

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: divergências sobre sua aceitabilidade.Cynthia Suely Soares Reginaldo¹Carlos Thompson Costa Fernandes²**RESUMO**

No intuito de contribuir para uma maior compreensão acerca da flexibilização do instituto da coisa julgada por vício superveniente de inconstitucionalidade, pretende-se um estudo comparado entre os diversos entendimentos, favoráveis e contrários, a seu respeito. Com efeito, para viabilizar e também aprimorar o discurso, importa a análise dos elementos que envolvem a temática, partindo-se da correlação entre direito e a dinâmica social, passando pela abordagem do instituto da *res iudicata*, seguindo na explicitação dos aspectos correspondentes ao controle de constitucionalidade no Brasil e a exposição da teoria da relativização do aludido instituto em virtude de superveniente ofensa à Lei Maior, até culminar no exame dos princípios que cingem o assunto, com suas nuances e desdobramentos. Ao final, elucida-se a visão crítica de modo a produzir harmonia e convivência entre os valores máximos de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Constitucional. Processual Civil. Coisa julgada inconstitucional. Relativização.

RES JUDICATA UNCONSTITUTIONAL: disagreements about its acceptability.**ABSTRACT**

In order to contribute to a better comprehension about the flexibility of the *res judicata* institute by supervening vice of unconstitutionality, the aim is a comparative study between several understandings, pro and con, about it. Indeed, to enable and also enhance the speech, the analysis of the elements that involve the theme is important, starting with the correlation between law and social dynamics, going through the approach of the *res judicata* institute, following the clarification of the aspects related to the constitutionality control in Brazil and the exposition of the relativity theory of the aforementioned institute because of supervening offense to the highest law, culminating in the examination of the principles that gird the subject, with its nuances and ramifications. In the end, elucidates the critical point of view producing harmony and coexistence between the maximum values of a Democratic State of Law.

Keywords: Constitutional. Civil Procedural. Res Judicata Unconstitutional. Relativization.

¹ Graduanda de direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Pós-graduanda em Gestão Tributária pela Faculdade Darcy Ribeiro (Fortaleza-CE). Bacharel em Geografia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: cynthiasuely@supercabo.com.br.

² Professor orientador. Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: cthom@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Na conjectura jurídica atual, em tempos de pós-modernidade, muito se discute acerca dos novos conceitos e da interpretação de antigos institutos, com vistas a promover resolução satisfatória de conflitos e manutenção da ordem social. Nessa perspectiva, emana entre os operadores do direito o debate polêmico a respeito da possibilidade de relativização do instituto da coisa julgada inconstitucional, como forma de assegurar a efetividade da justiça no caso concreto.

A partir disso, evidencia-se patente a análise dos elementos que circundam a temática, de modo a contribuir para o enriquecimento do tema, vez que a possibilidade de relativização enseja profunda divisão entre juristas e doutrinadores, assim também no meio acadêmico e no âmbito de órgãos jurisdicionais.

Pretende-se, portanto, exibir a conceituação das matérias correlatas, por meio de um estudo comparado, expondo posicionamentos e os diversos entendimentos, prós e contras, a respeito da possibilidade de flexibilização da *res iudicata*, ante vício superveniente de inconstitucionalidade. Provocando, com isso, o levantamento de questões relevantes para o desenvolvimento da pesquisa.

Para tanto, foi realizada, inicialmente, investigação acerca do direito e a influência da dinâmica social no contexto jurídico, haja vista a contínua mutação da sociedade, conseqüentemente, a necessidade de adequação dos institutos às novas demandas, tendo como escopo finalístico a busca pela justiça.

Em seguida, percorre-se pela explicitação da coisa julgada no Brasil, seu conceito, características, abrangência, limites, bem como os meios existentes no ordenamento jurídico pátrio, cabíveis à sua desconstituição, para que fique demonstrada sua cognição e a extensão de seus efeitos.

Ato contínuo, aborda-se a temática dos mecanismos aptos à realização do controle de constitucionalidade e o alcance do modelo adotado no Brasil, considerando a supremacia da constituição e a submissão de todo comportamento jurídico a seus preceitos. Fazendo, ainda, uma análise sobre o efeito da decisão de inconstitucionalidade face à coisa julgada.

De extrema importância é a explicitação das várias opiniões a respeito do tema, sem o que seria impossível a construção de um entendimento mais apurado sobre o assunto, de sorte que se revelará o conjunto de ideias daqueles que defendem a teoria da relativização da

res iudicata em virtude de violação à Lei Maior, bem assim os argumentos que sustentam a impossibilidade de flexibilização do referido instituto.

