

Coisa julgada inconstitucional e o princípio da segurança jurídica

Alfredo Ambrósio Neto¹

*Advogado da Caixa em Goiás
Pós-graduado em Processo Civil e
Processo Penal pela FESURV/GO*

RESUMO: Além da abordagem do que vem a ser o instituto da coisa julgada, seja formal ou material, os modos tradicionais de sua produção nas ações individuais e patrimoniais; os modos diferenciados nas ações coletivas, que cuidam dos interesses difusos (transindividuais), e nas que versam sobre direitos indisponíveis (individual ou coletivo), o presente trabalho foca-se no que a doutrina e jurisprudência denominam de coisa julgada inconstitucional quando a sentença ofender diretamente a Constituição, cedendo espaço à sua relativização, sem prejuízo de sua maior garantia, a segurança jurídica.

Pretende-se demonstrar que o princípio da segurança jurídica não pode sacrificar outros igualmente de índole constitucional, em homenagem à coisa julgada. No choque entre um e outro, a imutabilidade da coisa julgada deve ceder passagem àqueles de maior valor constitucional. Quando isso acontece, o ato jurisdicional fica viciado e não transita em julgado, por não guardar consonância com a Constituição.

Destaque-se ainda os mecanismos processuais de controle e desfazimento da coisa julgada inconstitucional: a recente Impugnação prevista no Artigo 475-L, parágrafo primeiro e os Embargos do Devedor - Artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, e a Ação Rescisória, desde que ajuizados dentro do prazo bienal de decadência, com caráter rescisório, e ainda a Ação Declaratória de Nulidade ou Inexistência, com caráter declaratório de nulidade ou inexistência, ajuizada a qualquer tempo.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Inconstitucional. Relativização. Segurança Jurídica.

1 Introdução

O debate doutrinário, com reflexos na jurisprudência em torno da proposta a que se tem chamado de "relativização" da coisa julgada material, vem despertando cada vez mais o interesse dos que atuam no

meio jurídico acadêmico. E um dos tópicos mais salientes dessa discussão é o da denominada "coisa julgada inconstitucional".

A polêmica sobre o assunto tem início com a própria dicção do termo. Se algo deve ser relativizado, logicamente dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda relativizar o que já é relativo. Até a mais superficial mirada no ordenamento jurídico brasileiro mostra que o valor da coisa julgada material está longe de ser *absoluto*.

Para se confirmar tal assertiva basta ver dois exemplos mais ostensivos materializados no direito processual brasileiro: no campo civil, a ação rescisória, e, no penal, a revisão criminal, ambas destinadas, primariamente, à eliminação da coisa julgada.

O que se pode querer - e é o que no fundo se quer demonstrar neste estudo -, é a *ampliação* do terreno relativizado, focado nas hipóteses que podem ofender diretamente a Constituição e a diversos princípios nela expressos ou implícitos, especialmente os da legalidade, isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e justiça, dimensionando assim o real sentido e importância do princípio da segurança jurídica, sem rebater as concepções e opiniões dos mais diversos doutrinadores e estudiosos do tema, já que esta tarefa seria praticamente impossível, pois, na verdade, não se tratam de opiniões diferentes, mas, mais do que isso, cuidam-se de *enfoques* diferentes.

Uma nova luz sobre a mais consentânea interpretação do princípio da segurança jurídica, demonstra que este vem dando lugar, de modo suave e paulatinamente, aos valores justiça e efetividade.

Exemplo desse fenômeno pode ser identificado na criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; as tendências ao afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência quanto no do direito positivo, e uma maior frequência de decisões em que se aplica a casos concretos a teoria da imprevisão, nos contratos civis, administrativos, e especialmente naqueles em que há incidência do Código de Defesa do Consumidor. A possibilidade generalizada de se adiantar à parte os efeitos ou parte dos efeitos da tutela pretendida (art. 273 do CPC); o regime da execução provisória, que permite atos de alienação; o novo modelo processual de execução de título judicial (Lei 11.232/06), inaugurando uma fase incidente, bem como as inovações inseridas no processo de execução de título extrajudicial (Lei 11.382/06), inspiradas nos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil (executivas *latu sensu*), demonstram de forma absolutamente inequívoca uma tendência que vem refletindo tanto nos rumos da jurisprudência quanto na conduta do legislador.

Essas últimas alterações demonstram uma valorização mais intensa da efetividade do processo, em detrimento da segurança jurídica, sem olvidar-se tantas outras recentes alterações do Código de Processo Civil,

introduzidas pelas Leis 11.187/05 (novo agravo de instrumento); 11.276/06; 11.277/06 e 11.280/06.

Isso reflete uma certa desmistificação da coisa julgada. Tal qual vinha sendo concebida pela doutrina tradicional, ela não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção de seu conceito, não mais deva ser, a todo custo, preservada, sendo, pois, inaceitável conceber a idéia tradicional de que a coisa julgada tenha eficácia de fazer do branco, preto; do quadrado, redondo.

E é nessa seara que se deve discutir as hipóteses em que se pode chamar de "coisa julgada inconstitucional", bem assim os mecanismos utilizados para solução de situações que se apresentam como tais, a exemplo da superveniência de ações declaratórias de inconstitucionalidade ou de ações declaratórias de constitucionalidade, quando houver decisões anteriores transitadas em julgado, aplicando ou não o dispositivo sob exame, daí surgindo a utilização da Ação Rescisória; Ações Declaratórias de Nulidade ou de Inexistência; a Impugnação prevista no Artigo 475-L, parágrafo único e, Embargos do Devedor, previsto no Artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, para declarar a inexigibilidade de título judicial.

Digno de relevo neste trabalho é o estudo realizado por alguns doutrinadores sobre um dos caminhos utilizados para não se permitir a estabilização de decisões indesejáveis, respeitante ao *reconhecimento de situações* em que a coisa julgada não se teria *nem mesmo formado*, seja porque a decisão judicial esteja inquinada de um vício capaz de torná-la juridicamente inexistente, seja porque não se terá realizado aquele grau de cognição exigido para que a decisão possa ser acobertada pela coisa julgada, impedindo a sua formação, consoante se vê do paralelo entre os regimes comuns de produção da coisa julgada previstos no Código de Processo Civil, aplicável às ações individuais e patrimoniais, e os regimes diferenciados, nas ações coletivas e individuais, em que são discutidos direitos coletivos e individuais indisponíveis.

O parâmetro que, fundamentalmente, serve de base para este estudo é o de que as soluções encontradas possam ser *úteis* em face do sistema jurídico *vigente*. A tônica deste trabalho não é dar sugestões *de lege ferenda* mas, principalmente, de, à luz da lei em vigor, adequadamente "engrenada" com a doutrina, os princípios jurídicos e parte da jurisprudência, propor caminhos para resolver algumas situações que vêm angustiando a comunidade jurídica - exemplo da ação de investigação de paternidade, quando o mérito basear-se em prova insuficiente para declarar a paternidade ou filiação, quando pelo exame do DNA, ela não seria verdadeira -, sem que com isso possa afastar a autoridade da coisa julgada e sua maior garantia, o princípio da segurança jurídica.

