeto e com os fins do §1º do artigo 102 da CF/88 a utilização da argüição de preceito fundamental como meio

para desconstituição de coisa julgada violadora de preceito fundamental. Porém, existem ainda os que defendem o manejo da ação rescisória e da ação declaratória de nulidade, dentre eles Dias (2007), cuja lição segue transcrita:

- a) "é imprescindível uma posição da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, sobre o instituto da coisa julgada, quando violadora da Constituição, em face da perplexidade que provoca a diversidade de julgados contraditórios, especialmente quando há, entre eles, um que afronta a Constituição";
- b) "da forma como a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, tal remédio jurídico não é suficiente para corrigir uma decisão tida como inconstitucional, depois do trânsito em julgado";
- c) "o nosso sistema jurídico está embasado em diversos princípios que dão sustentação ao ordenamento, como os da hierarquia das normas, o democrático, os da legalidade, isonomia e separação de Poderes, os quais deverão ser observados pelo julgador ao aplicar a norma";
- d) "a sentença que afronta um princípio constitucional, deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente";
- e) "há de ser entendida como de perplexidade, a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária a Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função";
- f) "como forma de se corrigir, o quanto antes, mesmo sem necessidade de reforma da lei ou da Constituição, essa suposta omissão instrumental, seria a jurisprudência aceitar a ação rescisória com fundamento da inconstitucionalidade do julgado e sem prazo de decadência, ou a forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência da coisa julgada inconstitucional, a qual não encontraria qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, com o mesmo se compatibiliza e harmoniza".

Por tudo que fora visto, cristaliza-se a idéia de que a desconstituição da coisa julgada não é assunto pacífico na doutrina e jurisprudência. Verifica-se que existem vários instrumentos capazes, segundo doutrina e jurisprudência predominante, de desconstituir os julgados já exauridos, encerrados. O primordial é descobrir qual princípio constitucional será utilizado para modificar os julgados já transitados.

## **4 A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Diante de todo o embate doutrinário e jurisprudencial, impossível não abrir-se espaço para questionar: afinal, é possível relativizar a coisa julgada? Como fora exposto nos capítulos antecedentes, a desconstituição das sentenças transitadas em julgado já é assunto pacífico na jurisprudência, utilizando-se, para tal desiderato dos mais diversos instrumentos, como a ação rescisória, a ação declaratória, a ação de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras. O que interessa, agora é destacar qual o princípio empregado para justificar a desconstituição dos julgados já transitados.

### **4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito burguês na Europa. Pode-se afirmar que é durante a passagem do Estado Absolutista – em que o governante tem poderes ilimitados – para o Estado de Direito que pela primeira vez emprega-se o princípio da proporcionalidade, visando a limitar o poder de atuação do monarca face aos súditos.

Assim, observa-se que o princípio da proporcionalidade nasceu no âmbito do Direito Administrativo, como princípio geral do direito de polícia, e desenvolveu-se como evolução do princípio da legalidade, requerendo, para tanto, a criação de mecanismos capazes de controlar o Poder Executivo no exercício da suas funções, de modo a evitar o arbítrio e o abuso de poder. A inserção deste princípio no campo constitucional, por sua vez, deveu-se as revoluções burguesas do século XVII, norteadas pela doutrina iluminista, principalmente no que concernia à crença na

intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à sua dignidade (COSTA, 2006).

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia apreendido seu conceito e conteúdo, juntamente com os demais países europeus. Na doutrina brasileira, a regra da proporcionalidade tem resultado desta influência positiva do direito alemão, sendo considerado como um princípio geral de Direito Constitucional, não escrito, mas resultante, em primeiro lugar, da opção feita pelo legislador constituinte do Estado de Direito.

A função mais importante do princípio da proporcionalidade encontra-se ligada ao fato de que permite a harmonização pacífica de todos os princípios constitucionais e, na medida em que possibilita essa convivência, acaba por maximizar os seus efeitos, permitindo que princípios aparentemente conflitantes sejam interpretados na busca de uma solução conciliatória. Para tanto, a própria doutrina estabelece os sub-princípios ou elementos parciais da proporcionalidade, que se definem pelo grau de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que cada um pode impor no âmbito dos demais.