Por fim, não se podia olvidar da amplitude principiológica que o objeto da pesquisa compõe, notadamente, fazendo alusão aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança, proporcionalidade e justiça, sem os quais não é possível a concepção de um Estado Democrático de Direito.

2 DIREITO: DINÂMICA SOCIAL, NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO, BUSCA PELA JUSTIÇA

O conjunto social é marcado por constantes transformações operantes ao longo do tempo. Experiências históricas que delineiam as relações jurídicas e determinam o reflexo de tais modificações na cultura de um povo.

A sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar seu ciclo de evolução, haja vista não significar apenas a positivação dogmática de seus institutos, mas também o conteúdo valorativo inerente ao processo de desenvolvimento social, que é mutável como o próprio homem.

O ordenamento jurídico pressupõe, portanto, o resultado dessa incessante mudança e compõe a estrutura de normas que pretendem regular a vida humana e solucionar os conflitos para o alcance de uma convivência pacífica e harmônica, expressão máxima da busca pela justiça, princípio sublime de todo e qualquer sistema jurídico.

Essa correlação entre sociedade e direito exsurge da função ordenadora que este exerce no corpo social, qual seja, a de encadear os “interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros”, de modo que “a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas”.³

[...] a abertura dinâmica do direito é de fundamental importância para a sociedade, posto que essa característica é determinante para que seja possível a evolução da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, concretizando os valores jurídicos positivados e adequando-os a seu tempo aproximando-os dos padrões ideais de justiça da sociedade em cada época,

³ Com base nas lições de CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER (2009, p. 25), que expõem suas considerações acerca da correlação entre sociedade e direito.

ou seja, colocando o fenômeno jurídico em consonância com o contexto social, econômico e cultural vigentes. (CARVALHO, p. 3.677).⁴

Nessa perspectiva, mister se apresenta a atualização constante das normas jurídicas e sua contínua reavaliação por parte do aplicador e intérprete do direito, com vistas a viabilizar efetividade de direitos amparada na justiça, sem, porém, distanciar-se de preceitos fundamentais como a segurança e confiança que tais normas devem imprimir no seio social, nem tampouco, notadamente, esquecer-se de que uma norma maior rege toda a produção e interpretação normativa, a saber, no nosso modelo de Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil.

A respeito do tema, nas palavras de Miguel Reale:

[...] o ordenamento jurídico, enquanto expressão de uma experiência social e histórica, é constituído por múltiplos *complexos normativos* entre si correlacionados. Tais complexos normativos acham-se em contínua transformação, havendo um que se põe como círculo envolvente dos demais: é o “complexo normativo constitucional”. Este condiciona a vigência e eficácia das demais normas, mas delas é inseparável, assim como a atmosfera condiciona a vida terrestre, sendo ela mesma parte integrante do planeta. (REALE, 2002, p.195).

Assim, tendo em vista o respeito aos preceitos constitucionais existentes, no intuito de adequar a norma à realidade humana, que compreende as profundas transformações desencadeadas ao longo do processo histórico, mister se faz analisar determinados institutos, verificando suas possibilidades de aplicação atual e observar, em cada caso concreto, o alcance dos fins que atendam às exigências do bem comum e a efetivação da justiça.

Partindo-se, pois, de uma abordagem mais genérica para uma temática mais específica, há situações concretas que demandam nova leitura do instituto jurídico existente e cabível ao caso, sendo importante também verificar se tais institutos afiguram-se suficientemente capazes de solucionar a problemática apresentada, tendo em vista que o Estado não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional ante omissão legislativa, bem como que deve fazê-lo de modo a promover a justiça buscada.

Como exemplo disso, instaurou-se, na contemporaneidade, discussão acerca da possibilidade de relativização do instituto da coisa julgada – verdadeiro corolário do princípio

⁴ Retirado de artigo publicado em meio eletrônico. Informações do autor: Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Especialista em Direito do Estado com ênfase na Responsabilidade Fiscal, pelo Centro de Pós-graduação e Pesquisa da Faculdade Visconde de Cairu e em Teoria Geral do Direito e Direito Processual Civil, pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia; Professora convidada da Pós-Graduação da FJA; Agente de Controle Externo do TCE/BA.

da segurança jurídica no Brasil – que possa ter sido, posteriormente, declarada inconstitucional, e as consequências da admissibilidade da retroatividade dessa decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada constitui uma das abordagens que veremos a seguir.

