

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

Emmanuel Felipe Borges Pereira Santos

**A relativização da coisa julgada
inconstitucional e o princípio da segurança
jurídica**

Brasília – DF

2010

Emmanuel Felipe Borges Pereira Santos

**A relativização da coisa julgada
inconstitucional e o princípio da segurança
jurídica**

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

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Brasília – DF

2010

Emmanuel Felipe Borges Pereira Santos

**A relativização da coisa julgada
inconstitucional e o princípio da segurança
jurídica**

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

**Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com
menção ____ (_____).**

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O presente trabalho se presta a explorar a proposta de relativização da coisa julgada quando existe lesão às normas constitucionais. Após serem tecidas considerações sobre a necessidade de se compreender o instituto dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, apresenta a dificuldade na delimitação de seu significado e aborda o instituto sob seus diferentes aspectos. Após uma introdução da teoria que se pretende estudar, são tratados aspectos que poderiam impedir a flexibilização do instituto. São discutidos os parâmetros de controle da constitucionalidade de decisões passadas em julgado e, em seguida realizada profunda consideração sobre a problemática da normatividade dos princípios constitucionais de forma a demonstrar que, ao contrário do que prega a doutrina majoritária, as normas dessa qualidade possuem o condão de afastar as decisões judiciais que eventualmente lhe sejam contrárias, independentemente de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal neste sentido. Por fim, foram trazidas breves razões sobre os efeitos da sentença proferida em substituição à coisa julgada inconstitucional.

ABSTRACT

This work lends itself to explore the proposed relativization of *res iudicata* where there is injury to constitutional requirements. After some considerations about the need to understand the institute within the limits of the established constitutionally, the text presents the difficulty in defining its meaning and treats the Institute under its different aspects. After an introduction to the theory that intends to study, are treated aspects that could prevent the relaxation of the institute. The paper discusses the control of the constitutionality of the *res iudicata*, and then, carried deep considerations on the issue of normativity of constitutional principles in order to demonstrate that, unlike the majority who preaches the doctrine, the standards of this quality have the privilege to remove the judicial decisions that eventually might be conflicted, whether the Supreme Court pronouncement in this regard. Finally, we brought a few words about the effects of the verdict in lieu of the unconstitutional *res iudicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – DESMISTIFICANDO A COISA JULGADA	4
1. A DIFICULDADE NA CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO	4
2. A COISA JULGADA EM SEUS DIFERENTES ASPECTOS	6
A) A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	7
B) COISA JULGADA COMO FONTE ASSECURATÓRIA DE DIREITOS E DE SITUAÇÕES JURÍDICAS	11
C) COISA JULGADA COMO CATEGORIA PROCESSUAL.....	12
CAPÍTULO II – SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA	15
1. INTRODUÇÃO À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	15
2. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA COMO IMPEDITIVO À SUA FLEXIBILIZAÇÃO.....	16
3. A TUTELA DO INSTITUTO, A CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA.....	18
4. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A ATIVIDADE LEGISLATIVA	19
5. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E A HARMONIA ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS.....	26
6. PARÂMETROS PARA A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	28
7. COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO.....	33
8. DOS EFEITOS DA NOVA SENTENÇA.....	40
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

De incontestável relevo para qualquer sistema processual minimamente viável, a coisa julgada é intimamente ligada à noção de Estado Democrático de Direito. Sobre o valor político-social do instituto da *res iudicata* e sobre sua necessidade para a consecução da paz social não existem incertezas ou divergências. Ao lado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, o postulado constitui um dos tripés de sustentação da segurança jurídica. Pela ordinária concepção do instituto, a noção de imutabilidade da determinação judicial o acompanha de forma bem próxima e seria natural que historicamente se sedimentasse a impressão de que a perenidade das decisões acobertadas por seu manto constituiria barreira intransponível ao legislador, ao administrador e mesmo ao magistrado.

Todavia, com frequência cada vez maior os tribunais do país vêm sendo provocados a analisar situações em que se discute a justiça ou mesmo a constitucionalidade de decisões judiciais já transitadas em julgado e, não raras vezes, têm reconhecido a necessidade de se afastar a intangibilidade da decisão anterior em abono a valores de mais alto escalão. A esse movimento de desmistificação do dogma da coisa julgada convencionou-se denominar *teoria da relativização da coisa julgada*.

Seria natural que essa verdadeira investida vanguardista contra um postulado historicamente aceito como inatingível não foi abraçada, de pronto, pela massiva parte da doutrina (nem dos tribunais). A sugestão dos novos paradigmas despertou posições doutrinárias dissonantes no trato da matéria, notadamente quando o operador do direito se via perante situações concretas em que a manutenção da força cogente (intangibilidade) de decisões transitadas em julgado pareceria atentar com demasiada força contra direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ou mesmo contra os valores sociais também protegidos dentro do mesmo corpo constitucional.

Nesse contexto, começaram a ser apresentadas diversas proposições relativas à instrumentalização do que foi sugerido como uma nova forma de controle de constitucionalidade, desde a ampliação das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória até o desenvolvimento de teorias que defendiam a inexistência jurídica da coisa julgada que ferisse normas estabelecidas na Constituição.

Fato é que a estreita ligação da *res iudicata* com o Estado Democrático de Direito ainda inspira grande resistência por parte da doutrina em admitir que mesmo em situações excepcionais a inflexibilidade do caso julgado deveria ceder a postulados de maior envergadura, como, por exemplo, a força normativa da Constituição.

De fato, um dos enfoques da presente investigação é avaliar se a flexibilização da coisa julgada tem por reflexo mitigar o postulado da segurança jurídica ou, ao reverso, robustecê-la, porquanto insegurança maior que o desfazimento do ato judicial em dissonância com os preceitos constitucionais seria perpetuá-lo no tempo e erigi-lo à condição de sacramento intangível.

É digno de lembrança que a moderna doutrina acerca da relativização da coisa julgada tem como justificativa teleológica o regular equilíbrio do Princípio da Segurança Jurídica e do Princípio do Resultado Justo. Nesse sentido, devemos-nos atentar para a curial advertência de Dinamarco (2004, p. 243):

(...) 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. (...) os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.

Ao longo do trabalho serão expostos os pontos fundamentais das posições favoráveis e desfavoráveis à teoria da flexibilização da coisa julgada e serão, também, apontadas suas eventuais inconsistências, de sorte a possibilitar que as conclusões ao final sejam propostas com suporte em base argumentativa suficientemente convincente.

Vale realçar, diante dessa primeira contextualização, que nenhuma pesquisa científica pode passar ao largo de uma perspectiva meramente pragmática, porquanto exige-se uma justificativa social. É digno, portanto, o registro de que a nova ordem constitucional – que pode ser considerada uma clara evolução frente às anteriores – garante ao cidadão tanto o direito ao processo e pronunciamento judicial justos como a segurança naturalmente decorrente de uma decisão oponível contra todos, a qualquer tempo. Essa concepção se apresentou como parte da solução para a atual crise de confiança das instituições, sobretudo do Poder Judiciário.

Por isso é importante que qualquer estudo que venha a tangenciar a questão relativa à imutabilidade da coisa julgada esteja guarnecido de razões muito fortes e sublinhe, com incontestável proficiência, os fundamentos teóricos para uma nova forma de compreender o princípio da segurança jurídica diante da tendência que vem se manifestando na realidade jurisprudencial no sentido de se desconsiderar ou relativizar a coisa julgada.

CAPÍTULO I – DESMISTIFICANDO A COISA JULGADA

1. A DIFICULDADE NA CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO

Tendo em vista que o presente ensaio se dedica a averiguar a possibilidade ou mesmo a necessidade de mitificação de um instituto tão fortemente radicado na concepção jurídica da segurança das relações sociais, e preciso, antes de qualquer coisa, traçarmos algumas breves – porém imprescindíveis – considerações sobre a noção de coisa julgada, seus diferentes aspectos, seu papel no ordenamento jurídico e seus limites.

Não há divergência em doutrina sobre a necessidade político-social do instituto. A preservação da autoridade do sistema processual e a garantia da força cogente das decisões prolatadas pelo Judiciário são fatores de extrema relevância para a persecução do que o Estado de Direito estabeleceu como segurança jurídica.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, é o único dispositivo no ordenamento constitucional pátrio em que a coisa julgada é expressamente mencionada. Na literalidade do texto, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A cláusula, de fato, não é exclusiva nem recente na história das Constituições do Brasil, pois desde a Constituição de 1934, com exceção da Carta de 1937, disposições semelhantes foram reproduzidas.

A legislação ordinária, por sua vez, não apenas fez menção ao instituto, mas deu um passo à frente e apresentou um conceito. A Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, ao dispor no artigo 6º que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, estabeleceu no parágrafo terceiro do mesmo dispositivo que ela seria “a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

O Código de Processo Civil brasileiro, por sua vez, dispôs em seu artigo 467 a coisa julgada como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Como já se pode observar, a conceituação legal não parece ter adotado uma noção única do instituto. De fato, a conveniência de se fixar conceitos em sede legal – notadamente quando se trata de instituto de repercussão claramente constitucional – é matéria deveras controversa. A respeito da questão, Rodolfo de Camargo Mancuso (2006, p. 114) registra o seguinte:

Não raro, as definições feitas pelo legislador acabam por trazer de per si mais dificuldades ao intérprete e aplicador, como se nota no art. 467 do CPC: toma a coisa julgada (material) em termos de *eficácia*, quando Liebman, cuja doutrina é invocada no item 10º da Exposição de Motivos, a viu como *qualidade* agregada aos efeitos do julgado; depois, diz o dispositivo que a coisa julgada advém de o julgado não ser mais recorrível, quando em verdade, aí se trata da coisa julgada em sentido apenas formal, isto é, como dizem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, num senso apenas “*endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada (...) se por algum motivo não mais houver a possibilidade de interposição de recurso em relação a ela”.