Mediante a utilização do primeiro elemento, qual seja, a adequação (*Geeignetheit*), também denominada pela doutrina de aptidão, pertinência ou utilidade, se exige que o meio, medida ou instrumento utilizado pelo Estado para alcançar a finalidade desejada seja apropriado ao alcance de tal desiderato. A adequação se constitui num juízo de conformidade causal entre a medida estabelecida e a finalidade perseguida com a mesma, mas conservando a liberdade do agente estatal na avaliação dos dados da realidade (COSTA, 2004).

O segundo elemento, que é a necessidade (*Erforderlichkeit*), destaca a exigência da adoção do meio limitador mais suave, que traga menos prejuízo para o interesse ou princípio jurídico que teve o seu exercício concretamente limitado. O limite imposto pelo Estado a direitos garantidos na Constituição deve ser o estritamente necessário ao alcance do interesse público buscado. Dessa forma, a medida tomada não deve ir além dos limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretende, afinal, uma medida para ser aceita, admitida, deve ser necessária (COSTA, 2004).

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito constitui o terceiro subprincípio (*Verhältnismässigkeit*) e representa a idéia central do princípio da

proporcionalidade, pois consubstancia a exigência de real aplicação dos interesses discutidos no caso concreto. É por meio dele que se pode fazer o juízo de sopesamento entre o meio adotado, o interesse público que o embasa e a limitação sofrida pelo indivíduo em direito seu juridicamente protegido (COSTA, 2004).

O princípio da proporcionalidade está inserido na estrutura normativa da Constituição Federal de 1988 junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. A visão sistemática da Constituição permite auferir sua existência de forma implícita, devendo guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, inobstante não se encontrar explicitamente delineado.

A este princípio estão conexos o princípio da cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias individuais deles decorrentes representam formas para o particular se defender sempre que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão a algum direito seu por abuso de poder ou ilegalidade praticada por agentes públicos. Os institutos do *Habeas Corpus* (artigo 5º, LXVIII da CF/88), Mandado de Segurança (artigo 5º, LXIX da CF/88), *Habeas Data* (artigo 5º, LXII da CF/88), assim como o Direito de Petição (artigo 5º, XXXIV da CF/88) constituem subsídios de proteção do cidadão face ao poder público.

Ao afirmar que todo homem possui uma esfera intangível de direitos decorrentes somente de sua existência enquanto ser da espécie humana, a Constituição garantiu a todos os cidadãos ser em tratados de forma equitativa, o que pressupõe tratamento diferenciado, buscando adequar a lei às necessidades e peculiaridades de cada pessoa. O princípio da proporcionalidade tem papel indispensável na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, qual seja, "reduzir as desigualdades sociais e regionais", consoante letra do artigo 3º, III da Carta Magna. A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia ínsita à concepção de um Estado Democrático de Direito.

Na organização do Estado, a proporcionalidade está presente dentre os requisitos necessários à decretação de intervenção, uma vez que sua decretação depende do agravo cometido, conforme se observa a partir da análise do § 3º do artigo 36 da CF/88, que exclui a intervenção por considerá-la desarrazoada nas ocasiões ali explicitadas.

No âmbito administrativo, o princípio em pauta deve reger a contratação temporária de funcionários, a qual deve obedecer ao critério da necessidade (artigo

37, XI e XXI da CF/88), assim como a aposentadoria dos servidores públicos proporcional ao tempo de serviço (artigo 40, III, c e d da CF/88).

Na atuação do Ministério Público, o inciso II do artigo 129 da Constituição Federal de 1988 assegura a tomada de medidas necessárias (proporcionais) destinadas a garantir o respeito dos direitos constitucionais pelo poder público e serviços de relevância pública. O inciso IX deste mesmo artigo reza ser a função do Ministério Público o exercício de outras atividades que sejam compatíveis com sua finalidade, juízo este que se encontra gerido pelo princípio em voga. Nos termos valorização e justiça, incutidos no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 encontra-se embutida à noção de proporcionalidade no âmbito dos princípios gerais da ordem econômica. Tendo sido abordados alguns exemplos de elaboração de normas que, com maior clareza, mostraram a presença do princípio em estudo na Constituição de 1988, cumpre lembrar que, em se tratando de princípio geral de direito, não está adstrito a atuar nas esferas acima elencadas. Ao revés, norteia a hermenêutica da Constituição em sua totalidade e, logo, permeia a interpretação de cada uma de suas normas.

