

A LEITURA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA FRENTE AO CONSTITUCIONALISMO DA PÓS-MODERNIDADE

Fabiana Azevedo da Cunha¹

1. Introdução. 2. A discussão atual sobre a relativização da coisa julgada. 2.1. Noções gerais sobre o instituto da coisa julgada. 2.2. Proposições de Humberto Theodoro Júnior, de José Augusto Delgado e de Cândido Rangel Dinamarco. 2.3. Posição de Sérgio Gilberto Porto, de Ovídio A. Baptista da Silva, de José Maria Rosa Tesheiner e de Araken de Assis. 3. Pós-modernidade e a constitucionalismo. 3.1. Segurança jurídica na pós-modernidade. 3.2. As normas constitucionais e sua aplicação. 3.3. A supremacia da Constituição frente a decisões transitadas em julgado inconstitucionais. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A garantia constitucional da coisa julgada tem exigido, há muito, análise acurada dos processualistas, por sua especial importância àquele ramo do Direito. Todavia, diante do fenômeno da constitucionalização do Direito e, por conseguinte, de seu papel central no sistema jurídico, que trouxe consigo um novo método de interpretação constitucional, essencialmente, sistemático e tópico, a garantia, consagrada até então em termos bastante herméticos, embora não absolutos, passou a ser rediscutida em novos parâmetros. E, agora, parecem estar não só os processualistas, mas também os constitucionalistas, se é que se pode cogitar de tal classificação, considerando o papel atual da Constituição no sistema, discutindo tal garantia, de maneira que tal debate acabou por assumir um lugar de destaque nas discussões jurídicas atuais, daí a importância e a eleição do tema para exame no presente estudo.

Assim, na primeira parte desta análise, pretende-se situar o problema que está sendo enfrentado, qual seja: é admissível a flexibilização da coisa julgada fora das hipóteses sistematicamente já previstas para esse fim pelo legislador

¹ Mestre em Direito - PUC/RS, Especialista em Direito Tributário - UNISINOS, Diretora Presidente da Escola Superior de Advocacia Pública da APERGS, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

infraconstitucional? Para tanto, faz-se uma abordagem mínima das noções gerais atinentes à garantia constitucional da coisa julgada e, em seguida, oferecem-se resumidamente, ainda que com as limitações de reproduzir a opinião de outros doutrinadores, as diferentes leituras que o tema vem suscitando perante na dogmática jurídica atual.

Na segunda parte do trabalho, tem-se por escopo situar a discussão do problema no seu contexto, isto é, no contexto da pós-modernidade, que impõe a redefinição do papel central outrora ocupado pela segurança jurídica. Ademais, objetiva-se distinguir especificamente como o novo constitucionalismo e a nova interpretação constitucional não podem andar ao lado de um entendimento que limite de sua incidência a garantia constitucional da coisa julgada.

Por fim, diante das premissas assentadas, aborda-se a importante questão da garantia da supremacia da Constituição frente a decisões transitadas em julgado inconstitucionais.

2 A DISCUSSÃO ATUAL SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

É possível afirmar que há consenso quanto à importância do instituto da coisa julgada, não apenas a fim de preservar a certeza e a segurança jurídica aos envolvidos nos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário, afastando a instabilidade e a insegurança causadas pela eternalização das demandas, mas para a sociedade como um todo, na medida em que a coisa julgada garante a própria estabilidade e segurança no convívio social, isto é, nas relações sociais reguladas pelo Direito.

Entretanto, outras convergências, tais como em relação à extensão da garantia constitucional e, mais propriamente, quanto às possibilidades de revisão da coisa julgada admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, são poucas entre os juristas pátrios, de sorte que, para o exame do tema proposto, necessário, após a apresentação das linhas gerais do instituto, uma abordagem das posições de alguns doutrinadores de destaque no cenário nacional sobre os limites da imutabilidade, conferida pela coisa julgada, às decisões judiciais.

Antes de ingressar em dita análise, importante referir, todavia, que a discussão acerca de uma possível relativização da coisa julgada ganhou espaço especialmente no momento em que se trata da constitucionalização do Direito, de maneira que o instituto, além da análise cuidadosa que sempre recebeu dos privatistas e dos processualistas, passou a ser objeto de exame profundo por parte do publicistas. Embora o desconforto que tal consideração possa trazer, pode-se considerar que grande parte da celeuma que tem trazido o instituto da coisa julgada recentemente tem a ver com sua análise a partir não apenas dos limites da processualística, mas dos princípios que dominam o constitucionalismo brasileiro. E, mais ainda, do próprio método de interpretação dos princípios constitucionais que exige, como técnica de decisão jurídica, a ponderação. Tal técnica

iniciou direcionada à solução dos chamados *hard cases* (casos difíceis), em que dois princípios em tese aplicáveis ao caso concreto implicariam, se aplicados isoladamente, em decisões conflitantes, devendo, portanto, ser aplicados de forma balanceada, preponderando aquele que conduzisse à solução mais adequada ao caso concreto, utilizando-se como princípio instrumental de tal processo, o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”² e, por conseguinte, começou-se a ponderar o princípio da segurança jurídica (valor assegurado pela coisa julgada) com outros princípios relevantes tais como o da justiça social, da proteção dos direitos de personalidade, etc., de sorte que se iniciou a discussão sob os limites da coisa julgada numa revisão do próprio método de interpretação constitucional.

Dessa forma, seja, então, em decorrência da inserção do instituto da coisa julgada com viés quase absoluto em nosso sistema jurídico, seja em decorrência da própria incerteza por ora ainda inserta nos parâmetros para a aplicação da técnica de decisão pela ponderação, que ainda prescinde de objetividade e, muitas vezes, dá lugar a ampla discricionariedade³, é que o tema tem despertado defesas e ataques extremamente entusiasmados, conforme será visto a seguir, tão logo sejam apontadas as noções gerais atinentes à coisa julgada.

2.1 Noções Gerais Sobre o Instituto da Coisa Julgada

É a Constituição que define os contornos da segurança jurídica, aí situando-se a proteção à coisa julgada. No Brasil, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, a referência constitucional à coisa julgada limita-se a protegê-la dos efeitos da lei nova, isto é, sua inclusão no texto constitucional está em dispositivo que consagra o princípio de direito intertemporal de irretroatividade da lei nova frente ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, qual seja: inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna.

Nesse sentido, tem-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

² BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.302.

³ BARROSO. O Direito... p. 303.