O ponto de convergência entre os conceitos trazidos pela legislação ao menos nos demonstram, com clareza, que o mínimo que se exige para o surgimento do fenômeno da *res iudicata* é que as partes em litígio não mais disponham de recursos hábeis para sua reforma, o que faz com que o pronunciamento do magistrado se revista das qualidades de imutabilidade e intangibilidade.

Na opinião da doutrina brasileira majoritária, inspirada nos ensinamentos de Enrico Túlio Liebman, a coisa julgada seria a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. De acordo com o autor, a imutabilidade da sentença refere-se tanto à sua existência formal quanto aos efeitos dela provenientes.

De toda sorte, o foco do presente ensaio não é adentrar nos espinhosos meandros da impropriedade da conceituação legal do instituto. Por isso, como o faz a maior parte da doutrina, admitimos os conceitos da lei – por mais defeituosos sejam – e deles partiremos para o desenvolvimento do trabalho com a atenção voltada para discussões que, no presente momento, traduzem maior relevância.

Feita essa observação, podemos seguir na análise e caracterização do instituto objeto do estudo.

2. A COISA JULGADA EM SEUS DIFERENTES ASPECTOS

Poucos institutos no direito processual apresentam uma diversidade tão ampla de concepções, modalidades e controvérsias como ocorre com a coisa julgada.

Na própria ciência processual, a *res iudicata* possui caracterizações distintas, como, por exemplo, a separação que se concebeu entre coisa julgada formal e material.

A coisa julgada formal decorre da impossibilidade de novo julgamento pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias, ou em razão de o julgado ter sido proferido pelo órgão de mais alto grau de jurisdição, porque não aproveitado o prazo estabelecido pela lei para a interposição do recurso cabível ou porque houve a desistência do recurso interposto, ou a ele a parte renunciou. É a qualidade da decisão que, em um processo determinado, passou a ser imutável pela não sujeição a qualquer espécie de recurso. Vale o registro de que o Código de Processo Civil, em seu artigo 467, já mencionado, apresenta o conceito de coisa julgada formal, e não da coisa julgada material.

Por coisa julgada material entende-se a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Esse qualificativo ultrapassa os limites do processo e atinge todas as pessoas. Não é a imunização da sentença como ato processual, mas dos efeitos que ela projetou para fora do âmbito processual, atingindo as pessoas em suas relações. A coisa julgada material traduz a indiscutibilidade do conteúdo da decisão proferida, seja naquele processo, seja em qualquer outro. Com ela, certifica-se o final do conflito levado à consideração do Poder Judiciário.

Luiz Machado Guimarães (1995, p. 10), invocando a doutrina de Chiovenda, assim se pronunciou sobre cada uma das modalidades:

Quanto à coisa julgada em sentido formal, verifica-se a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis) quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações. Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina. (...) Quanto à coisa julgada em sentido material: Preclusas todas as questões propostas ou proponíveis, temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, de uma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

Nas reflexões trazidas ao longo do presente estudo, salvo quando houver expressa referência à coisa julgada formal, estaremos nos referindo à coisa julgada material, dado que, afinal de contas, é nesta que reside a autoridade do comando judicial e é sobre ela (principalmente) que se pretende fazer incidir os instrumentos de relativização.

Pelo que ocorre com o problema da conceituação do instituto já se percebe que a coisa julgada continua suscetível a releituras e novos questionamentos, tanto na seara estritamente processual quanto fora dela. Abordaremos, em seguida, a coisa julgada sob diferentes aspectos: (i) como garantia constitucional, (ii) como fonte assecuratória de direitos e situações jurídicas e (iii) como garantia processual.

A) COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Apesar de a coisa julgada ser tema que se afeiçoa às questões eminentemente processuais, tendo em vista que agrega, com sua natureza processual, a qualidade de imutabilidade à decisão meritória, o instituto foi positivado em sede constitucional (art. 5º, XXXVI) e, portanto, sem prejuízo de ter a Constituição reservado à lei ordinária federal a regência dos temas de direito processual civil e penal (art. 22, I) o trabalho de investigação e desmistificação do postulado absoluto da *res iudicata* deve inexoravelmente ser conduzido em estreita consonância com o direito constitucional. Não nos podemos olvidar que, em certo

grau, o instituto é garantido constitucionalmente e, também, que todos os atos do poder público, incluindo-se os do Judiciário, devem se pautar na supremacia da Constituição.

Em abono a essa visão, Ivo Dantas, ao tratar da coisa julgada material em seu artigo intitulado *Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência* (NASCIMENTO, 2008, p. 242), faz a seguinte ressalva: “A coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das instituições jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional”.

De fato, a decisão do constituinte em fazer constar expressamente do texto da Lei Maior a proteção à coisa julgada não se limita a uma questão de mero enquadramento topológico do tema. Por essa circunstância se evidencia que uma das facetas de incidência do instituto é o de constituir garantia constitucionalmente erigida aos jurisdicionados, assegurando-lhes que determinada vantagem ou bem da vida, conferidos por decisão judicial de mérito, sejam guarnecidos de múltipla proteção: (i) contra o legislador futuro, que até poderá editar norma em sentido contrário à anterior, mas não pode impor que este novo ato venha a prejudicar as relações anteriormente consolidadas, seja restringindo, seja esvaziando a eficácia da coisa julgada precedentemente operada; (ii) contra o órgão jurisdicional a quem porventura novamente seja submetida a mesma controvérsia antes decidida; (iii) contra o Administrador Público, cujas condutas ou atos normativos não poderão infringir o que foi protegido pelo manto da *res iudicata* e, por fim, (iv) contra os próprios litigantes, dado que nos conflitos intersubjetivos a coisa julgada faz lei entre as partes (CPC, art. 472).

Essa grande relevância do instituto no âmbito constitucional deve-se aos chamados fundamentos sócio-políticos da *res iudicata*. Transcendendo o aspecto técnico-processual do postulado, por meio do qual age como um impeditivo ao novo pronunciamento sobre causas já decididas, a coisa julgada se legitima mais por razões de cunho meta-processual, de natureza social, como a busca pela pacificação dos conflitos e da estabilidade das decisões.

Se a lide não resolvida é fator desestabilizante e desagregador da malha social, o prestígio da função jurisdicional guarda relação de dependência muito próxima com a *res iudicata*. Nessa mesma linha, Mancuso (2006, p. 117) esclarece que: “(...) para vários autores o fundamento político sobrepuja o jurídico, como para Calmon de Passos, vendo aí uma questão de política legislativa, podendo num determinado momento histórico prevalecer o valor justiça ou o valor segurança”.

Uma clara sinalização de que os fundamentos políticos da coisa julgada se sobrepõem aos jurídicos decorre da mera constatação de que, na prática, existem casos em que ela simplesmente não ocorre, outros em que sua eficácia é condicionada, outros em que é reduzida em seus limites (objetivos e subjetivos e, por fim, outros em que é ampliada ou otimizada. Essa mutabilidade de resultados não poderia decorrer de outra constatação senão a de que a utilidade da coisa julgada varia de circunstância para circunstância. O legislador, *in casu*, legitima a discrepância no tratamento dos efeitos da decisão judicial porque se dignou tratar desigualmente as situações desiguais.

Esse tratamento circunstancial – quase casuístico – amolda-se à noção de que a verdade demonstrada nos autos é relativa. A inarredável procura pela verdade absoluta poderia postergar em demasiado a solução definitiva da demanda, quando não eternizar os conflitos levados a juízo.

O fato de a coisa julgada estar prevista expressamente em dispositivo constitucional não significa que o constituinte a erigiu em cláusula pétrea. Além de existirem inúmeras situações em que ela simplesmente não ocorre, a depender da natureza da relação jurídica submetida à apreciação judicial, existem mecanismos processuais legítimos que se prestam a atacar a eficácia de decisão transitada em julgado (é o caso da rescisória, por exemplo), permitindo novo julgamento de mérito sobre a causa.

A esse respeito, novamente Mancuso (2006, p. 119) observa com precisão:

A Constituição Federal, ao mencionar a coisa julgada numa tríade com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), não a erigiu, pois, em cláusula pétrea, bastando ter presente, como antes lembrado, tantos

casos que “não fazem” coisa julgada, e mesmo a possibilidade de rescisória para justamente afastá-la de uma decisão de mérito, permitindo novo julgamento no iudicium rescissorium (CPC, art. 485). Limita-se, pois, a Constituição Federal, a preservar a chamada função negativa da coisa julgada, e assim mesmo em face de possíveis investidas futuras do Estado-legislador, até porque, em relação ao Estado-juiz é o Direito processual que giza os lindes da coisa julgada.

No mesmo raciocínio, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 171) lecionam:

Fala-se em proteção constitucional da coisa julgada, mas é importante observar-se que a Constituição Federal protege da incidência da nova lei decisão que se tenha baseado em lei anterior e que, sob a égide desta, tenha transitado em julgado.

Por isso é que se pode dizer que a proteção à coisa julgada é uma das facetas do princípio da irretroatividade da lei. Esta proteção não significa que a lei ordinária não possa estabelecer que, em determinadas hipóteses, como na ação de alimentos ou no processo cautelar, a coisa julgada não ocorre. Não se deve, portanto, superestimar a proteção constitucional à coisa julgada, tendo-se sempre presente que o texto protege a situação concreta da decisão transitada em julgado contra a possibilidade de incidência de nova lei. Não se trata de proteção ao instituto da coisa julgada (em tese) de molde a torná-lo intangível, mas de resguardo de situações em que se operou a coisa julgada, da aplicabilidade da lei superveniente.