2 Considerações sobre a coisa julgada

A expressão coisa julgada deriva da expressão latina *res judicata*, que significa *bem julgado*. O resultado final do processo de conhecimento normalmente atribui um *bem jurídico* a alguém. E por ser uma situação jurídica destinada ao titular de uma pretensão, passa por causa da coisa julgada material a "ser imutável, razoavelmente estável ou marcadamente duradoura" (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 20).

A definição do que vem a ser coisa julgada formal e material, bem assim os pontos marcantes de distinção entre uma e outra, pode ser extraída das lições de Amaral Santos (1990, p. 43/44) que assim preleciona:

A coisa julgada formal consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. Dá-se porque a sentença não poderá ser reformada por meio de recursos, seja porque dela não caibam mais recursos, seja porque estes não foram interpostos no prazo, ou porque do recurso se desistiu ou do interposto se renunciou. E porque os recursos são atos de impugnação da sentença no processo em que ela foi proferida, a coisa julgada formal redundando na imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do processo. (...) O comando emergente da sentença, tornado imutável, adquire autoridade de coisa julgada, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja reexaminada e decidida, no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal. Assim, fala-se em coisa julgada material, ou substancial, como autoridade da coisa julgada. A coisa julgada tem força de lei (SANTOS, 1990, p. 43/44).

A coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença para o futuro. Com isso pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. A segurança extrínseca das relações jurídicas, gerada pela coisa julgada material, traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. Esta é a função negativa da coisa julgada. A imutabilidade pode ser definida como a principal característica ou qualidade que se acrescenta aos efeitos do comando contido na parte decisória da sentença. Entretanto, este comando pode ser eficaz mesmo que não tenha havido o trânsito em julgado.

Assim, segundo Wambier e Medina (2003), pode-se afirmar que atualmente é comum as próprias sentenças produzirem efeitos (executórios, por exemplo) antes da coisa julgada. Esse fenômeno, no direito brasileiro, ocorre, como regra, quando estão pendentes de julgamento recurso

especial e extraordinário e, excepcionalmente, quando está pendente de julgamento recurso de apelação. Há, também, decisões interlocutórias aptas a produzirem efeitos no mundo dos fatos, que excepcionalmente podem chegar a ser definitivos e irreversíveis, como as liminares que condenam a pagar alimentos provisórios.

Com isso pode-se dizer que a coisa julgada está ligada, como regra geral, à Jurisdição, embora seja concebível decisão jurisdicional como função jurisdicional, sem coisa julgada. Dizer, como *Liebman* (1984), citado por Wambier e Medina (2003), que se pode imaginar atividade jurisdicional independentemente da coisa julgada, não pode senão significar que há decisões jurisdicionais que não deixam de sê-lo pelo fato de não terem transitado em julgado.

2.1 Os regimes de formação da coisa julgada no processo civil

Registre-se que o assunto sintetizado no presente item, seguindo até o item 2.3, foi obtido do artigo de Didier Jr, intitulado "*Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*", publicado pela *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, (2001).

O regime de formação da coisa julgada está intimamente relacionado com o grau de cognição do magistrado a respeito das questões postas para sua apreciação. De acordo com estudo feito por Watanabe (1987), citado por Didier Jr (*op. cit.*, p. 710/712), o fenômeno cognitivo pode ser visualizado em dois planos:

Em primeiro lugar, o *plano horizontal*, que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição - no direito brasileiro representado pelo trinômio: condições da ação, pressupostos processuais e mérito da causa. Neste plano são definidas as questões que o juiz pode examinar, podendo a cognição ser: a) plena - não há limitação ao que o juiz conhecer; b) parcial ou limitada - limita-se o que o juiz pode conhecer. O procedimento comum é pleno, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; por outro lado, na ação de desapropriação, o rito é de cognição limitada, porquanto não se possa discutir em seu bojo a validade do ato expropriatório, mas apenas o justo preço.

Em segundo lugar, o *plano vertical* (profundidade) diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. A apreciação pode ser exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Aplica-se aqui as decisões proferidas nos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de coisa julgada material.

A cognição pode ser parcial e exauriente, cuja limitação é apenas do quê. Quanto aos pontos e questões que podem ser resolvidos, ela

será exauriente, de sorte que a sentença tem aptidão para produzir coisa julgada material. As limitações ditadas pela lei levam em conta: as peculiaridades do direito material e a necessidade de tornar o processo mais célere, ressaltando-se o direito de questionar os pontos controvertidos excluídos em ação autônoma.

Há o prestígio dos valores certeza e celeridade permitindo-se o surgimento de uma sentença em tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa. São exemplos: a conversão da separação judicial em divórcio; embargos de terceiro; busca e apreensão da lei de alienação fiduciária e desapropriação.

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente *secundum eventum probationis*: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes.

Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente. São exemplos: procedimento de inventário, se o juiz dispuser de elementos bastantes para o estabelecimento do juízo de certeza, sem questão de alta indagação; mandado de segurança; desapropriação, na fase de levantamento do preço, quando não houver dúvida fundada no domínio; a disciplina da ação popular e das ações coletivas, fundadas em direito indisponível.

Pode-se vislumbrar, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*): somente haverá cognição se o demandado tomar iniciativa do contraditório, eis porque eventual, tal qual ocorre na ação monitória ou na de prestação de contas.

Quanto à cognição sumária (possibilidade de o magistrado decidir sem exame completo), ela é permitida normalmente em razão da urgência e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou da evidência do direito pleiteado, ou de ambos, em conjunto. No plano vertical, a diferença entre as modalidades de cognição está apenas como o juiz enxerga as razões das partes (causa de pedir). Exemplo da possessória: o juiz, ao examinar a inicial, analisa superficialmente se houve posse (causa remota) e o esbulho (próxima).

Outros exemplos: processo cautelar; processo de conhecimento que admite liminar não cautelar; processo de conhecimento com a tutela sumária de mérito genérica. Como se vê, a cognição aqui é utilizada nas medidas liminares, antecipatórias ou assecuratórias, conduzindo-se aos juízos de probabilidade e verossimilhança. Caracteriza-se por não ensejar a produção de coisa julgada.

Deste painel de cognições, segundo Didier Jr. (2001, p. 712), pode-se concluir que:

a) somente os procedimentos que ensejam pronunciamentos fundados em cognição exauriente dão azo ao surgimento da coisa julgada material; b) a lei pode, caso a caso, estabelecer quanto se considera completa (exauriente) a cognição, flexibilizando a produção da coisa julgada material e, c) a regra, no entanto, é a do procedimento comum, em que a cognição será sempre completa, a ensejar o surgimento do caso julgado (DIDIER JR. 2001, p. 712).

2.1.1 O regime comum de produção da coisa julgada e o regime secundum eventum litis

O regime comum de produção da coisa julgada material prevista no Código de Processo Civil pode ser resumido na regra defendida por Chiovenda (1998), citado por Didier Jr (*op. cit.*, p.712), desde o início do século passado: "a coisa julgada se opera *inter partes et pro et contra*". A limitação subjetiva aos participantes da causa, a limitação objetiva aos precisos extremos da lide e a sua inevitabilidade (coisa julgada *non secundum eventum litis*) são as principais características deste sistema, destinado à tutela de direitos individuais e patrimoniais próprios da época em que foi concebido, cujo regramento está previsto nos artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil Brasileiro.