Após a compreensão dogmática do princípio da proporcionalidade, pode-se concluir, acerca de sua aplicação, que o mesmo funciona como instrumento de interpretação apto a solucionar antagonismos entre direitos fundamentais, mediante aplicação, especialmente, da proporcionalidade em sentido estrito, constituindo-se, na verdade, em meio conciliatório apropriado e implementador dos direitos fundamentais. Desta forma, a inobservância ou lesão a princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há democracia nem Estado de Direito.

#### 4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

A relativização da coisa julgada desperta grande interesse no mundo jurídico atual, trazendo algumas controvérsias e muitas questões relevantes a serem debatidas. A inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado pode advir de duas situações: a primeira é relativa ao fato de que, quando prolatada uma

sentença, o magistrado desrespeita princípio ou norma contemplada na Constituição Federal; já a segunda poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: quando a lei ou a interpretação utilizada como fundamentação da sentença é, posteriormente, declarada inconstitucional pelo STF; ou quando o julgado se baseia em norma inconstitucional que posteriormente é reconhecida como constitucional pelo STF.

O Poder Judiciário não atenta contra a Carta Magna, pois nos dias atuais cada vez mais os juízes estão adquirindo um papel mais ativo em sua interpretação do Direito e acompanhando o avanço da sociedade. A expressão *dura Lex, sede Lex* há muito já se tornou ultrapassada.

Daí, resta a seguinte indagação: Como proceder diante de uma sentença que contrarie a Carta Magna? O que deve prevalecer, a segurança jurídica ou uma decisão justa? Vale salientar o posicionamento de Nery Júnior (2006, p. 599), que se refere à problemática da abertura de exceções no ordenamento jurídico brasileiro:

Considerar a coisa julgada é ofender a Carta Magna, deixando de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, *caput*). De nada adianta a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar os seus aspectos [...], de sorte que amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada, e como exceção, para pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão dos valores, em detrimento do Estado Democrático de Direito, não é providência que se deva prestigiar.

Desta feita, para não impor descrédito ao instituto da *res judicata*, faz-se necessário adotar maior cautela diante da relativização. Assim como nenhuma regra ou princípio é absoluto, também não o são a segurança jurídica e a coisa julgada. Entretanto, diante do conflito apresentado, um dos caminhos cabíveis é a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nas palavras de Guerra Filho (2001, p. 92):

A proporcionalidade pode ser considerada como princípio de contenção das atividades estatais coibitivo do excesso cometido em nome da vontade do Estado, empregando, assim, no equacionamento de questões envolvendo direitos fundamentais ou o desencontro entre princípios. Nesse diapasão, e a fim de não permitir o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o princípio dos princípios, no campo do direito: o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, através de seus sub-princípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) pode servir de

parâmetro para avaliar se caberia o afastamento da coisa julgada em caso de flagrante inconstitucionalidade. Caso o magistrado, prolatando a sentença, lese direito fundamental que se sobreponha à segurança jurídica, razoável será fazer-se a desconstituição da coisa julgada, utilizando-se dos institutos processuais já estudados como a ação rescisória, a ação declaratória, a ação de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras. Já com relação aos casos em que a segurança jurídica se mostre mais relevante do que a disposição constitucional afetada, a sentença transitada em julgado deverá prevalecer intacta e soberana.

Verifica-se, pois, que o princípio da proporcionalidade será aplicado da seguinte forma: primeiramente analisa-se se existe uma colisão de direitos fundamentais; depois, delinea-se o conflito, identificando-lhe os pontos relevantes; e, por último, procede-se aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A desconstituição da coisa julgada que se faz utilizando-se o princípio da proporcionalidade não tem a intenção de minar imprudentemente o instituto da coisa julgada, tornando regra geral a sua infringência. Muito pelo contrário, o que se pretende é apenas afastar absurdos, injustiças e fraudes à Carta Magna, em situações extraordinárias. É de se filiar à corrente de pensamento de doutrinadores, como Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de aceitar a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, posto que nenhum princípio, nem mesmo os fundamentais, possuem caráter de absoluto.

O fundamento da coisa julgada material é a segurança das relações jurídicas que esse instituto proporciona, pois a solução dos conflitos pelo Poder Judiciário só promoverá a pacificação social se as decisões se tornarem indiscutíveis, evitando-se, assim, a perpetuação dos litígios. O julgador, ao aplicar a lei, transmuda a incerteza das partes na certeza do direito, que se torna ainda mais seguro com o trânsito em julgado da sentença.