Francisco de Barros Dias (1998, p. 39), por sua vez, ressalta que:

(...) a coisa julgada está calcada na segurança, estabilidade e certeza jurídicas, quando há apenas violação de norma infraconstitucional, o que não se pode dizer, igualmente, com relação a uma norma constitucional violada. Aí, esses princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la de forma definitiva, porque a lei maior é que restou violada, comprometendo assim o berço de todo o sistema. (...) A sentença que afronta um princípio constitucional deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente. 5. Há de ser entendida como de perplexidade a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função. 6. Uma forma de se corrigir, o quanto antes, mesmo sem necessidade de reforma da lei ou da Constituição, essa suposta omissão instrumental, seria a jurisprudência aceitar a ação rescisória com fundamento na inconstitucionalidade do julgado e sem prazo de decadência, ou a forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência da coisa julgada inconstitucional, a qual não encontra qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, com o mesmo se compatibiliza e harmoniza.

Há quem duvide, inclusive, que a coisa julgada sequer possua a natureza de princípio de direito. Embora em nosso entendimento a segurança jurídica – que inquestionavelmente é princípio, e um dos mais importantes do ordenamento – se

manifesta principalmente por meio da coisa julgada, o que, a nosso ver, atribui ao instituto a mesma carga axiológica e normativa dos demais princípios jurídicos, é pertinente que se registre a posição de Mancuso (2006, p. 122):

(...) ainda que a coisa julgada tenha assento no texto constitucional, parece-nos que nem por isso ela se torna uma cláusula pétrea (Cf, art. 60, §4º) nem mesmo se consubstancia num princípio propriamente dito, até porque causaria espécie um princípio que vem tantas vezes excepcionado, mitigado ou mesmo excluído em vários casos. Pedro da Silva Dinamarco observa que a menção à coisa julgada, no art. 5º, XXXVI da CF “não chega a ser um princípio, na medida em que não atinge o direito processual como um todo. Mas certamente é uma garantia constitucional, destinada a assegurar um bem maior: a paz social”.

B) COISA JULGADA COMO FONTE ASSECURATÓRIA DE DIREITOS E DE SITUAÇÕES JURÍDICAS

No pertinente ao papel de fonte assecuratória de direitos desempenhado pela coisa julgada, observam-se duas funções distintas: uma *positiva*, quando impõe sua eficácia e obrigatoriedade em face de outras relações ou situações jurídicas, judicializadas ou não, e uma função *negativa*, operando num plano eminentemente processual, quando a coisa julgada surge como um pressuposto negativo, a ser observado pelo juiz do processo futuro. É o que se conclui da leitura do artigo 471 do CPC, quando proíbe que os juízes decidam novamente as questões já decididas.

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 20) dizem, com propriedade:

Alegada a existência de coisa julgada, cabe ao magistrado, exercendo seu poder-dever de abstenção, não apreciar o mérito e extinguir o processo, proferindo sentença processual, sem exercer qualquer juízo de valor acerca do conteúdo da sentença.

Sobre a função positiva, os mesmos autores ensinam:

(...) o resultado final do processo de conhecimento normalmente atribui um bem jurídico a alguém. Define-se, assim, uma situação jurídica, estabelecendo-se a sua titularidade, passando esta definição, por causa da coisa julgada material, a ser imutável, razoavelmente estável ou

marcadamente duradoura. Este bem jurídico é abrangido pela categoria dos direitos subjetivos.

C) COISA JULGADA COMO CATEGORIA PROCESSUAL

A coisa julgada pode ser concebida como espécie do gênero *preclusão*. A noção de coisa julgada como resultado final do processo vem muito bem explicada na seguinte observação de Luiz Machado Guimarães (1995, p. 24):

Como a ultrapassagem de uma etapa, ou como perda de uma faculdade, a idéia está ínsita na de processo judicial. Compõe-se este de uma série de atividades (atos processuais) – do órgão de jurisdição e de seus auxiliares, das partes e de terceiros – que se interligam pelo vínculo de procedimento, isto é, pelo fato de que são dispostos por lei, em sequência coordenada, de forma que cada ato pressupõe o antecedente e é, por sua vez, pressuposto do subsequente. Ao longo do iter processual, em sua marcha para a sentença definitiva, criam-se sucessivas situações, todas elas de efeito preclusivo que lhes assegura a estabilidade.

Não se deve confundir a finalidade da coisa julgada com a finalidade da preclusão. Sob seu aspecto processual, a *res iudicata* visa a garantir a estabilidade de uma relação jurídica levada ao Judiciário, o que previne a perpetuação do litígio e das inseguranças jurídicas, pois garante aos litigantes – independentemente do resultado do julgado – que a decisão final da demanda será definitiva e o comando nela contido deverá ser respeitado.

A preclusão, de outra sorte, tem amplitude mais restrita, que se verifica somente na realidade do processo em que ocorre. É um expediente técnico levado a cabo pelo legislador para que se garanta uma sequência ordenada e lógica de atos procedimentais, resguardando-se a economia e a boa-fé processuais.

O sistema processual admite o fim do litígio, ou seja, o encerramento do conflito entre autor e réu no momento em que surge a coisa julgada, o que ocorre independentemente da justiça do resultado. De forma diversa, se se admitisse que os pronunciamentos judiciais de mérito fossem modificados ou revogados a qualquer tempo ou instância, restaria comprometido o objetivo final do processo, como instrumento de pacificação social, dada a eternização do litígio levado a juízo,

que teria fim apenas pela desistência das partes ou quando pior, pelo manejo da autotutela.

Sintetiza com maestria Mancuso (2006, p. 150):

Presente o vigente CPC, parece-nos que os institutos da coisa julgada formal, material, preclusão e eficácia preclusiva *pan-processual* estão sediados, respectivamente, nos artigos 467, 468, 473 e 474. A expressão coisa julgada, assim ordinariamente referida, acaba, pois, sendo... *polissêmica*, bifurcada em material e formal, discriminada em seus limites – objetivos e subjetivos – particularizada em seu grau de eficácia, que ora se restringe às partes, na jurisdição singular, ora se expande em variada intensidade (*erga omnes*, *ultra partes*), na jurisdição coletiva.

Os conceitos que a legislação nos traz ao menos nos demonstram claramente que ocorre o trânsito em julgado da decisão judicial quando as partes em litígio judicial não mais dispõem de recurso hábil para sua reforma, o que faz com que o pronunciamento do magistrado se revista das qualidades de imutabilidade e intangibilidade.

Parece indubitável, de todo modo, que a coisa julgada material apresenta um núcleo, consistente no binômio *indiscutibilidade – imutabilidade*, o qual de per si já revela a noção de acerto definitivo das demandas judicializadas, assim contribuindo para a segurança jurídica e para a paz social.

Na proficiente observação de Eduardo Cambi (2003, p. 74):

O valor da segurança jurídica, consubstanciado no instituto da coisa julgada material, não pode ser visto como absoluto, devendo ser compatibilizado com os outros valores, tão ou mais importantes para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito, como a justiça das decisões, a cidadania, a república e dignidade da pessoa humana.

Como se observa, o grande problema dessa carga eficaz substantiva é que o instituto, ao conferir de *estabilidade/imunidade* um julgamento de mérito, pode eventualmente provocar a eternização de situações injustas, decorrente ou de uma decisão teratológica sob o ponto de vista dos textos de regência, ou verdadeiramente alheia ao conjunto probatório colhido nos autos, ou em manifesta afronta ao binômio racionalidade-proporcionalidade, ou, quiçá, atentatória à

moralidade administrativa. Apesar de se poder dizer que esses defeitos sejam atribuíveis aos efeitos do julgado, é sob o manto da coisa julgada que se protegem de qualquer investida no sentido de extirpá-los da realidade jurídica eventualmente verificada. É nesse contexto que se constroem as bases da teoria da relativização da coisa julgada, posteriormente amadurecida sob perspectiva constitucional de controle dos atos do judiciário, as quais passaremos a analisar no capítulo seguinte.

CAPÍTULO II – SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA

Pelo estudo desenvolvido no primeiro capítulo do trabalho acredita-se já termos sedimentado a ideia de que a doutrina é uníssona quanto à necessidade da coisa julgada para a consecução de um Estado Democrático de Direito, tanto sob o ponto de vista político-social, quanto dos pontos de vista processual, procedimental e constitucional. O problema surge quando se levanta a questão relativa à possibilidade de se relativizar a coisa julgada em abono à força normativa da Constituição, nas situações não previstas como sucedâneo de ação rescisória ou, mesmo nesses casos, quando o prazo de dois anos imposto pelo normativo processual já se esvaiu. Apresentar uma solução viável ao problema é o desafio dos que defendem e desenvolvem a teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional.

1. INTRODUÇÃO À TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A respeito da expressão eleita para identificar esse movimento de vanguarda, “coisa julgada inconstitucional”, não são raras as críticas que seu uso recebe. Barbosa Moreira, por exemplo, observa em seu estudo *Considerações sobre a chamada “relativização da Coisa Julgada material”* (DIDIER, 2008, p. 235), com a habitual proficiência, que a incompatibilidade com a constituição diz respeito à decisão judicial em si considerada, e não à *res iudicata*. Quanto ao termo “relativização”, o ilustre doutrinador registra sua discordância tendo em vista que quando se afirma que algo deve ser “relativizado”, logicamente se dá a entender que se está em contraposição com algo absoluto, o que vem de frontal encontro a todo o arcabouço argumentativo que fundamenta a teoria.

Ainda sobre a questão da nomenclatura utilizada para se identificar a tese, merece registro o entendimento de Alexandre Freitas Câmara (DIDIER, 2008, p. 29),

para quem seria melhor se a doutrina se utilizasse da expressão *sentença inconstitucional transitada em julgado*:

Trata-se, em outros termos, de reconhecer o fenômeno que em doutrina tem sido chamado de “coisa julgada inconstitucional”, mas que mais bem se chamaria *sentença inconstitucional transitada em julgado*. A rigor, o que contraria a Constituição não é a coisa julgada, mas o conteúdo da sentença. Essa sentença inconstitucional, aliás, já contrariava a Lei Maior antes de transitar em julgado. É a sentença, pois, e não a coisa julgada, que pode ser inconstitucional.