No regime comum, como já se disse, a coisa julgada somente opera em relação àqueles que fizeram parte do processo, independentemente do resultado da demanda, e ainda que fundado em falta de prova, se pronunciado sobre o mérito, incidirá sobre o julgado as qualidades da autoridade e imutabilidade, pois, por este sistema, sendo a prova do fato constitutivo ônus do autor, "*actore non brobante, réus absolvitur*" (*op. cit.*, p. 712).

Eis o ponto de diferenciação com o outro sistema de produção da coisa julgada, denominado coisa julgada *secundum eventum litis*. Neste, a coisa julgada surgirá ou não de acordo com o resultado da demanda. A lei, pelas mais variadas razões, pode entender que tal ou qual resultado (procedência ou improcedência) não autoriza a imunização. É o que acontece, por exemplo, nas demandas que dizem respeito aos direitos individuais homogêneos, quando a coisa julgada será sempre *erga omnes*, apenas nos casos de procedência do pedido.

Como se verá adiante, as novas técnicas de produção de coisa julgada foram elaboradas pelo legislador e operadores do direito a partir do desenvolvimento dos estudos sobre os direitos coletivos (transindividuais), do prestígio adquirido por certos direitos da personalidade, bem como da percepção empírica das injustiças que se vinham ou poderiam vir a ser cometidas. Daí a necessidade de se adequar o

processo às características de certos direitos materiais, precipuamente quanto à imutabilidade de suas decisões.

2.2 Os regimes diferenciados de produção da coisa julgada

A necessidade de uma melhor tutela dos direitos transindividuais gerou a percepção de que as regras vetustas de coisa julgada não poderiam ser aplicadas, surgindo assim a criação de novos mecanismos de sua produção, agora sob a ótica coletiva, pois os relativos à individual se tornaram, em relação àquela, absolutamente imprestáveis.

Segundo Didier Jr, além de reformular o sistema da legitimidade para agir - pois os direitos transindividuais não possuem titular determinado, antes pertencem a uma comunidade ou grupo, o que inviabiliza a aplicação das tradicionais concepções sobre a identidade do titular do direito com o legitimado para a causa - alterou-se profundamente o sistema de produção da coisa julgada material. Para o referido doutrinador, três foram os pontos atingidos:

a) a limitação subjetiva; b) a ampliação do objeto do processo, com o transporte in utilibus da coisa julgada e, c) a consagração da coisa julgada secundum eventum probationis (DIDIER JR, 2001, p. 714).

A análise da coisa julgada coletiva, objetiva tão somente apontar as derrogações das regras comuns, demonstrando que certos direitos possuem regime diferenciado de produção da coisa julgada, consoante as regras básicas que regulam a matéria: Art. 18, da Lei 4.717/65 (Ação Popular) e artigo 103 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

2.2.1 Da coisa julgada erga omnes ou ultra partes

Por esta técnica, segundo Didier Jr (2001), ampliam-se os limites subjetivos da coisa julgada, que passam a atingir até quem não foi parte na relação jurídica material. Justifica-se em razão de que os interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos) são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis à determinada pessoa individualmente considerada. A satisfação (ou não) de um implica, de uma só vez, a satisfação (ou não) de todos quantos se encaixem naquela situação. Assim, o processo, rendendo homenagem ao princípio da adequação, não poderia deixar de tutelar esta situação.

A diferença entre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* está na circunstância de que aquela diz respeito aos direitos difusos (portanto, sem qualquer possibilidade de redução da amplitude subjetiva) e, esta, aos direitos coletivos, cuja eficácia restringe-se ao grupo, categoria ou classe; a eficácia *ultra partes*, se poderia afirmar, é menos ampla do que a *erga omnes*.

2.2.2 Da ampliação do objeto do processo nas ações coletivas

Esta alteração significativa, *ope legis*, do objeto do processo nas ações coletivas (ações civis e públicas) veio permitir o transporte *in utilibus* da coisa julgada para as demandas individuais. É o que dispõe o § 3º do Artigo 103 do CDC, quando afirma:

Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder a liquidação e a execução nos termos dos arts. 97 a 100.

Para Didier Jr,

o transporte da coisa julgada, resultante de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos, se opera secundum eventus litis, ou seja, só há transporte nas hipóteses de procedência (DIDIER JR, 2001, p. 715).

Entretanto, Antonio Gidi (1995), citado por Didier Jr. (2001), diz que a coisa julgada coletiva não é *secundum eventum litis*; ela se opera *pro et contra*, mas apenas quando houver exaustão da prova; o que está de acordo com o evento da causa é a extensão da coisa julgada às lides individuais, que apenas se opera em hipótese de procedência.

O que autoriza o transporte da coisa julgada coletiva para a esfera individual daqueles que foram prejudicados pela violação do direito transindividual, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover (1999), citada por Didier Jr (2001), é a ampliação, por obra da lei, do objeto do processo e a inclusão, na coisa julgada coletiva, do dever de indenizar - assim como ocorre no dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal. Ou seja, acolhido o pedido na ação coletiva, no sentido de determinar a paralisação de certa obra de garimpo, por exemplo, que estava contaminando o rio com mercúrio, poderão os prejudicados se aproveitar desta decisão, para já a partir daí propor as suas respectivas ações individuais, sem necessidade de nova sentença condenatória, passando de imediato à liquidação e execução da sentença.

2.2.3 Da coisa julgada secundum eventum probationis

Por este regime condicionou-se a formação da coisa julgada ao esgotamento das instâncias probatórias. A coisa julgada somente surge, a favor ou contra, se houver suficiência de prova. Nas demandas transindividuais, é correto afirmar, segundo Marinoni (2000), citado por

Didier Jr (2001), que pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Se a sentença for improcedente mas de cognição exauriente, sua consequência é a formação de coisa julgada material *secundum eventum probationes*.

Assim, para Didier Jr (2001), podem ocorrer as seguintes situações: a) demanda procedente - faz coisa julgada material *erga omnes*; b) a demanda é julgada improcedente, por insuficiência de provas - não faz coisa julgada material *erga omnes*, autorizada nova propositura, fundada em novas provas, por qualquer legitimado, inclusive aquele que eventualmente perdeu a causa originária; c) a demanda é julgada improcedente, com suficiência de provas - a demanda produz coisa julgada *erga omnes*.

Este regime diferenciado de coisa julgada repercute, sem dúvida, no sistema recursal do Código de Processo Civil, quando envolver apelação e embargos infringentes, nos casos de demandas coletivas. Ao contrário do que ocorre no sistema comum de produção da coisa julgada, onde a rediscussão da fundamentação é irrelevante, porquanto a irresignação deve estar centrada no que foi decidido, no regime diferenciado *secundum eventum probationis*, como ocorre nas demandas coletivas, haverá oportunidades em que a discussão da fundamentação (embora o recorrente concorde com a conclusão) será da mais alta relevância, pois uma improcedência por falta de provas não gera as mesmas consequências de uma improcedência comum.