Assim, parte da doutrina nacional entende que a Constituição Federal protege a coisa julgada frente à lei nova, dirigindo-se a norma constitucional ao legislador ordinário, de sorte que não há qualquer vício na regulação do instituto por meio de lei ordinária. Nesse sentido, manifestam-se, dentre outros, Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado. Por tal razão, isto é, por não ser a coisa julgada uma garantia constitucional absoluta pertinente ao instituto em si, é que o artigo 485 do Código de Processo Civil é constitucional, embora contenha previsão de rescindibilidade da coisa julgada por meio de ação rescisória, o mesmo podendo ser dito relativamente à constitucionalidade do instituto da revisão criminal, ao qual não pode ser oposto o instituto da coisa julgada. Protege-se a coisa julgada da atuação direta do legislador. Assim, o dispositivo constitucional não proíbe a lei de limitar o instituto da coisa julgada, enfim de discipliná-lo, restringir sua aplicação, oferecer novos instrumentos para seu controle, etc., mas sim de violar a própria coisa julgada, isto é, veda que o legislador ordinário legisle atingindo julgados já decididos definitivamente pelo Poder Judiciário e sobre os quais já há coisa julgada, de modo que normas editadas posteriormente aos casos já julgados atingirão apenas os casos não julgados. A norma constitucional tem por escopo que lei nova não possa retroagir para atingir caso concreto definitivamente julgado por sentença sobre a qual já recaiu o reiteradamente denominado manto da coisa julgada.

Em realidade, crê-se ser a coisa julgada uma derivação do direito adquirido, direito este que foi adquirido por força de decisão judicial terminativa de um litígio. Entretanto, o constituinte, já na Constituição de 1934, com redação da norma constitucional idêntica a atualmente vigente, deu destaque tanto à coisa julgada, quanto ao ato jurídico perfeito, no art. 113, inciso 3, os quais, em si, poderiam estar compreendidos dentre da proteção ao direito adquirido. Igualmente, na Constituição de 1946, art. 141, § 3º, e na Constituição de 1967, art. 153, § 3º, e, por fim, na Constituição de 1988, protegeu-se a coisa julgada, que é instituição de direito desde os romanos⁴. Daí, então, que o objetivo da norma constitucional não é blindar o instituto da coisa julgada, mas sim proteger o direito que já foi adquirido por meio de decisão judicial definitivamente julgada, protegendo os princípios da irretroatividade da lei e da não-surpresa.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso destaca que a norma constitucional do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, “dirige-se, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos administrativos e judiciários. Seu alcance atinge, também, o constituinte *derivado*, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV da CF. Disso resulta que as

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 172.

emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁵.

De toda sorte, conforme analisado, incumbe à lei infraconstitucional definir objeto da garantia e, por conseguinte, para que se esclareça o conteúdo da coisa julgada, há que se fazer a leitura dos dispositivos infraconstitucionais. Nessa senda, tem-se o artigo 467 do Código de Processo Civil e o artigo 6º, § 3º, da LICC.

Dispõe o artigo 467 do CPC: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Por sua vez, reza o artigo 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657, de 04 de setembro de 1942) que:

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Logo, nem todo provimento judicial revela-se idôneo a revestir-se da singular eficácia da coisa julgada, mas tão-somente o provimento judicial que põe fim ao processo.

Quanto ao fundamento político para proteção conferida constitucionalmente à coisa julgada frente à lei nova, não há dúvidas de que é a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a paz social, que é propriamente o fundamento do Direito em si, na medida em que a sociedade não pode prescindir de um mecanismo que solva os conflitos sociais e, por sua vez, tal mecanismo, ainda que contenha meios de evitar a perenização de decisões injustas, que são os recursos, não pode eternizar o conflito, sempre admitindo sua revisão, daí que a coisa julgada acaba por conferir imutabilidade as decisões judiciais sobre as quais venha a recair, mantendo, dessa forma, a ordem pública. A insegurança e a incerteza jurídicas apenas servem à perturbação da paz social, o que não é um fim para o Direito.

No que pertine ao fundamento jurídico da coisa julgada, conforme lição de Sérgio Gilberto Porto⁶ sobre o tema, juristas da Idade Média, com base em textos de Ulpiano, entendiam que a coisa julgada decorre de uma presunção de verdade absoluta conferida à sentença. Por sua vez, para Savigny, a sentença constituía ficção da verdade ou uma verdade artificial. Na teoria de Pagenstecher, que é a teoria da força legal, substancial da sentença, a coisa julgada fundamenta-se no direito novo, por força de lei, criado pela sentença. Já, na teoria de

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002. p. 55.

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil (análise, crítica e atualização)* 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1998. pp. 39-55.

Hellwig, que é a teoria da eficácia da declaração, a sentença não cria direitos, ela apenas os declara, e é o efeito de declaração constante na sentença que produz a certeza do direito. Há obrigação dos órgãos jurisdicionais em respeitar a precedente declaração contida numa sentença passada em julgado. Para Ugo Rocco, que trata da teoria da extinção da obrigação jurisdicional, a coisa julgada está inserida na obrigação estatal de prestar a atividade jurisdicional às partes, apresentando-se a coisa julgada, antes de tudo, como fenômeno processual que extingue o direito público subjetivo à prestação jurisdicional, relativamente a um certo e determinado direito de ação. Para Chiovenda (teoria da vontade do Estado), a coisa julgada encontra seu fundamento na vontade do Estado, consistindo na simples circunstância do atuar da lei no caso concreto, na medida em que isso representa o objeto do desejo do Estado. Para Liebman, a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e torná-los imutáveis.

Além das diversas teorias sobre o fundamento jurídico da coisa julgada, importa extrair da obra de Sérgio Gilberto Porto sobre o tema, as seguintes assertivas sobre a definição do instituto⁷, que bem ajudam a compreendê-lo:

A definição de coisa julgada envolve algo mais que a simples soma de seus termos, pois representa um conceito jurídico que qualifica uma decisão judicial, atribuindo-lhe autoridade e eficácia. Trata-se, em suma, daquilo que, para os alemães, é expresso por *Rechtskraft*, ou seja, “direito e força”, “força legal”, “força dada pela lei”.

(...)

A coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal. Essa idéia não se confunde com a de autoridade nem, muito menos, com a de eficácia (...). Como também não se confunde com a razão pela qual a nova situação jurídica se tornou indiscutível, na medida em que essa razão representa a impossibilidade de impugnação – de forma eficaz – da decisão proferida, em face da preclusão recursal.

Outrossim, na lição de Araken de Assis⁸:

(...) a “coisa julgada”, aludida no art. 5º, XXXVI, da CF/88, consiste na indiscutibilidade do pronunciamento, quanto ao mérito, eficácia acrescentada após o trânsito em julgado. Ficam as partes subordinadas à eficácia do ato e à regra jurídica concreta por ele estabelecida.

Ademais, necessário salientar que a garantia constitucional da proteção à coisa julgada refere-se à denominada coisa julgada material, e não à coisa julgada formal, eis que se resguarda a proteção jurisdicional definitivamente outorgada

⁷ PORTO. Coisa... pp. 43-45.