A despeito da simplicidade e clareza do argumento lançado pelo autor, acreditamos que não haveria razões para criticarmos a nomenclatura proposta caso tomássemos o instituto pela conceituação trazida no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (por menos conveniente isso fosse), segundo a qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a *decisão judicial* de que já não caiba recurso”.

No entanto, sem detrimento das críticas à nomenclatura utilizada, é assente que seus termos já se encontram consolidados na doutrina processualista e o presente estudo não tem como preocupação maior apresentar nem defender esta ou aquela denominação, mas investigar os meandros jurídicos que envolvem a teoria em si mesma considerada.

2. A INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA COMO IMPEDITIVO À SUA FLEXIBILIZAÇÃO: A VERIFICAÇÃO DO FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE.

Sem nenhum prejuízo da relevância da coisa julgada na persecução da estabilidade social, a doutrina que se alia à tese da mitigação da *res iudicata* argumenta que não se deve atribuir ao instituto uma perenidade absoluta, transcendental. A respeito do tema, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2003, p. 142) registram:

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite

a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.

A título de contextualização, podemos afirmar que a coisa julgada padece de inconstitucionalidade quando, na situação concreta, se verifica que uma sentença transitada em julgado (i) foi prolatada com base em interpretação ou aplicação de lei tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição ou, ao contrário, (ii) quando o magistrado afasta a aplicação de determinada norma por considerá-la incompatível com a Constituição, a despeito de a Suprema Corte tê-la declarado válida.

Em ambos os casos a coisa julgada que se forma na situação levada a juízo tem feição de inconstitucionalidade. O que muda entre uma e outra situação é apenas a forma de caracterização do fenômeno, que seria direta no primeiro caso e indireta no segundo.

No primeiro caso a inconstitucionalidade é *direta* porque o órgão julgador reconhece a validade e eficácia de norma que o Supremo Tribunal Federal não o faz. Na outra hipótese, a inconstitucionalidade é *indireta*, pois o juiz, supondo determinada regra inconstitucional, afasta sua aplicação no caso concreto, muito embora a Corte Suprema a tenha livrado do atributo.

Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 157), no entanto, entende que a inconstitucionalidade indireta ao corpo da Carta Política na verdade não seria inconstitucionalidade, mas lesão direta à lei. Observe-se:

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 pretendem 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 infra-constitucional, se tenha configurado uma negativa de vigência de norma constitucional, para declarar-se a própria sentença como inconstitucional e, *ipso facto*, nula.

Com o devido respeito à opinião do mestre processualista, compreendemos haver sim, no segundo caso, uma forma de inconstitucionalidade, verificável de maneira indireta – que não se confunde ao que o se convencionou chamar de violação reflexa à Constituição – ou seja, ainda que a decisão proferida tenha deixado de aplicar lei constitucional, se não o fez sob a justificativa de tê-la considerado inconstitucional, padecerá, necessariamente, de inconstitucionalidade.

Entre essa decisão (lesão indireta) e que atribui eficácia à lei inconstitucional (lesão direta) não há nenhuma diferença no que tange aos seus perniciosos efeitos à força normativa da Constituição. Na verdade, o indevido afastamento de norma válida, constitucional, além de afrontar a supremacia do Texto Maior, fere o princípio da harmonia entre os poderes, pois neste caso o juiz atua como legislador negativo, subtraindo da relação jurídica que lhe foi submetida a eficácia e a validade de norma plena em seus efeitos.

A discussão é de elementar importância, pois, como não poderia deixar de ser, a teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional só autoriza a prolação de nova decisão contra a que padece de *vício de inconstitucionalidade*. Do contrário, se admitirmos que a não aplicação de lei declarada constitucional pela Suprema Corte não implica em inconstitucionalidade, restaria somente o estreito caminho da ação rescisória para restaurar a força normativa da Constituição, o que, numa primeira vista, não parece se adequar ao rol de situações previsto no art. 485 do Código de Processo Civil.

3. A TUTELA DO INSTITUTO, A CONSTITUCIONALIDADE E A JUSTIÇA

Não é demais registrarmos que a teoria da coisa julgada inconstitucional não se insurge contra a injustiça das decisões judiciais. A concepção filosófica da justiça no caso concreto é mais adequadamente estudada por outros ramos do direito. Não pelo direito processual civil e pelo direito constitucional. De fato, longe de se dizer que o justo e o injusto sejam despreocupações do processualista e do constitucionalista. A questão é que ambos partem do pressuposto de que a justeza

das decisões é presumida sempre que se observa o conteúdo normativo do arcabouço constitucional vigente.

Registra Mancuso (2006, p. 132), com bastante adequação, que:

Embora seja verdadeiro que o Direito *tende* à consecução do *justo* (*Jus est constans et perpetua voluntas jus suum quique tribuere*) e ainda hoje mais e mais se fala no acesso à ordem jurídica *justa*, fato é que entre esse valor e o da segurança, o instituto da coisa julgada prioriza este último, já que, através dela, busca-se imunizar o julgado de mérito contra investidas futuras, tanto da parte vencida como do próprio legislador (CF, art. 5º, XXXVI). O ora afirmado é facilmente perceptível, tanto pela singela constatação de que transitam em julgado assim as decisões de mérito *justas* como as *injustas*, sem falar que a *injustiça do julgado* não é fundamento de ação rescisória (CPC, art. 485 e incisos).

Nesse sentido, anota Donaldo Armelin: “A segurança, como elemento garantidor da consistência do tecido social, tem preponderado sobre aquele [o valor justiça], considerando-se tal universo. Nem isso poderia deixar de ser, considerando-se que a estabilidade das decisões judiciais cimenta as relações sociais, como um vetor de tranquilidade para a sociedade, propiciando-lhe a eliminação definitiva dos litígios que a perturbam. A tendência, pois, nos ordenamentos jurídicos é privilegiar a segurança jurídica, ainda que (...) esteja ela em uma escala subalterna relativamente à Justiça”.

Pois bem. Antes de avançarmos no estudo relativo à flexibilização da *res iudicata*, devemos investigar se a sua previsão no corpo constitucional, em Título reservado aos “direitos e garantias fundamentais”, tem o condão de lhe conferir o status de postulado sagrado, como ordinariamente se costumava fazer.

4. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A ATIVIDADE LEGISLATIVA

Como já frisado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 traz previsão expressa à proteção da coisa julgada quando reza no art. 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O alcance do dispositivo não é questão pacífica na doutrina. Enquanto parcela dos processualistas (e dos constitucionalistas) considera que a proteção constitucional incide somente contra a atividade do legislador ordinário, outra parte defende que o instituto proíbe também a atividade do próprio julgador no controle da constitucionalidade, ou seja, ainda que haja frontal lesão a norma constitucional,

esta deveria se curvar à eficácia soberana e incontestável do instituto.

Humberto Theodoro Jr. e Juliana de Faria (2003, p. 13), observam o seguinte:

[...], a preocupação do legislador constituinte foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de nomatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como a garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.

E acrescentam, em nota de rodapé (THEODORO JR., 2003, p. 13):

A Constituição [...] protegeu a coisa julgada apenas do efeito retroativo da lei nova. Quem a conceituou e quem lhe conferiu, entre nós, a imutabilidade e indiscutibilidade foi a lei ordinária. Nem se argumente com a teoria dos conceitos denotativos e conotativos para dizer que o ato de contemplar a Constituição Federal a figura da coisa julgada estaria nisso implícito o seu caráter natural de imutabilidade. Ora, o argumento prova demais já que se tivesse a Constituição o intuito de agasalhar o princípio da imutabilidade em toda a sua extensão, teria ela mesma que regular as hipóteses excepcionais de rescisão e, aí, o Código de Processo Civil, ao cuidar de eliminar os casos de Ação Rescisória, estaria invadindo a área de competência do legislador constituinte, pois estaria diminuindo, na prática, uma garantia da Lei Maior. No entanto, o que se vê é que a Constituição apenas se refere à competência de Tribunais para processar a rescisória. Assim, o que se pode deduzir é que nem para a Constituição Federal nem para a lei processual comum a imutabilidade da coisa julgada é absoluta. Simples lei infra-constitucional tem, pois, em nosso sistema jurídico, o poder de definir quando a coisa julgada é imutável e quando é rescindível (vale dizer, não imutável). Dentro desta visão, o que sobressai é simplesmente a força da *res iudicata* para impedir que a sentença seja alterada por simples recurso.

José Augusto Delgado (2009, p. 5) alia-se ao raciocínio e preleciona com sua habitual maestria:

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. É uma mensagem de carga indicativa no sentido de que a lei, em sua expressão maior, não há, ao entrar no mundo jurídico, de produzir eficácia, em nenhuma hipótese, que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença transitada em julgado.

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a

coisa julgada.

[...].

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

Se é verdade que a proteção constitucional se aplica ao legislador, por outro lado, ainda assim a celeuma não se torna mais simples. A aplicação da lei no tempo sempre foi um dos temas mais controvertidos no âmbito do Direito Processual. Se a efetivação das inovações legislativas nas relações jurídicas já estabelecidas frequentemente suscita polêmicas, isso ocorre com maior intensidade quando, em situações albergadas pelo manto da coisa julgada, tentamos conciliar a possibilidade de correção de injustiças com o postulado da segurança jurídica.

PONTES DE MIRANDA (1960, p. 12), que pondera não ser legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. E adverte, categórico:

(...) levou-se muito longe a noção de *res judicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer de *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*.

De maneira oposta, Donaldo Armelin (2004, p. 160) registra sua ideia da seguinte maneira:

Ainda que o texto constitucional apenas se reporte à lei, a intangibilidade da coisa julgada existe e se impõe relativamente a todos os aplicadores do direito, o que inclui, inexoravelmente, o Judiciário. Deveras, se a lei, constitucionalmente, é a única forma de imposição de conduta positiva ou negativa, não haveria como qualquer ato que não se revestisse de sua natureza, inclusive uma decisão judicial, afrontar essa imutabilidade em razão de uma redação do texto constitucional que enseje uma interpretação restritiva dessa vedação. Aliás, sendo a coisa julgada material um fenômeno de natureza eminentemente processual, seria impensável pudesse ela deixar de ser observada nesse mesmo plano, negando-se sua finalidade.
[...].