3 O INSTITUTO DA COISA JULGADA NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS

Disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988,⁵ bem como na legislação infraconstitucional,⁶ o instituto da coisa julgada – *res iudicata* – confere o caráter da definitividade às decisões judiciais que transitam em julgado, não sendo mais tais sentenças – em regra – passíveis de modificação. Traço exclusivo dos atos jurisdicionais no Estado de Direito, na medida em que determinado conflito só pode adquirir referida qualidade depois de apreciado e julgado pelo poder judiciário.

De maneira geral, a coisa julgada consiste na imutabilidade do conteúdo de uma sentença, garantindo segurança jurídica, na medida em que cria “situação jurídica que estabiliza as relações jurídicas de modo definitivo”,⁷ conferindo maior confiabilidade à prestação jurisdicional estatal.

Quanto à forma de manifestação dessa característica da imutabilidade, o ordenamento pátrio classifica a coisa julgada em formal e material, cuja diferença básica consiste na abrangência dessa intangibilidade. Sendo a primeira formada quando da prolação de sentença terminativa, sendo também chamada de preclusão máxima,⁸ vez que se trata de fenômeno endoprocessual; enquanto a segunda é formada na sentença definitiva e traduz-se na qualidade que esta adquire, tornando-se imutável e indiscutível, de sorte que, além da manifestação formal, formar-se-á também, no mesmo momento procedimental, a coisa julgada material, produzindo efeitos para além do processo findo.

A coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*,

⁵ CF, art. 5º, XXXVI: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988).

⁶ LINDB, art. 6º: A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 3º: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 1942). CPC, art. 467: Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (BRASIL, 1973).

⁷ DIDIER JUNIOR (2008, p. 74), dispondo a respeito da aptidão para a coisa julgada material.

⁸ Terminologia amplamente difundida na doutrina por, exemplificativamente: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO (2009), p. 328; MONTENEGRO FILHO, Misael (2008, p. 500); NEVES (2014, p. 610); THEODORO JÚNIOR (2012, p. 576).

pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. É a *imutabilidade* da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 329).

No concernente à limitação, a coisa julgada encontra limites objetivos e subjetivos. Constituindo-se como imutável e indiscutível a parte dispositiva da sentença de mérito – limite objetivo –, podendo seus fundamentos voltar a ser discutidos em outra demanda processual, porquanto “ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado”, não se revestindo, portanto, do “manto de intangibilidade que é próprio da *res iudicata*”.⁹ Assim também “a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, salvo se requerida pela parte, nos termos dos artigos 5º, 325 e 470 do Código de Processo Civil”.¹⁰

Consoante disposição do artigo 472,¹¹ do Código de processo Civil, a limitação subjetiva consubstancia-se na vinculação à coisa julgada somente das partes envolvidas no processo, não alcançando terceiros, pois – caso se tornasse a sentença de mérito imutável e inatingível para o sujeito que não participou do processo –, isso significaria uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ressalte-se que a doutrina traz exceções à sistemática da eficácia *inter partes* da coisa julgada. Quando os efeitos da sentença ultrapassam a esfera das partes no processo. Ocorre no caso de sucessores e substitutos processuais que, mesmo não tendo participado inicialmente da demanda, assumem o direito sobre o qual versa o litígio processual. Além das hipóteses de tutela coletiva, em que – nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – a *res iudicata* operar-se-á de forma *erga omnes* ou *ultra partes*.¹²

⁹ THEODORO JÚNIOR (2012, p. 570), dispondo sobre os motivos da sentença.

¹⁰ OLIVEIRA (2013). CPC, art. 5º: Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença (BRASIL, 1973). CPC, art. 325: Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º) (BRASIL, 1973). CPC, art. 470: Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide (BRASIL, 1973).

¹¹ CPC, art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros (BRASIL, 1973).

¹² Com base nas lições de NEVES (2014, p. 621/622), quando da análise dos limites subjetivos da coisa julgada.

3.1 INSTRUMENTOS CABÍVEIS À DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Imperioso destacar que, apesar de constar no rol das cláusulas pétreas, a coisa julgada não representa uma garantia absoluta, haja vista a previsão de hipóteses de sua desconstituição, as quais não configuram inconstitucionalidade.

Quando a demanda envolver relação jurídica continuativa, a exemplo das ações de alimentos, sempre que houver modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é admissível a alteração do conteúdo da sentença, ainda que após a ocorrência do seu trânsito em julgado.¹³

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro admite, ainda, de forma legal ou doutrinária, outros institutos capazes de possibilitar a rediscussão de conteúdos acobertados pelo manto da coisa julgada, a saber, a ação rescisória, a ação de nulidade da sentença (*querela nullitatis*), bem assim a denúncia por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica).