A coisa julgada material é considerada essencial à estabilidade das relações entre as pessoas e destas para com o Estado, tendo sido elevada à categoria de direito fundamental e estando prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988. Não se pode deixar esquecer a figura do princípio do acesso à justiça, previsto também no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, já que o mesmo se mostra como uma segurança para o cidadão. Contudo, o real conteúdo deste princípio revela não apenas o livre acesso ao Poder Judiciário, porém, conforme preceitua Nery Júnior (2002), pelo princípio constitucional do direito de ação todos

os cidadãos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada, sem a qual o princípio não faria sentido, estaria vazio.

Desta forma, vê-se que a coisa julgada material coloca esses dois princípios (segurança jurídica e acesso à ordem jurídica justa) em choque quando se profere uma decisão inconstitucional que está acobertada pelo manto da *res judicata*. No entanto, seguindo as idéias já expostas, diante de cada caso concreto deve-se ponderar sobre qual princípio deverá prevalecer, inclusive podendo-se suprimir a coisa julgada, já que a ordem constitucional não aceita que injustiças se eternizem a pretexto de não eternizarem-se as lides.

Vale salientar que não se concorda com a relativização indiscriminada das sentenças já transitadas em julgado; reconhecendo-se a necessidade da utilização de um critério, apresentando-se para tal o princípio da proporcionalidade, já que o mesmo funciona como condicionante da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material.

No contexto da análise da coisa julgada inconstitucional sob o prisma da colisão dos princípios fundamentais, o princípio da proporcionalidade surge como vetor para a busca de uma solução mais justa e adequada, ou seja, para resolver o dilema apresentado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve a mesma obediência, por ocuparem a mesma hierarquia normativa, preconiza-se o emprego do princípio da proporcionalidade, através do qual se estabelece qual dos valores em conflito deverá prevalecer.

Por outro lado, há que se destacar a relatividade dos princípios, pois não existe princípio que possa ser atacado de forma absoluta em toda e qualquer hipótese, daí a necessidade do princípio da proporcionalidade, para que se respeitem as normas de direitos fundamentais que possuem o caráter de princípios tendentes à colisão. Portanto, nas hipóteses de colisão entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e do acesso à ordem jurídica justa, averigua-se se a decisão é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Nessa conjuntura, pode-se abstrair que o juiz é um autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga.

A título de ilustração, citam-se dois exemplos de mitigação da coisa julgada no quadro jurisprudencial brasileiro. O primeiro deles é relativo à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, neste a mesma foi vencida em processo de desapropriação indireta, tendo sido acordado o parcelamento do débito com os adversários. Depois

de pagas algumas parcelas, o Estado de São Paulo voltou ao juízo, ingressando com uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, sob a alegação de que houvera erro no julgamento anterior, causado pela perícia, uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado, na verdade, já lhe pertencia. Mesmo transitada em julgado, o Ministro José Augusto Delgado (STJ - 1ª turma, Resp. nº 24.072-0/ SP, Rel. Ministro José Augusto Delgado, DJU 15.02.2009) votou no sentido de se restabelecer, por meio de um Recurso Especial, a tutela antecipada que o juízo monocrático havia concedido à Fazenda e o Tribunal havia negado.:

PROCESSIONAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA.

1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que seja suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido.
2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trãnsita em julgado.
3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia.
4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.
5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser assegurados.
6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica.
7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes.
8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau.

Outro exemplo de transposição da coisa julgada foi decidido pelo STJ, em que se analisou nova ação investigatória baseada em exame de DNA, em virtude da primeira ter sido julgada improcedente pela precariedade das provas, pois o exame não era disponível. 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, 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 mesma razão. Não se pode olvidar que numa sociedade de homens livres a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade:

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 excluída 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, 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. (STJ - 3ª turma, Resp. nº 22.643-6/SP, Rel Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.2002)

Como se vê, o acórdão acima exprime bem a idéia de que é possível a desconstituição da coisa julgada em casos excepcionais e mediante o princípio da proporcionalidade, cujo resultado poderá ser a prevalência de valores resguardados constitucionalmente, ainda que exista prejuízo à segurança jurídica, afinal, a verdadeira segurança de um Estado Democrático de Direito tem que ser representada pela obtenção de decisões justas e legítimas, e não na imutabilidade de sentenças absurdamente injustas e desproporcionais à realidade da sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

A análise efetuada acerca do tema proposto no presente trabalho, sem a pretensão de exaurir o assunto abordado, resultou nas conclusões a seguir delineadas.