⁸ ASSIS, Araken. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. Revista Jurídica, v. 301, novembro/2002, p. 11.

da, sendo que a coisa julgada formal só produz efeitos endoprocessuais, isto é, apenas impedindo que as discussões sejam retomadas dentro da mesma relação jurídica processual em que a sentença acobertada pela coisa julgada formal tenha sido proferida. Ressalte-se, além disso, que a coisa julgada formal distingue-se da preclusão, pois esta é utilizada com relação às decisões interlocutórias. Por sua vez, a coisa julgada material opera nas sentenças definitivas (com exame do mérito) sobre as quais já incidiu a coisa julgada formal, consistindo na imutabilidade que adere à decisão e que inviabiliza sua reapreciação em processos futuros, impedindo a renovação da mesma ação e também de ação contrária, isto é, exemplificativamente, caso seja julgada procedente ação de cobrança e sua decisão definitiva acobertada pela coisa julgada, não poderá o réu propor ação declaratória de inexistência do débito.

No que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, isto é, aquilo que transita em julgado efetivamente, deve-se destacar o disposto no art. 458 do CPC, que trata dos requisitos essenciais da sentença, sendo que deles tornar-se-á imodificável o dispositivo, isto é, aquilo que da sentença declara a procedência ou improcedência do pedido. A matéria que se deduziu no processo e aquela que se poderia deduzir apenas em decorrência da eficácia preclusiva da sentença é que integrariam os limites objetivos da coisa julgada. No que pertine à matéria em análise, destaca-se decisão da 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, REsp. nº 187004/BA, de 13.03.2001, Rel. Min. Waldemar Zewer, DJU, de 09.04.2001, p. 00352, na qual constou que:

Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da decisão, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto da intangibilidade, que é próprio da *res iudicata* (art. 469, I, do CPC).

Não se pode olvidar, todavia, que, nas relações jurídicas continuativas, a revisão da sentença por fato superveniente não ofende a garantia constitucional da coisa julgada, na medida em que o novo pronunciamento judicial é emitido levando em conta fatos novos, diversos daqueles agasalhados pela coisa julgada anterior. Isso porque as sentenças que julgam relações jurídicas continuativas acabam por trazerem implícitas a cláusula *rebus sic standibus*.

Relativamente aos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, quanto à delimitação daqueles que serão atingidos pela garantia constitucional da coisa julgada, tem-se, primeiramente, o disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Assim, vê-se que o artigo 472 do CPC traçou os limites subjetivos da coisa julgada, mas tão-somente aqueles afetos à coisa julgada nas ações para a defesa dos interesses individuais, isto é, a coisa julgada *inter omnes*. A proteção jurídica aos direitos transindividuais, conferida pela ação popular, pela ação civil pública, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 103, incisos I (coisa julgada *erga omnes*) e II (coisa julgada *ultra partes*), transcendeu os limites do artigo 472 do Código de Processo Civil, visto que estendeu os limites subjetivos da coisa julgada para além dos sujeitos da relação jurídica processual. Assim, nas ações para a defesa da interesses difusos e individuais homogêneos, a coisa julgada produzirá efeitos *erga omnes*. Por sua vez, nas ações coletivas *stricto sensu*, embora a coisa julgada gere efeitos para além das partes, limita-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas a que se refere o direito coletivo discutido em juízo e objeto da coisa julgada material. Quanto ao tema, importante contribuição trouxe Sérgio Gilberto Porto⁹, ao tratar da relação entre a coisa julgada e o direito posto em causa, tendo asseverado, analisando minuciosamente a matéria, que, sob o aspecto subjetivo, não há uma única concepção do instituto dos limites subjetivos da coisa julgada, mas tantas quantas reclamar a natureza do direito posto em causa. Segundo afirma o autor, com razão, a coisa julgada está diretamente relacionada ao direito afirmado, na medida em que, se este for individual heterogêneo, aquela se limitará às partes; se o direito for individual homogêneo nas relações de consumo, *erga omnes*, nos casos de procedência (*secundum eventum litis*); se o direito for coletivo propriamente dito nas relações de consumo, *ultra partes*; se for difuso, nas demandas públicas, populares e de consumo, *erga omnes*.

Dessa forma, com tais considerações, tem-se por delineadas algumas noções básicas do instituto e novamente sublinhada a importância da proteção constitucional conferida à coisa julgada como decorrência do valor segurança jurídica. Todavia, a discussão doutrinária sobre sua relativização, que entendemos extremamente pertinente, especialmente nas hipóteses em que perpetua uma inconstitucionalidade, contemporaneamente, tem despertado a manifestação de importantes juristas brasileiros, o que se pretende analisar a seguir. Veja-se que, em realidade, é possível dizer que um dogma está sendo questionado e, quando isso ocorre, normal que posições firmes sobrevenham às primeiras propostas revisionistas.

Para que seja viável, posteriormente, adotar postura própria e crítica em relação à matéria, imprescindível que sejam apresentadas, ainda que de forma sintética, as proposições sobre o tema de alguns doutrinadores. Nesse sentido, a primeira abordagem é daqueles que adotam uma posição de necessidade imediata da ampliação dos limites das hipóteses de revisão da coisa julgada, isto é, por meio inclusive de outras decisões judiciais em processos autônomos inclusive. Por sua vez, a segunda abordagem é daqueles juristas que adotam postu-

⁹ PORTO. Coisa... pp. 60-66.

ra tendente a manter o instituto da coisa julgada em seus limites atuais, mas propugnando por seu aperfeiçoamento por meio de alterações legislativas, seja no sentido de dilatar o prazo decadencial de proposição da ação rescisória para fins de revisão da coisa julgada em hipóteses excepcionais ou, ainda, de não-previsão de prazo decadencial nessas hipóteses, bem como por meio de uma sistematização adequada da querela *nullitatis*.

2.2 Proposições de Humberto Theodoro Júnior, José Augusto Delgado e de Cândido Rangel Dinamarco

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, uma decisão judicial transita em julgado que avilte a Constituição, por aplicar lei posteriormente declarada inconstitucional ou, ainda, por deixar de aplicar norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, por fim, por deliberar contrariamente à norma constitucional, não pode deixar de se submeter a um mecanismo de controle de constitucionalidade¹⁰, mormente num período do constitucionalismo que exige da atividade jurisdicional interpretação das normas constitucionais, a fim de concretizar a própria Constituição.

Segundo os referidos autores, a idéia da imutabilidade da coisa julgada não condiz com o modelo de supremacia da Constituição, de sorte que não pode ela “suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante do que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?”¹¹. Ademais, entendem ser o princípio da coisa julgada de natureza infraconstitucional, inferior hierarquicamente ao princípio da constitucionalidade, de sorte que a coisa julgada prevalecerá apenas estando conforme a Constituição. Não estando, estar-se-á diante da coisa julgada inconstitucional, que, para tais autores, somente reveste-se de aparência de coisa julgada, haja vista estar eivada de nulidade.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria: “O direito processual civil mudou e a busca da verdade real, como meio de se alcançar justiça e concretizar o anseio do *justo processo legal*, é uma exigência de tempos modernos. (...) No Estado de Direito, especialmente no Estado brasileiro, a justiça é também um valor perseguido (Preâmbulo da Constituição Federal)”¹².