Cheim Jorge (1999), citado por Didier Jr (2001), traz como exemplo um acórdão unânime na decisão de improcedência, mas por maioria quanto ao exaurimento das vias probatórias (prevaleceu a tese de que não houve esgotamento da prova). Pois bem, aquele que venceu terá interesse recursal na interposição dos embargos infringentes, de modo que prevaleça o entendimento pela possibilidade de produção da coisa julgada. *Mutatis mutandis*, em se tratando de apelação. Eis porque, no particular, as lições antigas sobre tais recursos não de ser revistas. Mostra-se, assim, também aqui, o impacto deste regime diferenciado de coisa julgada no ordenamento jurídico.

2.3 A coisa julgada nas ações de investigação e negação de paternidade

Dentro deste tópico convém ainda lembrar as construções doutrinárias e jurisprudenciais a despeito dos regimes de produção da coisa julgada nas demandas de investigação de paternidade, especialmente para justificar a relativização de tais decisões. Apenas para citar, sem maiores discussões, as duas correntes mais enfáticas a respeito do tema.

A corrente que defende a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, capitaneada por Belmiro Welter, e seguido por Cândido Dinamarco, citados por Didier Jr. (2001), considera que nas ações

investigatórias de paternidade, somente se produzirá a coisa julgada material se houver exaurimento de todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente o exame de correspondência do código genético (DNA), não obstante a falta de previsão legal desta técnica procedimental, e a corrente que defende a produção da coisa julgada *pro et contra et non secundum eventum probationis*, defendida por Teodoro Jr. (1999), citado por Didier Jr. (2001), plenamente consentânea com a legislação processual, que admitem a formação da coisa julgada material pelo regime comum - pro et contra, produzindo-se a favor ou contra autor e réu, independentemente do material probatório investigado e do resultado da demanda - mas trazem vários argumentos que autorizariam uma futura rescisão do julgamento, caso não se tenham esgotado os meios de prova aplicáveis à espécie.

2.4 Da não formação da coisa julgada - sentença juridicamente inexistente

Há na doutrina uma parcela considerável de autores que sustentam a não formação da coisa julgada para um grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, considerando-as como juridicamente inexistentes se proferidas em processos sem que os autores tenham preenchidas as condições da ação. Assim, Wambier e Medina (2003, p. 31/32), "a sentença de mérito proferida sem que haja interesse do autor, sem que as partes tenham legitimidade *ad causam* e quando se formulou pedido não compatível com o ordenamento jurídico é ato juridicamente inexistente". Da mesma forma, defendem que na hipótese de nulidade da citação somada à revelia, é caso de inexistência, posto que não há formação de relação jurídica triangular entre autor-juiz-réu, considerada esta por parte de expressiva doutrina como pressuposto de existência e não de validade.

Dinamarco (2002), citado por Wambier e Medina (2003, p. 36), também acompanha essa corrente, ao afirmar que "sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade". Para essa corrente, o manejo da ação rescisória, apesar da letra da lei, é prescindível, posto que em se tratando de sentença juridicamente inexistente, nada há a desconstituir-se, bastando declarar-se por meio de ação de índole declaratória, a qualquer tempo. O mesmo acontece em relação a sentença que ofende a Constituição, denominada de coisa *julgada inconstitucional*, tida por essa corrente como sentença inexistente por impossibilidade jurídica, por exemplo, aplicar dispositivo declarado inconstitucional pelo STF ou cuja vigência está suspensa por medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, é o mesmo que aplicar *lei revogada ou inexistente*.

Digna de registro é a diferenciação definida por Wambier e Medina (2003, p. 212) entre sentenças nulas e sentenças inexistentes: "Aquelas, para serem desconstituídas, por meio de ação rescisória, ficam sujeitas ao prazo decadencial do art. 495. Estas podem ser, como inexistentes, declaradas a qualquer tempo".

3 Da proteção constitucional da coisa julgada material e sua relativização

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, estabeleceu que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Segundo Valder do Nascimento (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão, coisa julgada, tem a sua inserção na Constituição, porque esta não regula matéria de natureza estritamente instrumental. Para ele, o dispositivo constitucional supracitado tem o sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que o legislador ordinário possa alterar a substância daquilo que foi decidido:

Como se observa, a relação jurídica material não guarda qualquer pertinência com a Constituição, posto ser assunto ali não versado. De fato, as regras inerentes à res judicata são regras no plano da lei ordinária que, por determinação de comando superior, não pode contrariar o que já foi decidido pelo Poder Judiciário, cuja sentença enfrentou o mérito, assim passando em julgado (NASCIMENTO, 2003, p. 8)

Já Dinamarco (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, por sua vez, ensina que na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará, mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*. Para ele, por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regrada em sentença irrecorrível, como também *os juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e *as partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meio de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida:

Com esses contornos, a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional, segundo Liebman, ou ao direito processual material, para quem acata a existência desse plano bifronte do ordenamento jurídico (DINAMARCO, 2003, p. 55).

Embora reconheça ser a coisa julgada uma garantia constitucional, Dinamarco também defende a necessidade de relativização da coisa julgada material, quando reconhece que nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa *constitucional* de *acesso à justiça* (entendida esta como obtenção de soluções justas - *acesso à ordem jurídica justa*). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil.

E continua dizendo que esta garantia constitucional deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos. Assevera ainda que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto, capaz de fazer do branco preto e do quadrado, redondo. "*A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia*", daí a justificar a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional* (Op. cit., p. 62).

O Ministro Delgado do STJ, *in Coisa Julgada Inconstitucional* (2003), filia-se à corrente doutrinária que defende ter sido vontade do legislador constituinte impedir apenas que a lei prejudique a coisa julgada, ou seja, a regra contida no art. 5º, XXXVI, da CF, se dirige ao legislador ordinário. Para ele, a interpretação do dispositivo constitucional não oferece dificuldades. Utilizando-se do método gramatical de hermenêutica, poder-se-ia chegar a duas conclusões interpretativas absolutamente diferentes, quais sejam:

a) A lei não pode prejudicar a coisa julgada, ou seja, a lei não pode atribuir ao instituto da coisa julgada estrutura e limites que lhe emprestem menor amplitude. Assim, segundo ele, "seria inconstitucional toda disposição infraconstitucional que de qualquer forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse sua incidência ou dificultasse sua formação". Vale dizer, por essa interpretação, "a Constituição protegeria o instituto da coisa julgada";

b) A lei não pode prejudicar a coisa julgada, ou seja, a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados. Por essa interpretação, "a Constituição protegeria o teor do julgado". (DELGADO, 2003, p. 84/85).

Entende que a segunda interpretação é a que corresponde à mensagem constitucional, porquanto o desejo do constituinte foi o de impedir que a lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico já celebrado.