A coisa julgada material é de extrema importância para garantir a estabilidade nas relações jurídicas, atingindo a pacificação social, tanto que o legislador constituinte elevou-a à categoria de direito fundamental. Contudo, ao lado desse princípio fundamental, encontra-se constitucionalmente previsto o princípio do acesso à ordem jurídica justa, o qual, por sua vez, também se revela como segurança para os cidadãos num dado ordenamento.

Ante a existência dessas duas realidades, não contrapostas, mas tendentes a colidirem entre si, faz-se necessário, em casos especiais, a segurança ceder lugar à justiça das decisões, relativizando-se a coisa julgada material, o que já é assunto assente tanto na doutrina como na jurisprudência nacional.

O Poder Judiciário deve, por intermédio de suas decisões, corresponder à expectativa social e atingir seu objetivo precípua, qual seja: manutenção da paz social. Entendeu-se que isso somente será possível se os julgadores estiverem adstritos aos valores, explícitos e implícitos, contidos na Constituição da República, dentre os quais está o de Justiça.

Não se pode ter o Poder Judiciário como um poder intocável e infalível. É inconcebível que decisões absurdas, não condizentes com o espírito da Lei Máxima da nação, possam produzir efeitos sob o manto da segurança jurídica.

Com o intuito de estudar os mecanismos processuais capazes de rever essas decisões injustas e utilizando os métodos de pesquisa bibliográfico, exegético-jurídico e a coleta de dados que se efetivou através de pesquisa documental, a atividade de investigação científica posta começou, na construção do primeiro capítulo, com uma abordagem dos ícones constitucionais relativos à coisa julgada, sendo estes: sua definição, suas espécies, a natureza jurídica, seus efeitos e seus limites, além de ter sido efetuado um estudo sobre a relativização da coisa julgada no Direito Processual Civil.

O capítulo seguinte dedicou-se ao estudo do instituto da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, das teses relativas à impossibilidade e possibilidade de relativização da coisa julgada, bem como dos instrumentos que podem ser utilizados para desconstituir as sentenças definitivas.

Ao final desta pesquisa, já particularizando o assunto, foi analisado o princípio da proporcionalidade, bem como seus elementos intrínsecos. Logo após, verificou-se a possibilidade da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, através do amplo exame do assunto, e se chegou à conclusão de que o princípio mais adequado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional e que melhor garante a harmonia social é o princípio da proporcionalidade, trazendo a título de exemplificação casos práticos para melhor elucidar a temática abordada.

Desse modo, os objetivos propostos foram alcançados e, confirmada a situação exposta na formulação do problema e da hipótese, ou seja, diante do questionamento acerca da possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional e de qual princípio seria mais adequado para conseguir este intuito, chegou-se à conclusão de que, é possível a relativização da sentença com trânsito em julgado, sendo o princípio da proporcionalidade o mais apropriado para desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

O que se espera, verdadeiramente, é que a atividade de investigação científica empreendida, da qual resultou este trabalho monográfico, possa servir de incentivo e supedâneo ao estudo dos operadores do Direito, haja vista que a relevância do tema suscitará, ainda, muita perquirição e contribuições salutares por parte de acadêmicos e membros da sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil. Código Comercial*. Organizador Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Marília Carvalho da. *O princípio da proporcionalidade na relativização da coisa julgada inconstitucional*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 15 set. 2009.

COUTINHO, Mariana Wolfenson. *Arguição de inconstitucionalidade após a formação da coisa soberanamente julgada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10293>>. Acesso em: 26 nov. 2007.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Processo Civil e Trabalhista, Natal/RN, 22/09/2000.

\_\_\_\_\_. *Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios da CF*. Manifestações doutrinárias. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10349>>. Acesso em: 26 nov. 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 v. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4 v. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FILHO, Misael Montenegro. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 set. 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

NERY JR, Nelson Teresa; WAMBIER, Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 7-45, jul.-dez. 2001.

SILVA, Edward Carlyle. *Direito Processual Civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo do conhecimento*. 1 v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais do para seu controle*. São Paulo: América, 2002.

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