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FÁRIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais de controle. Revista dos Tribunais, v. 795, 2002, p. 23.

¹¹ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 26.

¹² THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 33.

Quanto aos mecanismos de controle da constitucionalidade dos atos decisórios do Poder Judiciário atingidos pela *res iudicata*, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, por considerarem que o vício da inconstitucionalidade é insanável, eivando a decisão de nulidade, reconhecem “aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada”¹³. Ademais, os tribunais, segundo eles, devem: “até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução”¹⁴. Não se sujeita a ação rescisória, na espécie, a prazo decadencial de dois anos, segundo propugnam os autores, “a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo, do processo em que há vício de citação (...)”¹⁵.

José Augusto Delgado, por sua vez, entende que o princípio da coisa julgada não é absoluto, nem poderá ser veículo de injustiças, de maneira que a carga imperativa da coisa julgada quando eivada de vícios graves e que estejam a produzir conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para os cidadãos ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo Direito, isto é, que afronte os princípios da moralidade e da legalidade pode ser revista, a qualquer tempo¹⁶. Para o autor: “a sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza”¹⁷. Entretanto, de ressaltar que o autor continua a resguardar a garantia da coisa julgada, que tem *status* constitucional, preservando-a em face da lei nova, mas admitindo a possibilidade de conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na Constituição e, nessa hipótese, admitindo que a solução, nestes casos, passe pela aplicação dos superprincípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que seja conferida ao caso concreto uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade, isto é, nunca àquela que considere a coisa julgada intangível.

Cândido Rangel Dinamarco, em estudo pormenorizado sobre o tema, propõe critérios para a relativização racional e equilibrada da coisa julgada e ainda sugere os modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito¹⁸. Asseverando que a coisa julgada é um instituto que pertence ao direito constitucional mais que ao direito processual, o autor apresenta as

¹³ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 37.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 37.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR. Revista... p. 36.

¹⁶ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas. Revista de Processo, v. 103, p. 31.

¹⁷ DELGADO. Revista... p. 32.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, set-out/2002. p. 17.

aberturas sistemáticas da prevalência da coisa julgada, isto é, a ação rescisória, os embargos à execução, a disposição do art. 463, I, do CPC, que autoriza nova decisão depois de publicada sentença, em caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo e, por fim, os casos de ineficácia da sentença, para os quais o STF admite a utilização de qualquer via pelo sujeito atingido ou ameaçado pelos efeitos de um julgamento em processo sem sua participação, inclusive processo autônomo, com pedido de declaração de nulidade ou ineficácia da sentença¹⁹. Além de tais hipóteses sistematizadas, tem-se pretendido mitigar a coisa julgada em outros casos que, segundo o autor, trazem em comum a premissa consistente da prevalência do substancial sobre o processual. Então, Cândido Rangel Dinamarco propõe que se analisem tais hipóteses a partir do conceito técnico da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença. Assim, o autor, considerando que a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, constrói a argumentação de que certas sentenças de mérito, que pretendam ditar um preceito juridicamente impossível, não terão força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam, apenas aparentando produzir efeitos substanciais, os quais, todavia, são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional²⁰. Logo, tais sentenças não produzem efeitos capazes de serem imunizados pela coisa julgada. Além disso, assevera o jurista que: “*é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto, branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a CF repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, *coisa julgada inconstitucional*”²¹. Embora entendendo que a problemática mais difícil relativamente à relativização da coisa julgada seja a própria admissão de tal possibilidade, Cândido Rangel Dinamarco ainda analisa os métodos, além dos já sistematizados, que vêm sendo admitidos para revisá-la. Assim, destaca que “os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada”²². De qualquer forma, refere que o STF tem admitido acertadamente a ação autônoma para declarar a nulidade de sentença. Outra proposição do autor é que sejam interpretadas mais ampliativamente as hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC. Enfim, sobre o tema o autor conclui por:

(...) aceitar a idéia da *coisa julgada inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como

¹⁹ DINAMARCO. Revista... p. 18.

²⁰ DINAMARCO. Revista... pp. 19-20.

²¹ DINAMARCO. Revista... p. 22.

²² DINAMARCO. Revista... p. 26.

absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mais conciliáveis – ou seja, entre a exigência de *certeza ou segurança*, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de *justiça e legitimidade das decisões*, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: *a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*. A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicate* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a CF e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à CF – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes²³.

2.3 Posição de Sérgio Gilberto Porto, de Ovídio A. Baptista da Silva, de José Maria Rosa Tesheiner e de Araken de Assis

Pode-se dizer que outro sentido, relativamente ao primeiro grupo de posições doutrinárias abordadas, adotam aqueles cujas proposições sobre o tema serão ora, em linhas gerais, apresentadas.

Assim, para Sérgio Gilberto Porto, o instituto da coisa julgada é veiculado na Constituição Federal como “cláusula assecurativa da estabilidade das relações sociais normadas por sentença de mérito transita em julgado, integrando, pois, o conceito de cidadania processual reconhecido pela Constituição Federal”²⁴. Insere-se a coisa julgada, para o jurista, dentre as garantias, oferecidas pelo Estado, da “existência de uma ordem jurídica prévia, bem como a garantia que assegura a vigência e efetividade da ordem jurídica existente”²⁵. Refere o autor, que, “no movimento de mitigação das garantias constitucionais”²⁶, seja pelo que denomina primeira “onda” de relativização no próprio plano constitucional, seja pela segunda “onda” de relativização veiculada por lei infraconstitucional, seja pela terceira “onda” de relativização de garantias constitucionais por vias heterodoxas e decorrentes da própria realidade forense, a garantia da coisa julgada não restou indene. Assim, estari a relativização da coisa julgada inserida num contexto maior de relativização das próprias garantias constitucionais.

Todavia, para o jurista, o conflito entre a busca da justiça concreta e da segurança jurídica, garantindo, esta a própria justiça social, deve continuar a ser resolvido, de acordo com as formas existentes e admitidas pelo próprio sistema processual brasileiro para desconstituição da decisão transita em julgado. Assim, refere que: “a ação rescisória, ordinariamente, deve ser usada para invalidação das sentenças de mérito e a ação anulatória, excepcionalmente, em hipóteses

²³ DINAMARCO. Revista... p. 29.

²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. Revista de Processo, n. 112, 2003, p. 23.

²⁵ PORTO. Revista... p. 31.