O artigo 485,¹⁴ do Código de Processo Civil, dispõe taxativamente acerca das hipóteses excepcionais nas quais é possível, por meio do instituto da ação rescisória, o reexame de sentenças que transitaram em julgado, desde que seja obedecido o prazo decadencial de dois anos para seu ajuizamento.¹⁵

Especificamente, a partir da leitura do inciso V, do referido dispositivo legal, depreende-se – com base na boa doutrina – a seguinte interpretação:

É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que *lei*, tal como empregada no dispositivo, constitui expressão ampla abrangendo tanto a lei estrangeira como a nacional, tanto a material como a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional. [...] Enfim, a violação de qualquer *norma jurídica* possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas

¹³ A dicção do art. 471 do CPC prevê: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença (BRASIL, 1973);

¹⁴ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (BRASIL, 1973).

¹⁵ Nos termos do art. 495, do CPC: O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (BRASIL, 1973).

a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2013, p. 436).

Assim, evidencia-se a relevância do instituto da ação rescisória, vez que permite o reexame de situações nas quais a característica intangível da coisa julgada material ensejaria flagrante ofensa a princípios processuais e constitucionais, conseqüentemente ao próprio Estado Democrático de Direito.

Existe também, no direito brasileiro, a possibilidade de invalidação de uma decisão judicial após o decurso do prazo para ajuizamento de ação rescisória, quando tal decisão proferida foi desfavorável ao réu, em processo que correu à sua revelia, em razão de vício na citação, ou seja, ou ela não ocorreu ou ocorreu de forma irregular (não válida). Casos em que “a decisão judicial está contaminada por vícios transrescisórios”.¹⁶

A respeito do referido instituto, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha expõem a previsão legal de seu cabimento.

A *querela nullitatis*, no direito brasileiro, está prevista como hipótese de cabimento de impugnação à execução de sentença (art. 475-L, I, CPC; nesse caso, a alegação de nulidade da sentença será causa de defesa e não causa de pedir de uma ação) ou como hipótese de cabimento dos *embargos à execução contra a Fazenda Pública* (art. 741, I, CPC). (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2013, p. 495).

Dessa forma, a *querela nullitatis* está contemplada como uma forma de defesa na fase de execução, podendo revestir-se como *impugnação*, bem como assumir a forma de *embargos à execução*.

Tem-se, ainda, a denúncia por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, de competência da Corte Interamericana no Brasil, reconhecida em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89.¹⁷

Nesse caso, segundo Fredie Didier Jr. (apud Oliveira, p.186), qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental, tem legitimidade para peticionar junto à Comissão Interamericana, alegando ato (ou omissão) estatal brasileiro que viole garantias fundamentais, inclusive no caso de decisões já atingidas pela coisa julgada material.

¹⁶ Assim expõem DIDIER JUNIOR; CUNHA (2013, p. 493) quando tecem considerações a respeito da *querela nullitatis*.

¹⁷ Art. 1º É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida solicitação (Brasil, 1998).

Vê-se, portanto, diante das considerações aduzidas, a possibilidade – excepcionalmente – de reanálise de decisões judiciais, ainda que acobertadas pela coisa julgada material, de forma legítima, sem que tal reexame configure ofensa ao instituto da *res iudicata*, tampouco afronte a segurança jurídica e a confiança que o Estado impõe na sociedade.

4 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Estado Democrático de Direito tem como premissa normativa maior a ordem constitucional, representada no Brasil pela Carta Magna de 1988, e encontra respaldo nos princípios da rigidez constitucional e da supremacia da Constituição, pois visa resguardar direitos e garantias fundamentais, manter as estruturas e competências, assegurando a defesa da ordem jurídica.

Nesse diapasão, em face de qualquer abuso ou violação ao texto maior, o ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos de combate, cujo escopo finalístico é a garantia de supremacia da Constituição e a harmonização de todo e qualquer comportamento conforme os preceitos constitucionalmente estabelecidos.

O controle de constitucionalidade, portanto, é o meio pelo qual o Estado garante que todos os atos, normas e decisões serão editados ou proferidos em consonância com a Constituição da República. De sorte que, nas palavras de Bulos (2011, p. 181), “enquanto a *inconstitucionalidade* é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o *controle* é o remédio que visa restabelecer o estado de higidez constitucional”.

Assim, o fundamento desse controle parte da análise de três premissas básicas, quais sejam, a *supremacia da Constituição*, em que todas as demais normas devem obediência aos seus ditames, a *rigidez constitucional*, na medida em que qualquer alteração de seu texto dá-se por meio de processo legislativo mais complexo em relação ao que ocorre com a legislação infraconstitucional de um modo geral, e a proteção dos direitos fundamentais, os quais não podem suprimidos e configuram verdadeiros limites à atuação estatal.