Assevera ainda, que na linha de interpretação sistemática os institutos processuais sempre conviveram com a regra constitucional em comento e que se prevalecesse a primeira tese (proteção constitucional da amplitude do instituto da coisa julgada), a ação rescisória seria inconstitucional, dado que se trata de remédio jurídico que tem como único objetivo destruir a coisa julgada. Da mesma forma também seria inconstitucional o instituto da revisão criminal, dado que a revisão criminal pode ser requerida a qualquer época, não se lhe podendo opor o instituto da coisa julgada. E conclui que:

é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.

O que a Carta Política não admite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.

De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses onde se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigorante ao tempo em que o trânsito em julgado se deu (op. cit., p. 87).

Delgado figura também dentre aqueles que se posicionam a favor da relativização da coisa julgada, defendendo que a decisão judicial, expressão maior de atuação do Poder Judiciário, "deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade" (op. cit., p. 80). Ensina, ainda:

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente, com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos. A moralidade está insita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade é da essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, quer pelo cidadão, não gera qualquer tipo de

direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade (op. cit., p. 81).

A justiça é anterior ao Direito e são em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas (op. cit., p. 106).

... 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, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa (op. cit., p. 107).

Entretanto, embora os autores acima mencionados, acrescentando-se a eles Humberto Theodoro Júnior, defendam a necessidade de relativização da coisa julgada material, deixam claro também que tal medida deve ser utilizada em casos extremos, não se destinando a destruir a segurança jurídica, mas para, no dizer de DINAMARCO, assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o dentro de um equilíbrio sistemático.

4 O Princípio da segurança jurídica

Sobre o princípio da Segurança Jurídica, vale trazer a lume, em destaque, o pensamento dos doutrinadores Jose Afonso da Silva, Sérgio Bermudes e Carmem Lúcia Antunes Rocha, que escreveram a respeito do tema na obra intitulada *CONSTITUIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA, estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVIDA PERTENCE*, coordenadora CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA.

Para Silva (2005, p. 17), a segurança jurídica em sentido estrito consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Afirma que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: *a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito.* Ao discorrer sobre a

segurança jurídica como proteção dos direitos subjetivos, em que situa a garantia da coisa julgada material (*op. cit.* p. 22), ensina que a proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador; contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada, mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

Sustenta, ainda, ao discorrer sucintamente sobre o conflito que pode existir entre a segurança jurídica e a relatividade da coisa julgada, que o principal ponto de discussão está entre a segurança que a coisa julgada oferece e o valor da justiça. Então pergunta-se se a coisa julgada deve prevalecer, mesmo quando ela acoberta uma decisão profundamente injusta, e arremata afirmando: "Certamente que repugna o sentimento jurídico ver a justiça suplantada pela segurança" (*op. cit.*, p. 22/23).

Já Sérgio Bermudes, em seu artigo intitulado "Coisa Julgada Illegal e Segurança Jurídica" (2005), afirma que no tocante às decisões judiciais cuja subsistência é repugnante, existe a certeza de que elas não podem prevalecer de nenhum modo:

Seria contra-senso pretender-lhes a eficácia, em nome da segurança jurídica, quando elas são causa de insegurança jurídica pelas incertezas, pela incredulidade, pelos temores que infundem. Produzem efeito contrário à sua finalidade institucional (BERMUDES, 2005, p. 135).

Por outro lado, Rocha (*op. cit.* p. 181), em seu trabalho intitulado "O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade, diz que o sistema constitucional é harmonioso e como tal haverá que ser interpretado e aplicado. O que desafina do seu ordenamento básico não tem valor, ainda que emanado de ato do próprio Poder Público. O Estado não está acima da Constituição, nenhum de seus agentes o está. Todos são agentes segundo a Constituição, afetos e submetidos a ela.

Não se pode considerar haver julgamento válido e subsistente contra a Constituição, pois o juiz busca a fonte de sua competência nesta Lei Suprema e sobre ela constrói os seus julgados:

O que se põe como julgamento sem fonte de direito constitucional tem aparência de coisa julgada. É caso que se julgou, mas não caso julgado no sentido jurídico e material da expressão aproveitada no sistema (ROCHA, 2005, p. 181).

Mais adiante Rocha traz alguns questionamentos que bem elucidam

a função do princípio da segurança jurídica no vigente Estado Democrático de Direito:

Contravindo a Constituição, o que se julgou em fase processual tida como derradeira não será intangível. Se assim fosse, estar-se ia a aquiescer com tese que permitiria que a obra do poder constituinte - que não pode ser alterada ou contrariada sequer pela competência constituinte reformadora - poderia ser mudada ou transgredida por ato de um juiz, que entendesse contra a Constituição, impondo-se a sua vontade à margem do Direito vigente, mais ainda, em afronta à lei magna do sistema positivo. Tanto não seria apenas contrário ao entendimento satisfatório da Constituição, seria contrário ao princípio da segurança jurídica. Com efeito, se uma inconstitucionalidade põe-se como inatacável e mantida no sistema a qualquer custo, sob o manto dito da coisa julgada, pode-se julgar qualquer coisa ou de qualquer maneira, mesmo contra a Constituição, por que o trânsito convalidaria as agressões à Lei Fundamental de um povo?

Que segurança teria qualquer pessoa se a Constituição não fosse garantida em sua integralidade, principalmente para aqueles que têm a competência específica, precípua e inarredável de lhe dar acatamento?

Que segurança se pode ter por jurídica, quando o veio máximo do Direito, fundamento de todas as ordens parciais e infraconstitucionais como é a Constituição, pode ser atacado e petrifica-se, tornando intangível até mesmo ao exame e remédio contra inconstitucionalidades objetivamente atestadas e declaradas pelo próprio Estado? (ROCHA, 2005, p. 183).

Importante destacar também, para entendimento prático da aplicação do princípio da segurança jurídica, a preocupação que a aludida doutrinadora manifesta quanto aos efeitos dos julgados anteriores à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por órgão judicial competente, que se tenham baseado em ato normativo havido como insubsistente.

Ressalta que em relação aos efeitos já produzidos, terão que ser considerados em razão de sua ponderação sóciojurídica e das consequências que o seu desfazimento poderá acarretar. A Lei 9.868/99, em seu art.27, estabelece que:

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.

A produção de efeitos *ex nunc*, ou até mesmo em momento futuro da declaração de que seja integralmente cumprido o quanto determinado no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*". Seria incoerente que o jurisdicionado ficasse sujeito ao desfazimento automático dos efeitos produzidos anos antes e que lhe tenha sido patrocinado ou determinado pelo Estado em razão do advento de outro provimento, este declaratório de inconstitucionalidade, contrário ao primeiro.

Destaca ainda que, quando se busca a nulidade de um julgado inconstitucional, não se há deixar de considera a repercussão e o fundamento daquele julgado em sua inteireza. Se um dos fundamentos do *decisum* questionado tiver sido objeto de declaração de inconstitucionalidade, mas outro, que pode ser tido como autônomo, e que se respalde em princípio constitucional, for suficiente para manter o decidido, não se terá a sua nulidade declarada, não obstante a eiva que acomete o fundamento insubsistente.