²⁶ PORTO. Revista... p. 23.

restritas, para a superação de decisões com vícios insanáveis, tal qual, por exemplo, a ausência de citação do réu revel, circunstância que enseja a tese da sobrevivência da *querela nullitatis*. Imaginar diferentemente, no atual estado jurídico, seria – no mínimo – violar a garantia do devido processo legal (5º, LIV, CF), a qual é da essência do Estado democrático de direito”²⁷. Dessa forma, propõe o jurista, que, no bojo das reformas processuais que vêm ocorrendo, sejam revisadas as hipóteses de cabimento da ação rescisória e analisada a possível dilação de seu prazo decadencial “para hipóteses excepcioníssimas”, em que as decisões transitas em julgado contivessem “vícios inconvalidáveis”, a exemplo do que já ocorre na revisão criminal, que não goza da referida limitação temporal, na medida em que a impossibilidade de revisão da decisão criminal geraria “crise social intolerável”²⁸.

Ovídio A. Baptista da Silva também tece considerações quanto ao quadro cultural no qual vêm situadas as teorias de revisão da coisa julgada, tida como instituto sagrado da “primeira modernidade”²⁹. Assevera o autor que não convence o argumento de fundamento da relativização da coisa julgada atinente à ocorrência de uma grave injustiça, na medida em que, materialmente, “a coisa julgada é uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça, porquanto, impedindo que as discussões se eternizem, acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”³⁰.

Ademais, segundo o autor, justiça não é um valor absoluto, podendo variar no tempo e “entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valores”³¹, de sorte que uma posição que vise coibir graves injustiças decorrentes do respeito a princípios como da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo exercerá um efeito aniquilador da coisa julgada. Em contrapartida, com tal critério, isto é, o da justiça, inviável seria garantir a intangibilidade de qualquer sentença, inclusive daquela que viesse a desconstituir uma primeira coisa julgada. De qualquer forma, o Ovídio Baptista extrai duas conclusões de sua análise sobre o tema, admitindo, primeiro, ser: a) “indispensável revisar o sistema da proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determinada pela *crise paradigmática*. O fim da “primeira modernidade” determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada; b) será necessário, porém, conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica”³², que propõe sejam os da ação rescisória

²⁷ PORTO. Revista... p. 31.

²⁸ PORTO. Revista... p. 32.

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa Julgada Relativa? Revista dos Tribunais, v. 821, março/2004. p. 29.

³⁰ SILVA. Revista... p. 30.

³¹ SILVA. Revista... p. 33.

³² SILVA. Revista... p. 37.

e de uma sistematização adequada da *querela nullitatis* e nunca a partir do afastamento da coisa julgada a partir de uma questão incidental ou relativizando-a a partir de pressupostos valorativos³³.

José Maria Rosa Tesheiner também refere haver uma tendência “moderna, de desdenhar, senão de eliminar, o instituto da coisa julgada”³⁴. O autor sugere existir uma contradição entre o consenso que hoje há de ter-se recursos demais e a discussão quanto aos tribunais poderem discutir novamente questões já decididas, situando a negativa de coisa julgada “como o recurso dos recursos”³⁵. Ademais, ressalta a importância de distinguir sentença nula de sentença rescindível, na medida em que aquela pode ser decretada a qualquer tempo por juízo de 1º grau (artigo 741, inciso I, do CPC), diferentemente da ação rescisória, que se sujeita a prazo decadencial de dois anos e submete-se a regras de competência que, de regra, dão aos Tribunais a competência “para rescindir suas próprias sentenças e as dos juízes de primeiro grau, relativamente às ações para as quais tenham competência recursal”³⁶. Refere, então, a inconveniência de ampliarem-se, por alteração legislativa, as hipóteses de sentenças nulas, na medida em que: “órgãos inferiores, inclusive juízes de primeiro grau, arrogar-se-ão o poder de decretar a nulidade de acórdãos de órgãos superiores, a pretexto, por exemplo, de falta de motivação, constitucionalmente exigida”³⁷. Assim, argumenta que “a melhor solução, para os casos, relativamente raros, em que se impõe a desconstituição de sentenças válidas, mas objetivamente desarrazoadas, é abrir-se a possibilidade de sua rescisão, a qualquer tempo, pelo órgão competente”³⁸.

Araken de Assis, por seu turno, também referindo que “a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso”³⁹, registra que tal fenômeno acabou por atingir a coisa julgada. Diante de tal fenômeno, o autor discorre sobre o risco de se multiplicarem os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento do transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do STF sob o fundamento de respeito último à Constituição. Daí, então, o ilustre jurista referir a necessidade de urgente intervenção do legislador na matéria, a fim de estabelecer as situações em que a eficácia de coisa julgada não se operará na natural e desejável extensão e o remédio adequado para retratá-la⁴⁰. Nesse sentido, refere o jurista que a própria disposição contida no art. 741, parágrafo único, do CPC, representou um enfraquecimento da coisa julgada, a qual, todavia, não constitui novidade ou aberração, na medida em que “o argumento de que a segurança jurídica, outorgada pela Constituição, não tem razão de exis-

³³ SILVA. Revista.... pp. 37-38.

³⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. <www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizaçãodacoisajulgada.htm> Acesso em 07/04/04.

³⁵ TESHEINER. Relativização...³⁶ TESHEINER. Relativização...

³⁷ TESHEINER. Relativização...³⁸ TESHEINER. Relativização...

³⁹ ASSIS. Revista... p. 11.

⁴⁰ ASSIS. Revista... p. 12.

tir se firmada em lei ou ato normativo incompatível com a própria Constituição, soa convincente e, em princípio, legítima a regra”⁴¹. De qualquer forma, assevera Araken de Assis que o próprio surgimento da regra, e isso importa sobremaneira destacar, é sinal de que é equivocada a extensão da ineficácia do julgado a quaisquer outros casos de nulidade. Caso se admitisse outra interpretação, a eficácia da coisa julgada representaria exceção. Segundo o autor: “a lei infraconstitucional, que outorga, ou não, a eficácia de coisa julgada a determinados provimentos do juiz, às vezes erige determinado vício essencial, porque ele parece suficientemente grave e relevante, de modo a receber tratamento privilegiado e diferente, à condição de defeito imune a quaisquer preclusões, incluindo a mais expressiva e a maior delas: a coisa julgada. (...) Avulta notar, frisando o caráter excepcional do vício versado, que nenhum dos demais motivos arrolados no art. 485 comporta alegação dos embargos. Quer dizer, a sentença rescindível não deixa de ser exequível e a própria propositura da rescisória, em princípio, não trava os trâmites da respectiva execução, a teoria do art. 489”⁴². Logo, tal limitação da eficácia da coisa julgada a quaisquer outros casos de nulidades não pode ser livremente ampliada caso a caso, mas depende de revisão e, por conseguinte, previsão legislativa, se for o caso. Em conclusão, o autor afirma ser “pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”⁴³.