4.1 É POSSÍVEL O CONTROLE EM FACE DE TODO ATO INCONSTITUCIONAL?

Sabe-se que, em obediência ao que fundamenta o modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito, toda e qualquer regra, em sentido *latu sensu*, deve estar em conformidade com o disposto na Constituição da República. E, justamente por existir tal referência, incompatibilidades ao texto maior são passíveis de ocorrer.

Bulos (2011, p. 183) aborda a importância de se compreender que “uma coisa é *reconhecer* a inconstitucionalidade que afeta o ato público ou privado; outra é *controlá-la*”. Nesse sentido, explicita que “nem todos os vícios que fulminam a constituição podem ser controlados”. De sorte que “a doença (a inconstitucionalidade) é detectada, mas, mesmo assim, não há o remédio (o controle) para a sua cura”. Como é o caso das decisões judiciais que venham a ser acometidas pela mácula da inconstitucionalidade.

Nem sempre os recursos interpostos para derrubar as sentenças inconstitucionais, as ações rescisórias, os mandados de segurança, as novas concepções acerca da relatividade da coisa julgada, os mecanismos processuais ordinários em geral conseguem fulminar o cancro da inconstitucionalidade, eliminando, por completo, a chaga que assola a supremacia das constituições. Não há dúvida de que seria positiva a consagração de *sanções específicas*, previstas em lei, para fiscalizar a constitucionalidades dos atos jurisdicionais. O problema é como operacionalizar isso, porque o princípio da separação de Poderes, inclusive no Brasil, não pode correr riscos, sob pena de se desconfigurar a manifestação constituinte originária em seu sentido mais profundo.

Aponta-se como uma possível solução para o problema aquilo que se apresenta como a formação de uma *consciência constitucional plena*,¹⁸ a partir do que, ao nosso entender, seria um amadurecimento constitucional, de modo a propiciar o entendimento acerca do grau de relevância que exprime o valor-Constituição no Estado Democrático de Direito.

¹⁸ Nomenclatura utilizada por Bulos (2011, p. 183), ao expor que, antes da existência de instrumentos aptos a realizar o controle de constitucionalidade em face de sentenças acobertadas pela *res iudicata*, cumpre o reconhecimento do *valor da constituição* como dogma de grande importância no panorama do Estado Democrático de Direito.

4.2 MODELO DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE ADOTADO NO BRASIL

O sistema brasileiro de combate à inconstitucionalidade compõe uma variável de métodos fiscalizatórios, inobstante a Lei Maior de 1988 tenha assegurado mais expressividade e destaque ao controle concentrado de constitucionalidade das normas.¹⁹

Quanto ao momento da fiscalização, o controle pode ser preventivo ou repressivo, sendo, como regra, o primeiro realizado pelos poderes legislativo e executivo, de caráter político, e o segundo efetuado no âmbito do poder judiciário, de natureza jurisdicional.

Na esfera legislativa, o referido controle preventivo, que se afigura de natureza política, é feito em dois momentos, pelas Comissões de Constituição e Justiça, quando de seu pronunciamento com vistas a inviabilizar o projeto, caso em que será arquivado, salvo recurso para o Plenário, e feito pelo próprio Plenário do Parlamento, inclusive durante as votações.

Pode ser também realizado pelo Chefe do Poder Executivo, que poderá vetar (veto jurídico) projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo por entendê-lo inconstitucional, nos moldes do art. 66, § 1º, da Constituição da República.²⁰

A atuação repressiva de controle, a qual será operada, como regra, pela via jurisdicional, compreende duas espécies, a saber, o controle reservado, abstrato ou concentrado, na via de ação, como também o chamado controle difuso ou aberto, pela via de exceção ou defesa.

Qualquer tribunal ou juiz podem, no controle difuso, quando da apreciação do caso concreto, verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Sendo possível a provocação pelas partes, pelo Ministério Público e pelos magistrados, inclusive *ex officio*.

Vale dizer, nesse caso, afasta-se a aplicação da lei ou ato inconstitucional apenas no caso *sub judice*, atingindo a esfera de direitos das partes envolvidas na demanda processual, de sorte que a norma mantém sua validade perante terceiros alheios à lide. Podendo ser ventilado o incidente em processo de conhecimento, na fase de execução, cautelarmente, assim também nas ações constitucionais como, exemplificativamente, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação civil pública e ação popular.