Pela leitura de que a proteção constitucional no dispositivo incide contra o legislador pode-se dizer, e aqui não há discórdias, que se a parte já incorporou ao seu patrimônio jurídico determinado direito, nos termos da legislação então vigente, se implementou relação jurídica com outra pessoa nos exatos moldes da regulamentação legislativa incidente à época ou se o Judiciário decidiu determinada

lide sob o pálio do arcabouço legislativo que se efetivamente deveria observar, mesmo assim o legislador pode editar norma em sentido contrário. O que não pode ocorrer é esse novo ato prejudicar as relações anteriormente consolidadas.

Barbosa Moreira (*in* DIDIER, 2008, p. 235), por sua vez, registra posição contrária à flexibilização do dogma:

Salta aos olhos, desde logo, a colocação do dispositivo, no Capítulo I (Dos direitos e garantias individuais e coletivos) do Título I (Dos direitos e garantias fundamentais). Importa identificar os destinatários e o objeto da garantia do art. 5º, XXXVI, *fine*. Destinatários da garantia são naturalmente, em primeiro lugar, as partes do processo em que se formou a coisa julgada, e os terceiros eventualmente sujeitos a ela. Mas não só esses: a garantia não é apenas individual, senão também coletiva.

Protege-se igualmente a coletividade. Segundo já se registrou [...], esta igualmente tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária (*rectius*: do aparelho estatal *in genere*). Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.

No mesmo sentido, Alexandre Câmara (*in* DIDIER, 2008, p. 29) diz:

Este dispositivo não tem, a meu sentir, o alcance limitado que a ele se vem atribuindo. Ao afirmar a Constituição que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, não se está apenas assegurando o princípio da irretroatividade das leis. Sustentar isto implica, a meu ver, ler a Constituição à luz da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo art. 6º estabelece que ‘a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Ora, não se deve ler a Constituição à luz da norma infraconstitucional, mas exatamente o contrário!

No entanto, a nosso ver, não existem argumentos convincentes o suficiente para refutar a ideia de que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal estabelece apenas uma garantia *contra o legislador*. E isso não decorre de análise de dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, como sugere Alexandre Câmara, mas a partir do próprio texto Constitucional, que o diz de maneira bem clara.

Da mesma forma, a posição topológica do dispositivo também não desabona a interpretação segundo a qual a garantia foi erigida em face da atividade legislativa, pois ainda assim estaríamos diante de garantia constitucional.

Desta feita, a inteligência do dispositivo constitucional no qual ordinariamente se inspira parcela da doutrina para justificar a *sacralidade* da coisa julgada não é suficiente para tanto. Isso não significa, por óbvio, que na opinião da outra parte dos processualistas a coisa julgada esteja ao desamparo de proteção constitucional. É que a despeito de a Constituição Federal proteger expressamente a coisa julgada apenas da atividade legislativa, outras disposições constitucionais a albergam, quando se referem ao Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica.

Questão é que não se pode admitir um ato estatal, como é a sentença judicial, possa ser expedido e possa produzir regulares efeitos ao descompasso do Texto Maior. A validade de todos os atos do Poder público está condicionada ao seu prévio amoldamento às premissas constitucionalmente fixadas.

José Augusto Delgado (2009, p. 62), com a lucidez que lhe é característica, diz:

A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual [...] Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais [...] Nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça.

Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 62) registra:

A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.

A coisa julgada não pode suplantiar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido

desde sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

O interessante é que, em se tratando de ato, estatal ou privado, lesivo a preceitos constitucionais, parece-nos que somente contra a flexibilização da coisa julgada se levantam empecilhos. A anulação de um ato jurídico indigitado perfeito ou de um direito supostamente adquirido, porquanto hipoteticamente produzidos ao descompasso com o texto Constitucional, não soa a essa mesma parcela da doutrina uma heresia tão grande, ainda que o mesmo dispositivo constitucional se dedique a tutelar de forma rigorosamente idêntica, e de uma só vez, os três institutos.

Donaldo Armelin (2004, p. 28) registra que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito não estão protegidos pela Constituição quando externados ao arripio de dispositivo de lei, mas isso não ocorre com a coisa julgada, que poderia ser formada mesmo *contra legem*.

De fato, a observação procede sob o ponto de vista pragmático, mas além de não podermos tratar a exceção como regra, o que no caso implicaria atentarmos contra a própria noção de Estado de Direito, não é a garantia constitucional que cria essa distinção. Pela redação do inciso XXXVI do art. 5º o ato jurídico perfeito e o direito adquirido também poderiam se formar contra legem. A proteção constitucional veda, na verdade, que o *contrário* ocorra.

Também do poder Judiciário podem emanar atos decisórios que atentam contra a Constituição Federal. Dessa realidade os mecanismos de controle de constitucionalidade parecem não cuidar. É o que resume Paulo Otero, em referência de Humberto Theodoro Jr. E Juliana de Faria (2003, p. 114):

Como sucede com outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma actividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.

Araken de Assis (*in* DIDIER, 2008, p. 66), por sua vez, leciona que “à

semelhança de qualquer outro ato jurídico, os provimentos do juiz exigem exame nos planos da existência, da validade e da eficácia. Desta sorte não escapa o pronunciamento transitado em julgado”.

Seria um nítido contrasenso a ideia de que os atos da Administração Pública ou mesmo os do Legislativo pudessem a qualquer tempo ser questionados sob o ponto de vista da constitucionalidade e, de outra sorte, as decisões judiciais se perpetuassem no tempo – como se tratasse de um ato magno divino – mesmo quando diametralmente opostas a preceitos constitucionais de inafastável observância.

Ora, parece-nos absurdo que, diante de um conflito entre uma decisão transitada em julgado e uma norma constitucional, esta última deva se flexibilizar. Se a decisão inconstitucional transitada em julgado não pode se curvar à norma constitucional, pois a coisa julgada é constitucionalmente protegida, por qual razão aquela norma violada deveria fazê-lo?

A respeito da natureza jurídica e do significado político-social do ato judiciário, Calmon de Passos (2009, p. 8) ensina com maestria:

O imperativo do princípio da legalidade e o postulado, essencial à democracia, de que não há senhores nem súditos, todos iguais e submetidos à única vontade soberana e constitucionalmente formalizada (a lei em sentido lato) impõe a impugnabilidade e o controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente do Poder. Decidir sem possibilidades de controle é decidir de forma incompatível com o sistema democrático. O magistrado nem é um soberano, nem um Deus, sim um servidor. [...]. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle, a decisão, soberana seria a da autoridade, não a da lei, não a do povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. [...]. Num sistema democrático, deveríamos todos, quotidianamente repetir, como uma espécie de jaculatória cívica, que nada autoriza ver-se o magistrado como um homem diferente de todos os demais homens, mais sábio, mais puro, mais justo, mais informado, mais aparelhado, mais corajoso e mais isento. Por enquanto ainda não há um laboratório de que saiam, como produto, homens perfeitos. Daí terem os magistrados o mesmo estofo de que são feitos os legisladores e os administradores, os civis e os militares, os leigos e os clérigos, para ficarmos só nesses integrantes do espectro social.

5. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E A HARMONIA ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS

É de se ponderar: se a lei e o ato administrativo estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, por que não estaria a coisa julgada? Nesse sentido, a coisa julgada deve ser compreendida em atenção aos novos paradigmas constitucionais, buscando com elas um equilíbrio, no escopo da produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.

Ademais, pelo princípio da separação dos poderes os provimentos jurisdicionais não podem – ou não devem – ter tratamento privilegiado do ordenamento jurídico pátrio, dado que a Constituição Federal prescreve, em seu art. 2º, que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Entendimento em contrário acabaria por menoscar a própria força normativa da Constituição. Sobre o tema, o Ministro Carlos Britto (2003, p. 122) leciona o seguinte:

Reconheçamos, então, que o Magno Texto só é realmente magno por cumprir esse papel de dizer o que seja, ou o que não seja, uma norma de aplicação dele próprio. O que pertence, ou o que não pertence, ao Ordenamento Jurídico por ele inaugurado. Quais sejam, ou não sejam, os atos de jurídica manifestação das três funções básicas do Estado por ele instituídas: a função legislativa, a função executiva e a função jurisdicional. Pois somente assim é que uma Constituição tem a força de ditar o seu próprio regime jurídico. Tem a condição material objetiva de se autoqualificar ou se autônominar como Constituição.

Fredie Didier Jr. (2006, p. 6), por outro lado, opina da seguinte maneira:

[...] a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo. [...]. A lei, o ato administrativo e o negócio jurídico podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Os atos jurisdicionais, porém, só podem ser revistos pelo próprio Poder Judiciário, por meio de recursos ou outra forma de impugnação.

[...] Essa qualidade específica (coisa julgada) justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica. Era preciso que alguém desse a última palavra sobre o litígio. Ora o rei ora o sacerdote dava a última palavra sobre o litígio. Atualmente, há órgãos específicos com essa função.

Acreditamos que a tendência que se tem verificado na doutrina e na

jurisprudência pátria, contudo, vem a confirmar que o ato jurisdicional não pode ter tratamento diferenciado em relação aos demais poderes, não podendo prevalecer diante de manifesta afronta aos comandos e garantias inseridos no corpo constitucional. Humberto Theodoro Jr. e Juliana de Faria (2003, p. 5), novamente referindo-se à lição de Paulo Otero, registram o seguinte:

[...], estamos de acordo com PAULO OTERO, para quem 'admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz', o que não se adequa às noções do Estado de Direito. Admitir-se como válida a noção de Constituição ali esposada significa, ainda segundo magistralmente assinalado por PAULO OTERO, "proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual que os outros".