Outra lição importante dita pela citada doutrinadora, (*op. cit.*, p. 188) é que os princípios constitucionais são aplicados harmoniosamente, para o que se impõe a sua ponderação no momento de sua aplicação. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, por que o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamentos sociais. E arremata, dizendo que:

Não se quer a insegurança, mas não se aspira à imutabilidade absoluta das coisas, atos e fatos da vida. O que se busca é a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espaço das relações humanas e das relações jurídicas. Há que se entender, pois, que o fim de todas as instituições de direito é a justiça, que conduz à segurança, não a certeza processual de um momento, que não se pode manter quando contrarie todos os princípios postos de justiça, dignidade e liberdade (ROCHA, 2005, p. 191).

4.1 O valor segurança e a efetividade do processo

De acordo com os valores atuais, o que se quer é um processo de resultados e um processo de resultados justos, o que certamente não se

obtém com a adoção de postura teórica, rígida, inflexível e por demais formalista, que não se harmoniza com o conjunto de tendências que vêm norteando os modernos pensadores do processo.

Segundo Wambier e Medina (2003), a decisão judicial moderna não deve fundamentar-se apenas na lei, ela deve ser fruto de uma "solução normativa" como sendo fruto da combinação de vários elementos do sistema (princípios, lei, jurisprudência e doutrina). Entendem que:

A lei deve ser obedecida, tal como a entende a jurisprudência dominante, baseada na doutrina e nos princípios por ela versados. (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 174).

Exemplo marcante consubstancia-se na figura da *exceção de pré-executividade*, que não estava prevista expressamente em lei, mas que é admitida pela doutrina e pela jurisprudência com tranqüilidade, embora tenha sido bastante mitigada, com o advento da recente lei 11.382/06, que dentre várias mudanças no processo de execução de título extrajudicial, dispensa a necessidade de garantia do juízo para o devedor embargar - Art. 736 do CPC.

Outros exemplos que marcaram a evolução deste fenômeno podem ser assim discriminados: a criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; as tendências ao afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência, quanto no do direito positivo e uma maior freqüência de decisões em que se aplica a casos concretos a teoria da imprevisão, nos contratos civis, administrativos, e especialmente naqueles em que há incidência do Código de Defesa do Consumidor; a possibilidade generalizada de se adiantarem à parte os efeitos ou parte dos efeitos da tutela pretendida (art. 273 do CPC), bem como o novo regime da execução provisória, em que se permitem atos de alienação, além das recentes alterações introduzidas pela Lei 11.232/06, inaugurando-se um novo modelo processual de execução de título judicial, passando-a para mera fase incidental, demonstram de forma absolutamente inequívoca uma tendência que vem refletindo tanto nos rumos da jurisprudência quanto na conduta do legislador. Estas últimas alterações introduzidas no Código de Processo Civil demonstram uma valorização mais intensa da efetividade do processo em detrimento do dimensionamento clássico da segurança.

Claro está neste contexto a firme opção por deixar-se de lado, em parte, pelo menos, o valor clássico da *segurança* em favor do valor *efetividade*, posto que no quadro atual já não satisfaz mais a resolução "formal" dos conflitos: o que se quer são soluções "reais", ainda que ocorram num esquema de menor segurança.

Assim, para Wambier e Medina (2003, p. 175) se trata de postura, fruto da necessidade do balanceamento ou do equilíbrio de dois valores, *justiça e segurança*, e resultado da necessidade de que se abra mão, em parte, de soluções que têm em vista prestigiar o valor segurança,

para se optar por outros caminhos que levam à obtenção de decisões tidas por mais "justas". Afirmam ainda que:

Entender-se que a desnecessidade de que o juiz decida em exata conformidade com o que dispõe a letra da lei deveria levar a um outro extremo, ou seja, à possibilidade de que decidisse de acordo com as suas convicções pessoais geraria, em nosso entender, situação de intolerável insegurança, intranquilidade e imprevisibilidade, absolutamente incompatível com o Estado de direito. Optar-se por esta concepção, no sentido de que o juiz deve decidir com base no sistema jurídico o que significa dizer, decidindo com base em elementos que o compõem, manejando-os, às vezes, de modo a que temos designado de "criativo", se, por um lado, torna o valor segurança muito mais rarefeito do que ocorria no esquema rigorosamente silogístico, por outro lado, não leva a sociedade ao "caos", gerado pela concepção que se pretende vigorosamente repelir. (WAMBIER e MEDINA, 2003, p. 175).

Nas observações que acima se fizeram percebe-se nitidamente um juízo de valor positivo. É que a simples circunstância de, às vezes, a decisão judicial não ser, realmente, inteiramente previsível, mas, por outro lado, contar o juiz com um *repertório limitado de elementos* para conceber a solução normativa para o caso (sistema jurídico), é capaz de garantir à sociedade certa margem confiável de segurança.

5 Da coisa julgada inconstitucional e os mecanismos de seu controle e desfazimento

Existem várias situações em que se configura a coisa julgada inconstitucional, sendo que a doutrina aponta, comumente, além das decisões que violem diretamente a Constituição, aquelas que apliquem norma inconstitucional, tenham sido ou não objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e aquelas que deixam de aplicar norma constitucional por entendê-la, equivocadamente, inconstitucional.

Há necessidade de se argüir, entretanto, acerca do mecanismo processual cabível, no direito brasileiro, para se ver reconhecida a inconstitucionalidade da coisa julgada, vez que o ordenamento jurídico processual carece de regulamentação a respeito.

A Constituição Federal Brasileira atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, revelando a tendência clássica de preocupação apenas com o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo dotados de força normativa.

Sobre este tema, Theodoro Júnior e Juliana de Faria (2003) *in Coisa Julgada Inconstitucional*, afirmam:

À mingua de previsão expressa de um instrumento de controle, muitos poderiam ser conduzidos à conclusão de que a coisa julgada inconstitucional estaria imune a qualquer meio de impugnação. Destarte, tão logo configurada a coisa julgada, com o esgotamento da via recursal, não mais haveria a possibilidade de ser alterada acaso contivesse uma violação direta à Constituição Federal. Ora, aludido entendimento mostra-se insustentável, mormente quando se verifica que até mesmo a coisa julgada que contém vício menor (ilegalidade) se sujeita à impugnação através da ação rescisória contemplada nos arts. 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Surge, então, a indagação: o instrumento processual para a impugnação seria a ação rescisória, sujeitando-se, assim, a coisa julgada inconstitucional ao mesmo regime jurídico da coisa julgada ilegal, inclusive quanto aos prazos? (TEODORO JR. E FARIA, 2003, p. 151).

Os referidos autores, demonstrando que o STJ vem admitindo a ação rescisória para se desconstituir a coisa julgada inconstitucional, mas sem enfrentar diretamente o tema, entendem, entretanto, que isso não significa a sua submissão indistinta ao mesmo regime da coisa julgada ilegal, de modo a que, ultrapassado o prazo de dois anos para o manejo daquela ação, impossível o seu desfazimento, vez que, para eles, entender-se o contrário seria equiparar a inconstitucionalidade à ilegalidade, "o que é não só inconveniente como avilta o sistema e valores da Constituição" (TEODORO JR. e FARIA, 2003, p. 153).