¹⁹ Ainda com base na doutrina de Bulos (2011, p. 195).

²⁰ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto (BRASIL, 1988).

Trata-se, portanto, de um incidente arguido no curso do processo, configurando uma questão prejudicial que deve ser resolvida previamente ao mérito da causa, na medida em que somente após decidir sobre a aplicação, ou não, da norma supostamente inconstitucional é que se enfrenta a matéria principal.

A decisão proferida no incidente é dotada, como regra geral, de eficácia retroativa e *inter partes*, entretanto, existe possibilidade de tal decisão ser oponível contra todos. Para tanto, deverá ocorrer a participação do Senado Federal, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário, declara a inconstitucionalidade de lei na atuação do controle difuso e, em atendimento ao disposto no artigo 52, inciso X, da nossa Constituição,²¹ o Senado Federal suspende, mediante resolução e de forma discricionária, a execução da referida lei.

Em relação aos efeitos produzidos pela aludida resolução, expõe Oliveira (2012, p. 188) a divergência doutrinária acerca do tema.²² Contudo, embora parcela da doutrina entenda que possui efeitos *pro futuro* ou *ex nunc*, Clèmerson Merlim Clève e Gilmar Ferreira Mendes defendem o entendimento já adotado no Senado Federal e no próprio STF, qual seja, a tese de que a suspensão do Senado produz efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.²³

Reforça essa tese o entendimento sufragado no âmbito do Poder Executivo Federal, cujo Presidente da República, à época, editou o Decreto nº 2.346/97, reconhecendo o efeito *ex tunc* à resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei, ou qualquer espécie normativa, inclusive de qualquer ente federativo, declarada inconstitucional pelo STF, em sede de controle difuso.

Diferentemente do anterior, em que há um litígio instaurado, no controle concentrado a discussão limita-se à questão em tese, sem adentrar em direitos subjetivos, porquanto verifica se a aplicação de determinada lei ou ato normativo poderá macular a Constituição. Pretende, dessa forma, retirar do meio jurídico leis ou atos normativos que – em tese – conflitam com a nossa Lei Maior, com vistas a operar-se a invalidação da norma por inconstitucionalidade.

No Brasil, o sistema fechado de aferição da constitucionalidade das leis, confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processamento e julgamento das ações que

²¹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

²² Oliveira (2013) embasa seu posicionamento acerca do efeito *ex nunc* na doutrina de Pedro Lenza, que faz referência a Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Regina Nery Ferrari, entre outros. E na defesa do efeito retroativo menciona Clèmerson Merlim Clève, Gilmar Ferreira Mendes, Marcello Caetano, citados por Olavo A. V. Alves Ferreira, e Uadi Lammêgo Bulos.

²³ Posicionamento exposto no Recurso em Mandado de Segurança nº 17.976/SP.

buscam o reconhecimento da adequação, ou não, de determinada norma em face da Constituição Federal, tendo em vista ser a Colenda Corte o órgão de cúpula do poder judiciário como guardião precípua da ordem constitucional, cabendo-lhe, por conseguinte, a apreciação e controle de constitucionalidade *in abstracto*.

Segundo Bulos (2011, p. 230), prestigia-se, no controle concentrado, “a jurisdição abstrata, estabelecendo a *via de ação direta* para as Cortes Supremas realizarem o ideário da justiça constitucional”. Tal controle é caracterizado por um processo objetivo, no qual “a preocupação maior é a defesa da regularidade da ordem constitucional”.

Saliente-se que a Suprema Corte, nesse caso, atua como uma espécie de legislador negativo, não podendo exercitar positivamente atividade legiferante, ante o respeito ao princípio da separação dos poderes.

Legiferação positiva é o ato de criar leis ou atos normativos primários. Assim, o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato, não poderá editar leis ou atos normativos primários, atuando como se legislador positivo fosse. [...] Significa dizer que a Colenda Corte não exercita o *poder de impulsão*, a ponto de inovar a ordem jurídica pela expedição de atos normativos primários. Se assim procedesse, estaria adentrando a seara do Poder Legislativo, violando a cláusula de separação dos Poderes (CF, art. 2º). Por isso, quando o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado, ele atua como *legislador negativo*. [...] O *legislador negativo*, portanto, é aquele que não cria a norma, mas a expurga da ordem jurídica por ser inconstitucional. (BULOS, 2011, p. 232).