Os mesmos autores defendem, na mesma obra, que em face de decisões prolatadas em afronta direta à Constituição, os juízes teriam ao seu dispor um certo "poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada", que os autorizaria a negar executoriedade ao título caso vislumbrassem alguma sorte de afronta ao Texto Maior.

O problema de se visualizar a coisa julgada que ampara o título executivo judicial com tamanha flexibilidade é que, por mais frágeis fossem os argumentos dos magistrados responsáveis pela execução do julgado no sentido de se preservar determinado preceito constitucional, não haveria como se evitar que desvios fossem cometidos em abono a uma injustificável liberdade do juiz da execução em negar executividade ao título.

Nesse diapasão, dados os riscos intrínsecos à relativização da *res iudicata* frente à garantia da segurança jurídica, é imprescindível que se investigue a relação da nova tendência com o postulado constitucional em cotejo, de forma a averiguar a necessidade ou mesmo a possibilidade de serem fixados *limites à atuação judicial relativizadora*, traçando parâmetros substancialmente seguros à efetivação desse novo tipo de controle.

6. PARÂMETROS PARA A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Por isso, dentre os que admitem a relativização da coisa julgada, a maior parcela dos estudiosos entende que só se pode dizer que a decisão judicial é inconstitucional quando houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Essa, aliás, foi a ideia consagrada pela lei n.º 11.232/2005 ao inserir no Código de Processo Civil o art. 475-L, §1 e o parágrafo único do art. 741.

Logo, os magistrados, pelo simples fato de compreenderem que o que foi decidido não corresponde ao seu entendimento pessoal, não poderiam afirmar que estão diante de coisa julgada inconstitucional. Haveria, sob essa ótica, uma decisão judicial que não corresponde ao seu modo de enxergar a questão, mas, dada a ocorrência da coisa julgada, o julgador não poderia negar sua exigibilidade enquanto não houvesse pronunciamento da Suprema Corte sobre aquela específica matéria.

Mesmo dentre os que posicionam favoravelmente à relativização da coisa julgada surge controvérsias quanto à espécie de controle feito pelo Supremo Tribunal Federal a fim de que se habilite sua decisão a afastar a coisa julgada em outros pronunciamentos judiciais.

Enquanto para alguns doutrinadores essa decisão não precise ser proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para outra parcela, somente o controle abstrato possui o condão de obstar a exigibilidade de qualquer título executivo que possui fundamento em sentido contrário.

Athos Gusmão Carneiro (2009. p. 11), ao comentar a alternativa legal de se negar executoriedade ao título, sob o argumento da inconstitucionalidade, ministra o seguinte:

A Lei n. 11.232 veio a adotar (com felicidade, parece-nos) solução intermédia: para considerar “inexigível” a sentença, impõe-se que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, que serviu como fundamento (maior e suficiente) do *decisum*, já haja sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal; mas tal declaração pode ter ocorrido tanto em ação de

controle concentrado como em sede de controle difuso de constitucionalidade, neste segundo caso após suspensão pelo Senado - CF, art. 52, X, a execução da norma (Araken de Assis, Manual da Execução, Ed. RT, 9. ed. 2005, p. 1.066).

Na verdade, o problema está relacionado diretamente com a natureza dos efeitos da decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso. Inicialmente não se admitia posição outra que não fosse a de atribuir a tais pronunciamentos eficácia *inter partes*. Contudo, ao julgar a Reclamação n.º 4.335/AC, o Plenário do STF indicou outra solução.

A despeito do que foi claramente acenado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento da Reclamação, Lenio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima (2009, p. 3) resistem à opinião manifestada pelo Supremo e rebatem:

[...] não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática.

É preciso entender que a questão do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade diz respeito aos efeitos da decisão. Isso parece claro. O texto do art. 52, X, da Constituição do Brasil, somente tem sentido se analisado – portanto, a norma que dele se extrai – a partir de uma análise do sistema constitucional brasileiro. O sistema é misto. [...].

Em outro sentido, João Bosco de Castro (2008, p. 41) registra:

[...], não há porque estabelecer distinção entre a via do controle difuso/incidental de inconstitucionalidade e a via do controle concentrado, quanto aos efeitos e a eficácia da declaração. Ambos os procedimentos têm por escopo a efetividade e a afirmação da eficácia das normas constitucionais. Não se pode admitir a existência de uma hermenêutica constitucional com efeitos limitados, porque oriunda de procedimento difuso e incidental. O fato de a declaração de inconstitucionalidade se dar incidentalmente, em um processo em que há litígio em concreto – e não pela via do controle direto – não justifica o estabelecimento de discrepância entre o efeito e a eficácia dos julgamentos. Tanto em um como em outro se busca a supremacia das normas constitucionais.

A respeito da questão, não podemos nos olvidar que, relativamente aos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, ao criar hipótese de inexigibilidade de título executivo fundado em lei ou ato normativo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal ou de aplicação ou interpretação tidas pela Corte como incompatível com a Constituição, o legislador ordinário *não limitou* esse efeito às causas julgadas em sede de controle abstrato.

De fato, os dispositivos são claros ao exigirem somente que a decisão seja oriunda do Supremo Tribunal Federal, e nada mais:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

§ 1º 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 da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. 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 da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Como se pode observar, os dispositivos do Código de Processo Civil não exigem que a declaração de inconstitucionalidade ou a consideração de incompatibilidade advenham do exercício do controle concentrado. Pode se dizer, desta feita, que o próprio legislador ordinário se juntou à teoria mais recente em relação à questão. A nosso ver, o legislador agiu de forma louvável ao não realizar a distinção. A atribuição de efeitos semelhantes a ambas formas de declaração de inconstitucionalidade, porquanto oriundas sempre do órgão constituído para esta específica função, rendeu verdadeiro louvor à supremacia Constitucional e à força normativa de seu conteúdo.

Ademais, no que tange ao papel do Poder Judiciário, o ordenamento jurídico demanda que, para a plena defesa da supremacia constitucional, o Supremo Tribunal Federal deve realizar da maneira mais eficaz possível o seu papel de guardião da Constituição.

Digno de nota o seguinte excerto, da lavra de João Bosco de Castro (2008, p. 51):

Diz Baleeiro [...] que “a Constituição não destrói a si mesma, logo não transige com interpretação que a aniquile”. Estabelecer limitação à força normativa da Constituição e diferenciação quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seu intérprete-mor, a partir da tipologia do procedimento em que declarado o vício, é transigir com interpretação de dispositivos da Constituição. É permitir a prevalência no ordenamento jurídico de norma sabida e declaradamente incompatível com o Texto Constitucional. Significa imprimir no inconsciente coletivo o temor de que a Constituição não detém em si força cogente para expurgar e repelir legislação ordinária que lhe seja contrária; que a Corte Constitucional efetivamente serve à guarda da Constituição somente quando atua no processo objetivo de constitucionalidade.

Não apenas a exigência de decisão em controle concentrado de constitucionalidade foi levantada por parte da doutrina para que se impedisse a exigibilidade do título executivo na forma prevista nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC. Alguns autores exigiam, ainda, que tal declaração tivesse ocorrido antes do trânsito em julgado da sentença, o que nos parece um raciocínio teratológico, porquanto inutiliza a construção normativa, haja vista que o trânsito em julgado da decisão que se pretende fazer cumprir é pressuposto de incidência da regra. Essa posição felizmente já foi afastada pela jurisprudência.

Outro óbice levantado diz respeito ao prazo máximo que deve ser observado entre o trânsito em julgado da decisão exequenda e a declaração de inconstitucionalidade por parte do STF. Os adeptos dessa restrição defendem que a declaração do Supremo Tribunal Federal só teria o condão de tornar inexigíveis as decisões que tivessem transitado em julgado há no máximo dois anos, a contar da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma.

Como se pode facilmente notar, cuida-se de manifesto propósito de adequação das novas disposições às regras da rescisória.

Entretanto, essa posição padece de duas grandes máculas. A primeira delas é que a regra processual não se refere a nenhuma limitação temporal, de maneira que se o processo de execução ainda estiver em curso, seja qual for o lapso entre ele e o trânsito em julgado, poder-se-ia alegar a inexigibilidade do título judicial. Ao intérprete é vedado criar restrições onde o legislador não o fez. O outro ponto frágil do raciocínio é a impropriedade de se querer limitar os efeitos da declaração de

inconstitucionalidade às limitações processuais – que sequer existem – quando o que se poderia admitir seria o contrário. É como se se pretendesse tratar a coisa julgada eivada de inconstitucionalidade da mesma maneira que se trata a decisão meramente ilegal, proposta esta que vem de frontal encontro à própria noção de supremacia da Constituição.

Vale o registro de que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que a inconstitucionalidade da sentença deve ter tratamento diferente da ilegalidade. É o que ocorre quando, em diversas ocasiões, a Corte Suprema afasta a aplicação da súmula n.º 343 quando se fundamenta a rescisória em ofensa literal à Constituição.

Não é novidade que questões em direito frequentemente admitem posicionamentos antagônicos – aliás, é justamente o que ocorre com relação ao tema da relativização da coisa julgada. O efeito preclusivo natural ao instituto da *res iudicata* teria o condão de encerrar a discussão sobre tais ou quais interpretações seriam as mais adequadas. Isso não ocorreria, no entanto, quando o Supremo Tribunal Federal decide determinada questão de forma definitiva, caso em que essa coisa julgada não poderia – ou ao menos não deveria – dizer o inverso.

Na lição de Humberto Theodoro Jr. e Juliana de Faria (2003, p. 32):

[...], sempre que se fala em decisão judicial, à míngua de literatura a respeito, tem-se a falsa impressão de que o seu controle de constitucionalidade, no direito brasileiro, é possível apenas enquanto não operada a coisa julgada, através do último recurso cabível que é o extraordinário previsto no art. 102, III, da CF. [...].