Conforme restou demonstrado, os argumentos declinados tanto pelo primeiro grupo de autores, quanto pelo segundo, revelam-se com fundamentação bem construída, ficando aí o desafio em adotar uma das referidas posturas, o que, entretanto, respeitando a divergência, será feito na segunda parte do presente trabalho.

3 PÓS-MODERNIDADE E CONSTITUCIONALISMO

De maneira geral, os autores que tratam do tema da relativização da coisa julgada não deixam de referir que a rediscussão da coisa julgada está inserida num contexto contemporâneo maior. As visões sobre tal contexto é que, obviamente, acabam, de forma natural, sofrendo as influências das premissas adotadas por um e outro autor. Assim, a abordagem que se pretende dar ao tema é no sentido de situá-lo no contexto de um novo constitucionalismo e, ofertando-se tal corte epistemológico, refletir como algumas abordagens sobre o tema, caso se comunguem das premissas desse novo constitucionalismo, acabam por parecerem estar arraigadas a paradigmas ainda da modernidade e não da pós-modernidade, na qual situamos o novo constitucionalismo.

⁴¹ ASSIS. Revista... p. 13.

⁴² ASSIS. Revista... pp. 19-21.

⁴³ ASSIS. Revista... p. 27.

Conforme bem exposto, por José Levi Mello do Amaral⁴⁴, a existência de textos constitucionais não é fenômeno recente, pois qualquer Estado tem Constituição na medida em que está acompanhado de uma institucionalização jurídica do poder, havendo normas fundamentais sobre as quais se assenta todo o seu ordenamento. Entretanto, o constitucionalismo, como arma ideológica a serviço de uma classe – a burguesia, só se verifica no final do séc. XVIII, pois com a progressiva centralização do poder, sustentada nos interesses comerciais da burguesia ascendente, forma-se o Estado liberal clássico. Daí decorre o constitucionalismo como movimento político-ideológico que visava à elaboração de uma Constituição, aqui entendida como um conjunto de normas jurídicas que institucionaliza o poder. É no referido contexto, tipicamente da modernidade, em que a Constituição visava tão somente a institucionalizar e limitar o poder, garantindo apenas as liberdades negativas, que tem relevo especial a segurança jurídica e, por conseguinte, o absoluto apeço à coisa julgada.

Com o surgimento do Estado Social, do *welfare state*, o direito público ganhou impulso em confronto com os interesses meramente individuais dos particulares e, por conseguinte, a Constituição, receptora dos avanços do público, tendo por escopo, mais do que disciplinar a organização fundamental do Estado, limitar o poder internamente, pela separação dos poderes, e externamente, pela criação e asseguarção de direitos fundamentais de várias dimensões (individuais negativos, positivos, sociais, tecnológicos, etc.), ganhou espaço nos sistemas jurídicos internos com papel centralizador de tais sistemas e de reservatório dos valores e do *telos* da comunidade que ordena.

A Constituição, nas palavras de Juarez Freitas:

passa a ser vista com uma rede axiológica de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, entendidos de maneira predominantemente substancial⁴⁵.

A Constituição assume papel tão centralizador que se chega a tratar da própria constitucionalização do processo que impulsionou na direção de que todo sistema infraconstitucional processual deve obediência àquilo que se encontra determinado na lei maior⁴⁶.

Assim, é nesse contexto, que se pode denominar pós-moderno, que passou-se a dar relevância não só a princípios tipicamente modernos como os da

⁴⁴ AMARAL, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. COSTA, Judith Martins (org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. pp. 54-71.

⁴⁵ FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 182-183.

⁴⁶ DANTAS, Ivo. Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência. Fórum Administrativo. Direito Público, v. 15, maio-2002, p. 588.

segurança jurídica, mas também a outros princípios consagrados nos textos constitucionais, especialmente, aqueles atinentes à concretização da justiça e da moralidade.

Segundo Luís Roberto Barroso⁴⁷, o chamado pós-positivismo representa uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate a valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética.

Assim, é nesse ambiente de reaproximação entre o Direito e a Ética e na inquietude social gerada pela eventual convivência com uma situação consolidada judicialmente em desconformidade com o próprio texto constitucional e que acabe perpetuando inclusive um tratamento não-isonômico para casos idênticos, de modificação inviável por um rito processualístico, embora extremamente relevante para a paz e convivências sociais, que surge a necessidade de dar tratamento não absoluto à garantia da coisa julgada, ainda que o legislador tarde em ampliar as hipóteses de sua revisão.

Não há dúvidas de que o período em que o Estado era tipicamente legislativo está ficando no passado, sendo que hoje se vive num período do, já denominado pelo eminente Canotilho, “Estado jurisdicional executor da Constituição”. Tal realidade é vivida diuturnamente em nosso sistema jurídico. Tanto assim que, embora nossa origem de sistema da civil law, baseado na supremacia da lei, do princípio da legalidade, tem-se escrito e defendido ferrenhamente a supremacia do *due process of law*, típico dos sistemas da common law, dos sistemas baseados nos precedentes. E isso ocorre não só pela consagração do devido processo legal como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, mas pela amplitude que lhe foi dada pela interpretação do texto constitucional nos Tribunais pátrios. Ademais, também, em nosso sistema, convive-se com dos sistemas de controle de constitucionalidade, isto é, o concentrado e o difuso, o segundo típico da common law. Então, diante de tais considerações, com a devida vênia, não se encontram fundamentos quer jurídicos, quer políticos, suficientes a convencer que apenas quanto se trata de adaptar o vetusto instituto da coisa julgada a essa nova realidade, tenha-se que restar o apego ao estrito princípio da supremacia da lei e da segurança jurídica, fechando-se os olhos ao novo papel da Constituição e, porque não dizer, do Estado jurisdicional.

3.1. Segurança Jurídica na Pós-Modernidade

A segurança jurídica é objeto de grandes reflexões neste início de milênio, em especial, considerando os paradigmas do que alguns denominam de pós-modernidade, assim destacados por Luís Roberto Barroso: “Na Política, vive-se

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7ª ed. atual. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial. Vive-se a era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) da velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética. As coisas são novas por vinte e quatro horas”⁴⁸.

Ademais, afirma-se que a era das certezas ficou na modernidade, na medida em que com a expansão do conhecimento constatou exatamente ser ele ilimitado e, por conseguinte, na pós-modernidade, “conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza”⁴⁹. Assim, exigência da pós-modernidade é que se saiba lidar com as incertezas, o que, todavia, não deve implicar em um ceticismo generalizado, isto é, continuam sendo necessários alguns limites que minimamente garantam a coexistência com paz social, isto é, que afastem o caos.

Dessa forma, em que pese, diante dos paradigmas da pós-modernidade, haver a tentação de que se trate a segurança jurídica como um valor anacrônico, necessário que se reconheça seu valor e, portanto, que se busque um equilíbrio entre a extrema importância conferida à segurança jurídica na modernidade, muitas vezes utilizada para mascarar injustiças e especialmente privilégios aos mais favorecidos, e a tendência ao seu aniquilamento na pós-modernidade.