No plano federal, constituem-se como instrumentos jurídicos aptos a permitir a defesa abstrata da Constituição da República as ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão, as ações declaratórias de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo esta última, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, consideradas *modalidades especiais* de fiscalização abstrata, vez que se constituem espécies de mecanismos *híbridos* por habitarem entre a técnica concentrada e a difusa de controle de norma.²⁴

Convém destacar, por oportuno, considerações acerca da ação direta de inconstitucionalidade genérica, cuja previsão consta no artigo 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, da Constituição da República,²⁵ haja vista tal instrumento apreciar “a

²⁴ Assim dispõe Bulos (2011, p. 233), quando explicita que nem sempre o debate constitucional que tais demandas suscitam configura o problema principal posto em discussão, na medida em que pode tratar-se de questão prejudicial a ser desatada.

²⁵ Art. 102, I, a: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...] (BRASIL, 1988).

inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que – em tese – afronta as regras e princípios constantes na Constituição da República, visando o consenso das normas jurídicas”.²⁶

Essa ação genérica tem por objetivo a tutela da harmonia constitucional na sua totalidade. Dessa forma, representa a defesa do interesse de toda a sociedade, como uma necessidade de ordem pública, com vistas a assegurar a garantia de todo o sistema que se orienta a partir das disposições constitucionais. Assim, o fim último é a eliminação da lei ou ato normativo que põe em risco a ordem constitucional.

O controle via ação direta é realizado exclusivamente pelo Pretório Excelso e a decisão que confirma a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo possui natureza declaratória, eficácia *erga omnes*, sendo oponível contra todos, efeitos retroativos (*ex tunc*) e vinculantes, relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, operando-se a nulidade desde a data da edição da lei expurgada do ordenamento.²⁷

4.3 O EFEITO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FACE O INSTITUTO DA COISA JULGADA

Considerando a possibilidade de apreciação de questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta ou mesmo em recurso extraordinário, mesmo na hipótese de o tema já ter sido analisado em determinado caso concreto e, apenas posteriormente, ter tido seu desfecho pela inconstitucionalidade, poder-se-ia chegar à conclusão de que sua eficácia retroativa atingiria as decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Por isso, segundo Marinoni (2013, p. 80), faz-se necessária uma análise acerca do conceito da aludida decisão de inconstitucionalidade, prolatada em ação direta ou recurso extraordinário em face de decisões que já teriam contemplado a controvérsia constitucional, posteriormente solucionada pela Colenda Corte. A partir disso, o referido jurista expõe que:

Ainda que se atribua a esta decisão o significado de declaração de nulidade da lei, isto não quer dizer que a anterior decisão que nela se fundou deva ser considerada nula. Isto porque a decisão constituiu a afirmação do poder incumbido de interpretar a lei. Recorde-se, na lição de um dos juristas portugueses que mais se aprofundou no estudo da coisa julgada, que “a ideia

²⁶ Segundo aponta OLIVEIRA (2013, p. 189).

²⁷ Nesse sentido: Bulos (2011), Lopes Junior (2010) e Oliveira (2013).

de que o valor jurídico da sentença decorre da lei tem como premissa ou corolário logicamente necessário a de que o poder judicial se funda no Legislativo, o poder judicial limita-se a ‘executar’ os comandos do Poder Legislativo, a ser mera voz da lei (*viva vox legis*) que dele promana”. A decisão, mediante a interpretação da autoridade judicial competente, expressa a norma jurídica do caso concreto, que, assim, não se confunde com a norma geral e abstrata. Tanto a decisão ou a norma jurídica, quanto a lei, constituem atos de imposição do poder. A diferença é apenas a de que a primeira é ato do Poder Judiciário e a segunda ato do Poder Legislativo. Portanto, em nome do princípio da separação de poderes, não há como admitir confusão entre declaração de nulidade da lei e declaração de nulidade das decisões judiciais. A declaração de nulidade da lei não invalida a decisão transitada em julgado, pois cabe aos tribunais um poder que não é derivado do Legislativo, o de atuar em concreto os seus comandos, mas um poder próprio, *jus proprium*. (MARINONI, 2013, p. 80-81).

De fato, é forçoso tentar equiparar elementos essencialmente distintos em sua natureza, constituição e origem, de sorte que prever o mesmo reflexo da decisão de inconstitucionalidade do Supremo perante tais institutos parece-nos inviável.

Ocorre que, em se tratando de possibilidade de revisão de sentença transitada em julgado em razão de ofensa à disposição constitucional, já vimos que tal reexame não é algo, absolutamente, impossível, haja vista a hipótese contemplada por meio da utilização do instituto da ação rescisória.