O entendimento predominante é o de que a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, independe de rescisória, podendo a qualquer tempo ser declarada tal nulidade, por meio de ação intentada com esse fim, ou por meio de embargos à execução.

A esse respeito, traga-se à colação o que leciona Nascimento (2003):

Se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face de grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Nesse caso, há de se buscar suporte na actio querela nullitatis.

De referência a essa ação autônoma, cumpre trazer o conceito formulado por José Cretella Neto:

Expressão latina que significa nulidade do litígio. Indica a ação criada e utilizada na Idade Média, para impugnar a sentença, independentemente de recurso, apontada como a origem das ações autônomas de impugnação.

Conquanto se registrem opiniões divergentes no plano doutrinário, a querela nullitatis insanabilis é o remédio voltado para a impugnação de erros graves cometidos no âmbito da jurisdição. Pode ser alegável contra vícios, que, consoante Alexander dos Santos Macedo, não se sanam "com a preclusão temporal e sobrevivam à formação da coisa julgada (NASCIMENTO, 2003, p. 22/23).

Esse entendimento também é partilhado por Rocha (2005) ao afirmar ser:

(...) perfeitamente pertinente a via da ação rescisória, se havida a declaração de inconstitucionalidade antes de exaurido o prazo processual legalmente estatuído (art. 495, do Código de Processo Civil), pela via de embargos à execução, fundada em inexigibilidade do título exequendo (art. 741, II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil) ou, ainda, em qualquer tempo, pela actio querela nullitatis, tida como subsistente no direito brasileiro, pela jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil (ROCHA, 2003, p. 187).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp.12.586 - São Paulo, Relator Ministro Waldemar Zveiter admite a *querela nullitatis insanabilis*, no direito positivo brasileiro, consoante se vê da seguinte ementa:

Ementa: Processo Civil - Nulidade da Citação (inexistência) - Querela nullitatis.

I - A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que sem a citação, o processo, vale dizer, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com este objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

II - Recurso não conhecido.

Theodoro Júnior (2003) levanta questão importante acerca da diferença entre a decisão rescindenda que aplicou lei inconstitucional e a que se recusou a aplicar lei constitucional:

A jurisprudência, de maneira geral, afasta o cabimento da ação rescisória quando, ao tempo da sentença

rescindenda, a lei aplicada era de interpretação controvertida nos tribunais, mesmo que, mais tarde, o entendimento pretoriano tenha se pacificado em sentido diverso do adotado pelo decisório impugnado.

No entanto, para o Superior Tribunal de Justiça, essa orientação vale apenas para a violação da lei ordinária (CPC, art. 485, V), não, porém, de texto constitucional. Em se tratando de matéria disciplinada pela Carta Magna, outrossim, pouco importa que a decisão rescindenda tenha afirmado a inconstitucionalidade ou constitucionalidade em cima de interpretações controvertidas nos tribunais. A Súmula nº 343 do STF deverá ser sempre afastada e a ação rescisória caberá, sem restrições, se a controvérsia acabou em face de prevalência de tese contrária à da sentença impugnada.

O Superior Tribunal de Justiça, como se vê, tem tratado com igual critério a sentença que deixa de aplicar lei ordinária a pretexto de inconstitucionalidade e a que acolhe lei ordinária rejeitando arguição de inconstitucionalidade. Em ambos os casos, o posicionamento do referido Tribunal é favorável ao cabimento da rescisória, sempre que, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vier a se fixar em sentido diverso da tese que prevalecia ao tempo dos decisórios rescindendos. Fundase, o STJ, no pressuposto de que a questão constitucional conduz à nulidade dos preceitos que não se afinem aos ditames superiores da Carta Magna, e que, assim, não se deve deixar de rescindir a sentença a eles desconforme. As duas situações cotejadas, porém, não são iguais. Quando um julgado aplica lei inconstitucional, a ofensa é cometida diretamente contra a Constituição. A lei aplicada, sendo absolutamente nula, contamina de igual ineficácia também a sentença que lhe pretende reconhecer validade. No caso, porém, de não aplicação da lei ordinária, por alegado motivo de ordem constitucional que mais tarde vem a ser afastado por mudança de orientação jurisprudencial, a ofensa que poderia ser divisada não é à Constituição, mas sim à lei ordinária a que a sentença não reconheceu eficácia. Não se pode, data venia, dizer que, na não-aplicação da norma infraconstitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, ipso facto, nula (TEODORO JR, 2002, p. 157/158).

Vê-se, pois, que a recusa de aplicar lei constitucionalmente correta representa, quando muito, um problema de inconstitucionalidade reflexa, o qual, porém, não é qualificado pela jurisprudência reiterada do

Supremo Tribunal Federal como questão constitucional. Disso decorre que a hipótese deva se submeter ao regime comum das ações rescisórias por ofensa à lei ordinária e não ao regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais.

5.1 Mecanismos positivados de desfazimento da coisa julgada inconstitucional

Merece exame em separado o caso do parágrafo único acrescentado ao art. 741 do Código de Processo Civil pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, cujo normativo foi também recentemente instituído através do Art. 475-L, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil, *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 declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

São tantas e tão complexas, porém, as questões suscitadas por esse texto - a começar pelo entendimento que se deve dar ao enunciado legal -, que o tema, por merecer tratamento aprofundado, não será enfrentado neste trabalho. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto está explícito nas decisões do REsp 720953/SC - Julgamento 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p.142 e, AgRg. no Ag. 602238/DF - Julgamento 12/05/2005, DJ 20/06/2005, p. 135 e pode assim ser sintetizado:

Primeiro, reconhece que o mecanismo agregado ao processo civil, contido no parágrafo único do art. 741 do CPC, foi instituído para solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e a supremacia da Constituição, com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

Segundo, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).

Terceiro, estão fora do âmbito material dos referidos embargos,

portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que: a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Quarto, também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

Conforme bem se vê, o STJ, em respeito ao princípio da segurança jurídica da coisa julgada, restringiu a utilização do presente mecanismo de embargos às demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que: a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Não se pode deixar de reconhecer o avanço já experimentado na aplicação desse mecanismo contido no parágrafo único do Art. 741 e mais recentemente repetido no Art. 475-L, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, especialmente pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, como instrumento rescisório dos julgados nas ações do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), instituído pela Medida Provisória n° 2.180-35, de 24.08.2001, justamente para minimizar o impacto financeiro bilionário decorrente da correção das contas vinculadas do FGTS aplicada nos seguintes meses e respectivos planos econômicos: Bresser (Junho/87-26,06%); Verão (Janeiro/89 - 42,72%); Collor I (Abril/90 - 44,80% e Maio/90 - 7, 87%) e Collor II (Fevereiro/91 - 21, 87%), deferida pelo Superior Tribunal de Justiça na apreciação de recursos em centenas de milhares de ações de rito ordinário. Porém, o Supremo Tribunal Federal -STF, no julgamento do RE 226.855-7 - RS, Relator o Exmo. Min. Moreira Alves, afastou o direito à complementação dos valores referentes a JUN/87, MAIO/90 e FEV/91, porquanto ausente ofensa ao direito adquirido. Quanto aos meses de JAN/89 e ABR/90 entendeu se tratar de matéria infraconstitucional, de competência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, órgão que estabeleceu o direito de os titulares de contas vinculadas no FGTS receberem os respectivos créditos.