Na busca do referido equilíbrio aparecem as palavras de José Afonso da Silva as quais guardam total pertinência com uma visão parcimoniosa, sem deixar de ser contemporânea, da segurança jurídica como valor do Estado Democrático de Direito, na medida em que reconhecendo sua importância, não prega sua primazia, o que seria típico da modernidade. Assim, segundo as palavras do autor: “As idéias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza não de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa idéia de justiça a segurança a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada”⁵⁰.

Portanto, a segurança jurídica não deixa de conservar seu valor fundamental na base do Estado e do Direito, mas não acima, senão ao lado da justiça e do bem-estar social. É nesse contexto e também por tais fundamentos que se

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

⁴⁹ MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução Elóia Jacobina. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 59.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 28-29.

compartilha das teses que admitem a revisão da coisa julgada, ainda que fora das hipóteses tipicamente previstas no sistema processual.

3.2. As Normas Constitucionais e sua Aplicação

É voz corrente que a nova interpretação constitucional está assentada contemporaneamente em um modelo não só de regras, mas também de princípios, aplicáveis mediante ponderação.

As normas constitucionais enquadram-se em duas grandes categorias diversas: regras e princípios, não havendo uma hierarquia preponderante entre uma e outra, por força do princípio da unidade constitucional, mas representando ambas funções diversas dentro do sistema. A distinção entre regras e princípios não é objeto do presente estudo e longe está de alcançar consenso⁵¹. De toda sorte, nos limites deste trabalho, importa dizer que, genericamente, tomou corpo uma distinção estrutural entre regras e princípios, no sentido de que as primeiras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, e, por sua vez, os princípios teriam um maior grau de abstração e incidiriam sobre uma pluralidade de situações. Tais conceitos, todavia, se confrontados com casos práticos não seriam aplicáveis à totalidade das hipóteses, de sorte que poderiam servir apenas com um início mínimo de abordagem do tema.

Certo é, entretanto, conforme já exposto, que a Constituição hoje pode e deve ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, no qual permeiam os valores jurídicos suprapositivos, assumindo um papel central os ideais de justiça e de realização dos direitos fundamentais. Por conseguinte, conforme refere Juarez Freitas, a tônica da interpretação sistemática da Constituição será hierarquizar princípios, regras e valores constitucionais sem permitir a quebra de qualquer princípio⁵².

Daí a importância da interpretação constitucional para a análise da relativização da coisa julgada, na medida em que o atual sistema constitucional e a forma que se vem consagrando de sua interpretação permitem que, sem alteração legislativa, experimentem-se progressos no caminho da superação de lacunas normativas ou convencionais e, mais, “a cada passo, do exame das interpretações melhor equacionadas da Carta, emergem novos argumentos para robustecer a perspectiva de que *a interpretação jurídica é processo tópico-sistemático* (...) do qual pode resultar uma solução de equilíbrio, um meio-termo (*mesótes* aristotélico, que não surge exatamente como meio aritmético), um compromisso entre formalismo e pragmatismo, evitadas as soluções unilaterais no deslinde das matérias de indagação constitucional”⁵³.

⁵¹ Sobre o tema, dentre outros, vide Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵² FREITAS. *A Interpretação...* p. 185.

⁵³ FREITAS. *A Interpretação...* pp. 186-187.

Assim, considerar a garantia constitucional da coisa julgada imune à qualquer ponderação tópica com outros princípios diante de um caso concreto, embora possa consagrar a coisa julgada um ideal de justiça por meio da estabilização das relações sociais, significa admitir sua existência como valor supremo, verdade absoluta, acima de qualquer outra, inclusive a do respeito à dignidade da pessoa humana. Não se pode retirar o instituto da coisa julgada da incidência da interpretação constitucional tópico-sistemática e admitir que sua revisão ocorra apenas nas hipóteses já sistematizadas pelo legislador infraconstitucional de revisão implicaria nisso.

Nesse sentido, lição magistral nos oferece Luís Roberto Barroso:

a interpretação constitucional, ao servir-se dos limites e possibilidades oferecidos pelos princípios para a busca da solução justa no caso concreto, amplia o poder de criação e a subjetividade do intérprete. Perde-se, assim, em previsibilidade e certeza das decisões, embora a norma escrita sempre permaneça com um parâmetro objetivo, demarcando as fronteiras de atuação. Mas o que se sacrifica, eventualmente, em segurança, é devolvido com lucro na melhor realização da justiça constitucional⁵⁴.

3.3 A Supremacia da Constituição Frente a Decisões Trânsitas em Julgado Inconstitucionais

Como último tópico a ser abordado, importa tratar da supremacia da Constituição frente a decisões trânsitas em julgado inconstitucionais, que em se admitindo o dogma absoluto da coisa julgada, salvo nas hipóteses de revisão já previstas pelo legislador ordinário, estaria sendo violada pela própria garantia constitucional da coisa julgada. Por primeiro, especificamente em relação ao tema, cumpre registrar que o legislador infraconstitucional, pela inserção da regra do art. 741, parágrafo único, tratou de amenizar minimamente o grave problema, na medida em que admitiu, na execução de sentença fundada em título judicial, que os embargos que versem sobre a inexigibilidade do título, possam fundamentá-la na circunstância de ser ele fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. Assim, sendo à parte prejudicada ainda viável a interposição de embargos à execução, a problemática ora suscitada já encontrou solução pela via legislativa, que seria a única admitida para oferecer solução a tais casos segundo alguns doutrinadores, conforme já exposto. Então, debate-se aqui relativamente às hipóteses em que tal meio não é mais viável aos prejudicados por sentença acobertada pela coisa julgada fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Consti-

⁵⁴ BARROSO. Temas... p. 69.

tuição Federal. E o que se tem a dizer, por todo exposto é, que não admitir a revisão da coisa julgada por ação autônoma nestas hipóteses implicaria, com o devido respeito às opiniões contrárias, admitir a supremacia da coisa julgada frente à Constituição.

Como bem assevera Carmem Lúcia Antunes Rocha: “se o julgado transgri-de, afronta, atenta contra a Constituição, não se aperfeiçoa com a qualidade de coisa julgada para os efeitos de garantia constitucional. A Constituição não garante inconstitucionalidades, não se compadece com a sua prática, não fundamenta ou sustenta qualquer provimento, menos ainda os do Estado, que a adversem e tendam à sua inobservância. O Estado-juiz não está acima da Constituição”⁵⁵.