Pensamos que não. A nosso ver, o controle de constitucionalidade não deve ser dilatado somente sob a perspectiva temporal, mas também sob sua perspectiva *referencial*. É que não é raro em doutrina observarmos manifestações que rejeitam aos princípios de direito, e mais, aos princípios constitucionais normatividade suficiente para se impor contra determinada disposição de lei que lhe malfira.

Um bom exemplo dessa linha de pensar traz a lição de Araken de Assis (*in* DIDIER, 2008, p. 44), que assim escreve:

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

A nosso ver, o autor não tem razão ao inadmitir que o amoldamento da decisão judicial a princípios constitucionais não possa evocar a relativização de seu trânsito em julgado. É que embora as normas dessa envergadura admitam interpretação elástica ao ponto de eventualmente comprometer decisão judicial válida e constitucionalmente adequada, os princípios, como normas-chave que o são, possuam um núcleo fundamental específico e claramente identificável.

Exigir prévia manifestação do Supremo Tribunal a respeito de matérias específicas a fim de se fixar a possibilidade ou impossibilidade de relativização de decisões transitadas em julgado que lhe contradigam seria limitar desnecessariamente a possibilidade de controle constitucional sobre os atos judiciários que infringem os princípios erigidos no corpo da Carta Magna.

7. COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO

Como já dito no primeiro capítulo do estudo, embora exista os que duvidem que a coisa julgada possua a natureza de princípio de direito, em nosso entendimento a segurança jurídica – que inquestionavelmente é princípio, e um dos mais importantes do ordenamento – se manifesta fundamentalmente por meio da *res iudicata*, lhe atribuindo, por via reflexa a mesma carga axiológica e normativa dos postulados dessa natureza.

Para desenvolvermos essa linha de raciocínio, contudo, é necessário que sejam previamente traçadas algumas linhas sobre a relevância dos princípios em nosso ordenamento jurídico, sobre sua carga normativa e sobre as funções por eles desempenhadas, seara esta de extrema relevância no que concerne à doutrina dos princípios de Direito.

Dentre todas as características dos princípios atribuídas pela doutrina e pela “jurisprudência dos princípios”, a versatilidade funcional é uma das que mais se destacam e das que mais rendem prestígio àqueles mandamentos fundamentais. Corroborando tal fato, citam-se as funções diretiva ou programática, interpretativa, supletiva, integrativa, limitativa e fundamentadora, cada uma delas pormenorizada adiante.

Um dos mais perceptíveis, claros e clássicos papéis exercidos pelos princípios no sistema jurídico é o papel diretivo ou programático.

Juristas tais como José Afonso da Silva preferem não utilizar o vocábulo “programático” ao se falar sobre princípios fundamentais. Esse receio é plenamente justificável ao se levar em consideração o denegrimiento historicamente experimentado por aquelas normas quando, concebidas sob a forma de princípios programáticos, extirpava-se-lhes, de maneira plena, todo e qualquer resquício de normatividade ou juridicidade a elas inerentes.

A função diretiva representa o direcionamento de todo um sistema normativo a um fim específico, detenha este fim uma natureza social, econômica ou qualquer outra teleologia pertinente. O fator programaticidade geralmente traduz que um princípio aponta para onde e como o ordenamento jurídico deve se desenvolver, pretendendo atribuir fins ao próprio Estado.

Ugo Natoli (1955, *apud* JOSÉ AFONSO DA SILVA, 1998, p. 155) costumava expor a seguinte lição:

[...] a Constituição, sob o plano histórico, aparece como a resultante de um

acordo de respeito recíproco entre forças políticas diversas e, sob vários aspectos, contrastantes. E pode afirmar-se, com suficiente tranquilidade, que os momentos fundamentais de tal acordo são indicados precisamente nas normas programáticas, com as quais se determinam os fins e as linhas de desenvolvimento da nova ordem, caracterizando o tipo de regime, que lhe está na base e que ela consagra, ou seja, um regime misto, que se exprime através das constituições convencionais, nas quais estão presentes forças políticas contrapostas.

Portanto, embora tenha sempre sido palco das mais acirradas disputas doutrinárias acerca da normatividade ou não-normatividade dos princípios, conforme já mostrado em linhas anteriores, a função programática, ainda que suavize a juridicidade e aplicabilidade imediata de determinado mandamento, jamais seria suficiente para extrair a característica de normatividade inerente a todo e qualquer princípio de Direito.

Não se pode negar que os princípios jurídicos são, também, *normas-chave* de todo o sistema. A manifestação da normatividade principiológica e os cada vez mais frequentes acórdãos das Cortes Constitucionais no constitucionalismo hodierno legitimam essa tendência irresistível que enceta a consideração dos princípios como normas-chave do Ordenamento, garantindo, via de consequência, uma maior integração entre as normas do sistema.

Por serem os princípios fonte material básica e primária, com primazia hierárquica normativa absoluta, seja em relação à lei ou ao costume, dotada de força suficiente para gerá-los, esculpi-los ou invalidá-los, eles acabam por se transformar em fonte ideal, podendo, inclusive, ser fontes sustentadoras e fundamentadoras de outros princípios.

Há tempos já asseverava o insigne jurista Paulo Bonavides que “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa” (2009, p. 259).

Quanto à função fundamentadora dos princípios de Direito exercida no sistema jurídico, seja no desempenho de papel programático ou daquela característica fortemente normativa, um elemento peculiar, encontrado na maioria

dos princípios, é o que mais lhes rende aplausos e louvores: o caráter da fecundidade das normas.

Em sintonia com nosso entendimento, Domenico Farias (1981, *apud* BONAVIDES, 1999, p. 245-246) preleciona que “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas. Substancialmente é a idéia de fecundidade do princípio aquela que se acrescenta à de mera generalidade”.

Os princípios não só servem de sustentáculo ético ou moral para o surgimento de outras normas de Direito, como também servem de assento natural, donde haurem todas as regras jurídicas.

Outrossim, também exercem os princípios uma função interpretativa, prestando o ofício de auxiliar os profissionais do Direito – e também os doutrinadores – na correta interpretação das normas positivadas.

O trabalho legislativo, por mais zeloso e minucioso que o legislador seja, muitas vezes não consegue evitar que surjam situações reais em que aquela regra, que demandou horas de trabalho para sua conclusão, dê ensejo a dúvidas ou interpretações diametralmente opostas. Nesses casos, o que se deve buscar não é a vontade do legislador, mas o significado objetivo da norma, do qual trataremos melhor em linhas próximas. E é justamente aqui, onde a dúvida assombra a mente dos interpretadores, que estes servem-se dos princípios de Direito para dirimir toda a incerteza e ambigüidade porventura subsistente.

Todo sistema de regras, em seu raio de abrangência, deve dedicar altivez aos princípios aos quais as regras se vinculam. Comungamos com Bonavides (*ibid.*, p. 232) no entendimento de que “os princípios clarificam o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas”. Vale lembrar que eles não são meras declarações descritivas, mas proposições normativas de cunho geral e abstrato, exprimindo não o que é ou o que parece ser, mas o que deve ser ou o que é permitido que seja.

Mais uma função exercida pelos princípios de Direito é a função limitativa.

Bonavides afirma que “o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que, além do mais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito” (2009, p. 258).

Consoante essa característica, estabelecem os princípios os limites materiais do pensar-agir jurídico. Servem eles de substrato valorativo, mas, ao mesmo tempo, delimitam as fronteiras dentro das quais se podem movimentar as expressões deônticas de permissão e proibição. Neste ponto, a segurança jurídica desempenha um papel limitador por excelência, dado que qualquer disposição legal que lhe afete a normatividade, ainda que de forma reflexa, tende a ser recebida com extrema cautela – o que sói ocorreria com as investidas legislativas que se relacionam com a relativização da coisa julgada.

A última prerrogativa reza que os princípios exercem a função de fonte de direito em caso de insuficiência, ou ausência, da lei ou do costume para que se regule determinado caso. Confirma-se, desta maneira, uma das características mais tradicionais atribuídas aos princípios, haja vista que, em grande parte, se refere à época em que ainda predominava a teoria de que os princípios não são normas, mas sim uma entidade qualitativamente divergente das mesmas.

Vale salientar que, na doutrina, a discussão sobre as funções exercidas pelos princípios está longe de ser pacificada.

Alguns, como F. de Castro (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 82), por exemplo, defendem a teoria de que os princípios de direito exercem uma tridimensionalidade funcional, desempenhando, em primeiro lugar, a função de fundamento da ordem jurídica; em segundo lugar, serviriam os princípios como instrumentos orientadores do trabalho interpretativo e, finalmente, seriam utilizados como fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

Outros, como Norberto Bobbio (1995, p. 45), atribuem aos princípios de Direito uma tetradimensionalidade funcional, pregando que desempenham função integrativa, interpretativa, diretiva (própria dos princípios programáticos) e uma função limitativa da ordem jurídica. Bobbio chega a inovar a classificação funcional

fazendo uma distinção sob a luz da intensidade do “grau vinculante” dos princípios, dizendo que ele é maior nas funções limitativa e integrativa e mais brando na interpretativa e na função diretiva.

O que deve ser entendido, de fato, é que a tridimensionalidade e a tetradimensionalidade não se opõem, mas se complementam, corroborando, assim, o entendimento de que os princípios de Direito não exercem uma função específica no mundo jurídico, mas os mais variados atributos, seja servindo como fonte subsidiária das normas, como aparato interpretativo, como normas integrativas do ordenamento ou como limites específicos das normas de um ordenamento.

Em epítome, pode-se afirmar que o ponto principal de toda a contenda sobre os princípios de Direito tem arrimo no problema em sua normatividade, mais especificamente no que tange ao lugar e à espécie dessa normatividade.

Depois que a juridicidade dos princípios foi solidamente estabelecida pela Doutrina e pela Jurisprudência e eles, por conseguinte, lançaram-se dos Códigos – nos quais cumpriam a trivial função de fontes com cunho supletivo – para as Constituições – em que se converteram em fundamento de toda a ordem normativa – adquiriram, antes *princípios gerais*, o epíteto de *princípios constitucionais*.