Frise-se que o instrumento de natureza rescisória, utilizado para afastar a correção dos valores considerados devidos pelo STJ e afastados pelo STF, não obstante a possível discussão acerca da constitucionalidade da referida medida legislativa, somente pode ser

utilizado nos casos em que o trânsito em julgado da decisão tenha ocorrido após a instituição da aludida Medida Provisória, consoante entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, desde que os embargos (respeitando-se o princípio da fungibilidade) ou ação rescisória sejam propostos no prazo decadencial de 02 anos, por entender que neste caso não se trata de rescisão por motivo de inconstitucionalidade, mas por ilegalidade das decisões que concederem a correção do FGTS nos planos econômicos e meses não reconhecidos pelo STF, por ausência de direito adquirido. A Súmula nº 343 do STF deverá ser sempre afastada neste particular e a ação rescisória caberá, sem restrições, se a controvérsia acabou em face de prevalência de tese contrária à da sentença impugnada.

No entanto, o principal matiz desse mecanismo consiste em sua utilização para atacar as decisões que contenham vício de inconstitucionalidade, a qualquer tempo.

6 Conclusão

O fenômeno da *coisa julgada inconstitucional* como uma das hipóteses do que a doutrina vem chamando de *relativização da coisa julgada*, traduz-se num processo evolutivo que vem ganhando força, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ao ponto de provocar o legislador a inserir o primeiro passo rumo à positivação de mecanismos de sua rescisão na legislação processual brasileira, conforme previsão do Artigo 741, parágrafo único, e mais recentemente no Artigo 475-L, parágrafo primeiro, ambos do CPC, que tratam respectivamente, dos embargos do devedor contra execução de sentenças condenatórias proferidas contra a fazenda pública, e da nova impugnação à execução de título judicial, com caráter declaratório de inexigibilidade.

O processo evolutivo relativista da coisa julgada não anda sozinho, ele interliga-se com outros fenômenos que vêm ocorrendo no direito processual brasileiro, tais como: a criação do instituto do julgamento antecipado da lide, pelo legislador de 1973; o afastamento da regra da *pacta sunt servanda*, tanto no plano da jurisprudência, quanto no do direito positivo e uma maior frequência na aplicação da *teoria da imprevisão*, especialmente após a edição do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil; adiantamento à parte, dos efeitos da tutela pretendida (Artigo 273 do CPC); o novo regime da execução provisória em que se permite atos de alienação; o novo modelo processual de execução de título judicial (Lei 11.232/06), inaugurando-se uma fase incidente, bem como as inovações inseridas no processo de execução de título extrajudicial (Lei 11.382/06), inspiradas nos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil (executivas *latu sensu*) dentre outros, numa demonstração clara de que o valor segurança vem dando lugar, paulatinamente, aos valores justiça e efetividade.

Percebe-se que os regimes tradicionais de formação da coisa julgada previstos no processo civil para as ações individuais e patrimoniais não serve para justificar os modos de sua formação aplicável às ações coletivas ou das que discutem direitos indisponíveis.

Da mesma forma que as sentenças tidas por inexistentes - em que há apenas a *aparência* de coisa julgada, pois que a própria sentença não passa de uma aparência - há decisões judiciais que não ficam acobertadas pela coisa julgada, ou em que a coisa julgada se opera de modo diferente do que normalmente ocorre em relação às decisões fundadas em cognição plena e exauriente, em virtude da *limitação horizontal ou vertical da cognição realizada*.

Os doutrinadores que defendem a necessidade de relativização da coisa julgada material deixam claro que tal medida deve ser utilizada em casos extremos, não se destinando a destruir a segurança jurídica, mas para assentar a proposta de um correto e razoável dimensionamento do poder imunizador da coisa julgada, relativizando o significado dessa garantia constitucional e harmonizando-o dentro de um equilíbrio sistêmico, onde os valores maiores da Constituição ganham destaque.

O princípio da segurança jurídica não pode sobrepor-se a outros princípios fundamentais inseridos na Constituição, devendo ser aplicado de forma harmônica e ponderada com outros princípios constitucionais. Logo, se o desfazimento ou a declaração de nulidade da decisão comprometer mais ainda outros princípios constitucionalmente consagrados, tais como o da dignidade da pessoa humana, moralidade, liberdade, isonomia, justiça ou de qualquer um dos que se põem no sistema vigente, não se há de dar o resultado nulificador, por que o que se colheria seria o oposto do direito fundamental à segurança jurídica e ao princípio da constitucionalidade de todos os provimentos estatais e de todos os comportamentos sociais.

No estudo apresentado restou demonstrado que a tese sobre o fenômeno da inconstitucionalidade, inclusive o que incide sobre as decisões judiciais, se reduz a uma relação de validade. Se o ato de poder - qualquer que seja ele - é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale. A solução passa pelo mecanismo da nulidade. O que é nulo, nenhum efeito pode produzir, bastando que se recorra à figura dos Embargos à Execução, Impugnação ou Ação Declaratória, a qualquer tempo, para reconhecimento da invalidade *pleno iure*. Para casos da espécie, doutrina e jurisprudência predominantes reconhecem a subsistência da antiga *quærela nullitatis insanabilis*.

Utiliza-se também da figura da Ação Rescisória, com apoio no Art. 485, V, do CPC, se o vício de inconstitucionalidade da lei aplicada como razão de decidir for declarado pelo Supremo Tribunal Federal (em controle abstrato ou difuso), ou que, ao contrário, tenha a sentença ou acórdão vislumbrado a inconstitucionalidade de norma reconhecida pelo

STF como constitucional, desde de que no prazo decadencial de 2 anos, não incidindo neste caso, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, de forma que, mesmo que a matéria fosse controvertida à época do julgado rescindendo, ela seria cabível. Esse mecanismo reflete o que prevalece na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

Alguns doutrinadores, dentre eles, Tereza Arruda Alvim e José Miguel Garcia, consideram que o ato jurisdicional inconstitucional é ato inexistente, uma vez que ao se basear em dispositivo fulminado por inconstitucionalidade, tal sentença estaria sem dispositivo, não se formando coisa julgada material, o que justifica a utilização da ação declaratória para declarar sua inexistência, a qualquer tempo.

Notas

- 1 Agradecimento especial ao Digníssimo Ministro do STJ, Dr. Sebastião de Oliveira Castro Filho, pelo incentivo, discussão e colaboração no fornecimento de material de pesquisa.

Referências

DIDIER JR, Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Gênese - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, nº 22, outubro/dezembro 2001, p. 709/740.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 377, p. 43/62.

NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.); DINAMARCO, Cândido Rangel; TEODORO JR. Humberto; DELGADO, José Augusto e FARIA, Juliana Cordeiro de. **Coisa Julgada Inconstitucional.** 2a. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunesv (Org.); BERMUDES, Sérgio; SILVA, José Afonso. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.* 2a. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.