Sabe-se da ênfase dada aos estudos sobre o controle de constitucionalidade das leis, isto é, dos atos do Poder Legislativo frente à Constituição Federal, sendo que os atuais ordenamentos jurídicos, de regra, não admitem que nele permaneçam válidos e eficazes quaisquer atos legislativos, em desconformidade com a Constituição. Destarte, considerando tal circunstância, não se pode admitir que simplesmente tendo por fundamento assegurar o princípio da segurança jurídica diga-se que atos do Poder Judiciário pelo tão-só decurso do tempo, ainda que em desconformidade com a Constituição, permaneçam válidos por força da coisa julgada que se agregou aos efeitos de tal decisão inconstitucional.

Assim, o que é inconstitucional, seja ato do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo, não pode valer, na medida em que tais atos contrários à Constituição carecem inclusive de legitimidade, uma vez que sua autoridade, como atos de Estado, baseia-se na autoridade constitucional que os fundamenta.

Dessa forma, qualquer ato emanado dos Poderes Públicos, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário, em desconformidade com a Constituição Federal está eivado de nulidade, decorrente esta de sua inconstitucionalidade⁵⁶.

Salvo melhor juízo, passou o período, conforme referem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, em que houve a institucionalização da intangibilidade das decisões judiciais cobertas pela coisa julgada, vencido o prazo para sua desconstituição, ainda que albergassem inconstitucionalidades. Período que consagrou tal garantia como expressão máxima dos valores de certeza e segurança destacados no ideário do Estado de Direito⁵⁷.

Veja-se que a própria idéia de preservar imutável uma decisão judicial terminativa já alcançada pela coisa julgada, ainda que, posteriormente ao seu trânsito em julgado e seu acobertamento pela coisa julgada, os fundamentos para o reconhecimento de um direito nela assegurado venham a ser declarados inconstitucionais, é circunstância geradora de insegurança jurídica, na medida em que a própria idéia de isonomia, isto é, de tratar de forma

⁵⁵ ROCHA. Constituição... p. 183.

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. Op. cit., p. 30.

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. Op. cit., p. 22.

isonômica situações idênticas reguladas pela mesma lei é conteúdo decorrente do valor segurança jurídica. Logo, a pretexto de preservar o valor segurança jurídica assegurado pela coisa julgada, pode-se, ao contrário, estar gerando segurança jurídica.

Ademais, é preciso deixar claro que não se está cogitando de desconstituir a coisa julgada por uma idéia de justiça que varia de acordo com o tempo ou com os valores ligados a crenças políticas, morais e religiosas das pessoas, conforme afirmou o respeitável jurista Ovídio A. Baptista da Silva, mas sim com base no respeito aos valores que foram consagrados constitucionalmente e, por isso, devem ser legitimamente respeitados independentemente do tempo transcorrido da prolação de uma decisão judicial que os tenha frontalmente violado.

De qualquer forma, certo é que não se está a propugnar pela livre modificabilidade das decisões judiciais cobertas pela coisa julgada, mas o que não se pode admitir é que decisões judiciais permaneçam consolidadas no sistema jurídico brasileiro, embora atem contra os próprios princípios fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, tais como os da solidariedade, da justiça, etc. (artigo 3º, Constituição brasileira). Assim, seja via ação rescisória, seja via embargos à execução ou, ainda, a qualquer tempo, pela via da ação declaratória de nulidade de sentença, que subsiste no direito brasileiro, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça (REsp 12.586, Rel. Min. Waldemar Zveiter), deverá buscar a revisão da decisão judicial terminativa de ação contrária à Constituição dita acobertada pela coisa julgada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que, na passagem da modernidade para a pós-modernidade, há um período de quebra de paradigmas, ousando-se afirmar que a garantia da coisa julgada, inserida no próprio princípio da segurança jurídica, é um postulado teórico que vem sendo quebrado junto com outros paradigmas da modernidade neste período de transição. Importa referir que o que ora se afirma, não se está fazendo com atecnia de termos, relevando destacar que, para Thomas S. Kuhn, um “paradigma” representa uma mescla normativa de teoria e de método, isto é, uma liga em que se agrupam vários postulados teóricos coordenados, uma visão de mundo bem definida, de modos de transmissão dos conteúdos da ciência, além de determinadas técnicas de pesquisa. Assim, eventuais problemas que surgem, havendo um paradigma constituído, serão resolvidos tendo presente dito horizonte teórico⁵⁸. Nos períodos de crise, nos quais se colocam em discussão os métodos, as técnicas e as concepções teóricas do paradigma, tem-se momentos de evolução científica, por meio dos quais são estabelecidos novos

⁵⁸ BORRADORI, Giovanna. A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003. p. 210.

paradigmas⁵⁹. Dessa forma, quer-se efetivamente dizer que em relação à garantia da coisa julgada e seus limites está sendo enfrentado um período de quebra de paradigma e, por conseguinte, um período de crise, o qual, todavia, é necessário para que se estabeleça um novo paradigma.

Embora respeitando as opiniões contrárias, parece que o artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil já nasceu neste período em que se pretende assentar um novo paradigma relativamente ao instituto da coisa julgada e, nesse sentido, ofereceu um acréscimo significativo no destaque do papel central da Constituição no sistema jurídico e do próprio Supremo Tribunal Federal como seu intérprete último. Todavia, o dispositivo não esgotou, e nem poderia, o debate do instituto da coisa julgada. Debate este para o qual se crê ter contribuído, asseverando que ele não pode prescindir das premissas estabelecidas num contexto de pós-modernidade e, mas ainda, num contexto constitucional que destaca a convivência de outros valores (justiça, solidariedade, igualdade, moralidade, etc.), além da segurança jurídica, cuja preservação, tanto quanto a preservação da segurança jurídica, é imprescindível para a manutenção da paz social.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio. COSTA, Judith Martins (org.). A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. pp. 54-71.
- ASSIS, Araken. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. *Revista Jurídica*, v. 301, novembro/2002, pp. 7-29;
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003;
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002;
- BORRADORI, Giovanna. *A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, MacIntyre e Kuhn*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003;

⁵⁹ BORRADORI, Giovanna. Op. cit., p. 211.

- DANTAS, Ivo. *Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência*. Fórum Administrativo. Direito Público, v. 15, março/2002, pp. 588-607;
- DELGADO, José Augusto. *Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas*. Revista de Processo, v. 103, pp. 9-36;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, nº 19, set-out/2002, pp. 5-31;
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002;
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a Coisa Julgada Material?* Revista dos Tribunais, v. 830, dez-2004, pp. 55-73.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material*. RDGP, nº 33, jan-fev/2005, pp. 5-28;
- MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução Elóia Jacobina. 9ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004;
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa Julgada Civil (análise, crítica e atualização)* 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 1998;
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. Revista de Processo, n. 112, 2003. pp. 23-32;
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade*. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 165-191;
- SILVA, José Afonso. *Constituição e Segurança Jurídica*. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.) 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. pp. 15-30;
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa Julgada Relativa?* Revista dos Tribunais, v. 821, março/2004. pp. 29-38;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais de controle*. Revista dos Tribunais, v. 795, 2002, pp. 21-40.