Assentados no mais alto degrau da cadeia normativa, os princípios se tornam as normas supremas de todo o ordenamento jurídico. Dotados de demasiado apreço, servem de critérios para a aferição do conteúdo normativo de todas as demais normas.

A constitucionalização dos princípios de direito que, vale notar, *é ao mesmo passo a positivação no mais alto escalão*, lhes confere a máxima categoria constitucional, de forma não somente a reconhecer a tão pretendida normatividade jurídica, mas a torná-los as normas das normas, donde haurem e onde encontram seus limites materiais e morais.

Nesse diapasão, a entrada dos princípios nas Constituições ocorre quando estas incorporam, de acordo com Gordillo Cañas, uma “ordem objetiva de valores”,

no momento em que a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade começam a figurar como abrigos da “ordem política e da paz social” (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 469).

Preleciona o mesmo doutrinador (*ibid.*, p. 515) que no exercício do papel de fonte material do Direito os princípios independem de autonomia formal, mas isto jamais implicaria que, em razão dessa propriedade, haveriam eles de perder sua substantividade e especialidade normativa. Aliás, quando incorporados ao texto constitucional adquirem o mais alto grau normativo a serviço de sua função informadora no Sistema jurídico, sem, contudo, converterem-se em lei formal, da mesma forma que, advinda a versão escrita de determinado costume, isto não lhe priva da natureza de norma consuetudinária. De acordo com suas palavras:

Uma diferença separa a norma legal da norma principal: a primeira é uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções; o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitado por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial.

A partir desse momento, conclui-se que a inserção de valores básicos (e de princípios derivados destes mesmos valores) nos textos constitucionais não somente fixa o marco inicial onde o juiz, ao decidir, deve se respaldar numa jurisprudência de valores, como também agasalha o fundamento básico e estabelece o sentido inspirador nos quais deverão se desenvolver o trabalho legislativo e judiciário.

Em resumo, o desenvolvimento da teoria dos princípios ao longo dos séculos condicionou a teoria a consolidar as seguintes etapas: (i) a transição dos princípios da especulação preponderantemente metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, inicialmente com baixíssimo teor de densidade normativa; (ii) a passagem decisiva da esfera jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a esfera juspublicística (seu ingresso nos textos Constitucionais); (iii) a erradicação da distinção clássica entre princípios de Direito e normas jurídicas e a conseqüente proclamação da sua normatividade; (iv) a perda de sua

caracterização de normas essencialmente programáticas; (v) o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude em virtude, sobretudo de sua constitucionalização; (vi) a diferenciação entre princípios e regras de direito, como espécies distintas do gênero norma, e, ao final, por expressão máxima de todo esse labor doutrinário, o mais saliente e importante de todos os seus efeitos: o reconhecimento da total hegemonia e preeminência dos princípios.

Todas essas considerações foram traçadas para demonstrarmos a necessidade de se atribuir aos princípios constitucionais normatividade suficiente para se sobreporem aos atos judiciais que eventualmente lhes neguem essa força. Não seria razoável que a teoria da relativização da coisa julgada admitisse o afastamento de um pronunciamento judicial contrário a regra constitucional e não o permitisse quando o objeto da lesão fosse determinado um princípio constitucional, que possui igual força normativa e maior gradação hierárquica que as regras.

8. DOS EFEITOS DA NOVA SENTENÇA

Por derradeiro, não poderíamos nos furtar à obrigação de tecer breves comentários sobre os efeitos de eventual sentença que venha a declarar a inconstitucionalidade de coisa julgada anterior.

A respeito do problema, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm consolidado o entendimento segundo o qual a gravidade do vício constatado acarreta a invalidade do ato jurisdicional anterior, ou seja, a decisão atacada é ceifada de validade desde o seu nascedouro, sendo insanáveis seus vícios.

Quanto à matéria Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro (2003, p. 29) são categóricos:

A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de

rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode "a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução" (STJ, Resp 7.556/RO, 3 T., Re. Ministro Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439).

Todo ato contrário à Constituição é nulo desde sua gênese. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade de norma possui natureza declaratória de um vício preexistente. Por tal razão, esse pronunciamento costuma ter efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos ao nascimento da lei impugnada.

Não é difícil notar que a decisão que ceifa a coisa julgada inconstitucional do mundo jurídico possui um liame muito intenso com a noção de controle de constitucionalidade e, por consequência, com a noção de supremacia da Constituição. Nesse prisma, a decisão que declara a inconstitucionalidade de coisa julgada deve, também, ter efeitos *ex tunc*, nos mesmos parâmetros traçados no art. 27 da Lei n. 9.868/99.

CONCLUSÃO

Conforme já demonstrado, é clara a intensidade dos debates acerca da possibilidade – ou mesmo da necessidade – de mitigação da carga eficaz absoluta do instituto da coisa julgada, dada a concepção do processo como instrumento de pacificação social. Apresentar uma solução juridicamente viável e socialmente convincente constitui um grande desafio para a doutrina e para a jurisprudência brasileiras.

A insistente ideia da *sacralização* da coisa julgada deve ser revista pela doutrina e pela jurisprudência nacionais. Não se nega a relevância ínsita ao princípio da segurança jurídica, sem o qual não se poderia cogitar erigir uma sociedade fundada em um modelo de Estado Democrático de Direito, mas não se deve engessar no tempo os efeitos de decisão flagrantemente atentatória a princípios e regras constitucionais, quanto mais se o seu fundamento foi declaradamente reconhecido inconstitucional pela Corte Suprema.

Embora se reconheça que a segurança jurídica seja um dos princípios-base para a manutenção do Estado Democrático de Direito, essencial para a preservação da paz social e da estabilidade das relações interpessoais, isso não transfere à coisa julgada o status de cláusula pétrea, nem lhe credencia à eternidade.

A *res iudicata* possui, de fato, sede constitucional, mas isso não implica que ela seja intocável, vez que o próprio legislador infraconstitucional previu situações em que ela invariavelmente cederá a novo pronunciamento judicial.

Não apenas os atos legislativos e administrativos devem obediência ao texto constitucional. As decisões judiciais, sejam elas passíveis de recurso ordinário ou extraordinário, também devem guardar conformidade ao arcabouço normativo trazido pela Lei maior.

Em abono à teoria da separação dos poderes, constitucionalmente sedimentada no artigo 2º do Texto Maior, nenhum dos três poderes constituídos pode se sobrepujar aos demais. Por isso, não é possível admitir que decisões

judiciais que violem frontalmente dispositivos da Constituição Federal logrem status de perenidade, sob o risco de se preterir o Poder Constituinte pela atividade jurisdicional.

A nova acepção do instituto certamente não geraria o colapso jurídico que certa parte da doutrina parece temer, isso porque, pela própria sistemática do arcabouço processual civil, pode-se dizer que as decisões judiciais inconstitucionais ainda representam exceção, e como tal deverão ser tratadas. Além disso, instabilidade social maior que a fulminação de decisões transitadas em julgado implicaria a incerteza da população acerca da força normativa do Texto Magno.

No entanto, admitir-se a flexibilização da coisa julgada sem critérios minimamente rígidos certamente implicaria grave dano ao sistema jurídico, no entanto, a dificuldade de construção desses parâmetros não significa que a alternativa seja inviável. A definitiva solução do impasse esbarra necessariamente na melhor delimitação do instituto da res iudicata. Pela dicção constitucional não se pode atribuir proteção maior à coisa julgada do que contra a atividade legislativa superveniente.

Da mesma forma, é necessário desmistificar a pretensão dos que defendem a flexibilização (ou relativização) da coisa julgada. A atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal até poderia servir de referência para a mitigação do instituto no caso concreto, pois não se empresta, pela teoria da relativização, poderes absolutos a tal ou qual magistrado para que, a seu bel-prazer, possa negar executoriedade a decisão judicial proferida em absoluta consonância com os preceitos trazidos no corpo da Constituição.

Não nos podemos esquecer, no entanto, que se a lesão a regra constitucional legitima o judiciário à aniquilação da decisão prolatada com fundamento inconstitucional, quanto mais se dizer do controle de constitucionalidade operado com supedâneo na normatividade natural dos princípios constitucionais, peças-chave de qualquer sistema jurídico que se digne guardar correlação sistemática entre suas normas.

Desta feita, as hipóteses em que decisões judiciais transitadas em julgado possam ser desconstituídas devem ser ampliadas para além das condicionantes relativas à ação rescisória. O sistema jurídico demanda essa flexibilização, em abono à supremacia constitucional.

Portanto, a flexibilização da *res iudicata*, antes de infirmar o postulado da segurança jurídica, na verdade o consagra, na medida em que compatibiliza situações concretas com a normatividade que se espera da Constituição Federal, preservando-se, assim, os postulados necessários à manutenção do Estado Democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada. Linhas mestras do processo civil*, coords. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen Varíale, 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis*. Revista de Processo, São Paulo, n. 109, jan.-mar. 2003.

CANCELLA, Carina Bellini. *Da relativização da Coisa Julgada Inconstitucional*. Revista da AGU, Brasília, Ano VII, n. 17, p. 25-45, jul./set. 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do cumprimento da sentença, conforme a Lei nº 11.232/2005*. Disponível em: < <http://www.unisul.br> >. Acesso em: 11 dez 2009.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis e a intervenção do Senado Federal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Revista Virtual da Advocacia-Geral da União, Ano I, n.º 06, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.escola.agu.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

DIAS, Francisco de Barros. *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*. RT, São Paulo, n.758, dez. 1998.

DIDIER JR., Freddie (Org.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e Coisa Julgada: Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, jan. fev. mar., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960.

SANTOS, Lyts de Jesus. *Coisa Julgada e Força Normativa da Constituição*. Revista da AGU, Brasília, Ano VIII, n. 21, p. 289-310, jul./set. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Montalverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Evocati Revista, n.º 20, ago. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=143>. Acesso em: 15 nov. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle*. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

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