Bem verdade que o manejo da aludida ação somente tem guarida se realizado dentro do prazo decadencial previsto em lei. Então, diante disso, carente se mostraria o Estado no dever de prestar a tutela jurisdicional se acaso surgisse situação ensejadora de demanda cuja resolução não está contemplada no nosso ordenamento, a exemplo da coisa julgada inconstitucional, ante a omissão legislativa que se verifica.

Nesse contexto, tendo em vista que o vício de inconstitucionalidade no nosso modelo estatal representa gravidade incontestada, vez que põe em risco valores que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, cumpre adentrar a discussão acerca da relativização da coisa julgada inconstitucional.

5 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: POSICIONAMENTOS CONCORDANTES E DIVERGENTES QUANTO À SUA ACEITABILIDADE

Conforme já delineado em momento anterior, o instituto da coisa julgada representa uma garantia constitucional incidente sobre as decisões judiciais, em que, depois de esgotadas as possibilidades de recursos, as sentenças ou acórdãos revestem-se da característica da imutabilidade, assegurando, em regra, a impossibilidade de rediscussão do que foi decidido e conferindo, com isso, a efetividade da segurança jurídica, uma das fortes expressões máximas do Estado de Direito.

Na hipótese de se admitir a inconstitucionalidade de decisão acometida pelo fenômeno do trânsito em julgado, levantou-se forte discussão doutrinária acerca da relativização da chamada coisa julgada inconstitucional, teoria cuja aceitabilidade permanece pendente.

De um lado, os defensores dessa teoria suscitam o dever que se impõe de busca e prevalência da justiça como argumento para se flexibilizar a coisa julgada. Noutro pórtico, os que se mostram contrários à sua aplicação reforçam a importância da coisa julgada como expressão do princípio da segurança jurídica, premissa básica do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal ainda mantém entendimento majoritário no sentido de não aceitar a tese em comento, no entanto a questão tem sido sempre bastante discutida quando ventilada nas decisões que alcançam a Suprema Corte.²⁸

A abordagem inicial acerca do tema, no Brasil, deu-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujas palavras de Delgado (apud Oliveira, 2012, p. 193) indicam que haveria possibilidade de se rever sentença transitada em julgado, ainda que transcorrido prazo para ajuizamento de ação rescisória, nas situações em que contenha a decisão tamanha injustiça, ao ponto de comprometer a estrutura do regime democrático de direito, por apresentar violação à moralidade, legalidade, respeito à Constituição Federal e às regras da

²⁸ Como exemplos de posicionamento contrário: RE 486579-AGR-AGR; AI 723357; RE 473715-AGR. Em contrapartida, no RE 363889, em que se discutiu a questão da paternidade face a posterior possibilidade de exame de DNA, a tese teria sido acolhida. Saliente-se, muito se comenta, a exemplo de Marinoni (2013, p. 191-192), que tal manifestação não representa ofensa à coisa julgada material, tratando-se a situação de “documento novo”, remetendo-se, analogicamente, ao laudo de DNA que, na época do julgado anterior, não existia, enquadrando-se, portanto, na possibilidade contida no art. 485, VII, do Código de Processo Civil.

natureza, não se podendo aceitar, em nome da segurança jurídica, máculas profundas ao ordenamento jurídico como um todo.²⁹

Em consonância com essa linha de raciocínio, Theodoro Júnior e Faria (apud GOMES; COHEN, 2009) afirmam:

Por sua vez, o princípio da intangibilidade da coisa julgada, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isso significa, segundo assinalado no item anterior, que é ele, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito entre princípios constitucionais, evitando-se com isso a séria angústia de se definir aquele que se prevalece sobre o outro, como se dá em Portugal, a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. (THEODORO JÚNIOR; FARIA apud GOMES e COHEN, 2009).

Em oposição ao posicionamento acima esboçado, há os que defendem o instituto da coisa julgada como forma de se garantir a segurança jurídica e a proteção da confiança. A respeito do tema, Marinoni (2013, p. 184) aponta que:³⁰

A coisa julgada é uma condição para o discurso jurídico. Um discurso revisável não é um discurso jurídico, mas um discurso prático-geral. A coisa julgada não integra o discurso propriamente dito, mas a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico. De modo que a coisa julgada não pode ser “relativizada” pela ponderação de princípios, pois só existe ponderação em discurso jurídico, para cuja existência é imprescindível o respeito a determinadas regras formais, aí incluída a coisa julgada. A coisa julgada não pode ser objeto de “ponderação” por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental.

Assente também é o posicionamento de Humberto Ávila (apud Marinoni, 2013, p. 187) no mesmo sentido:

²⁹ Nesse sentido, Delgado (apud Oliveira, 2013, p. 194) expõe ser inaceitável, exemplificativamente, a sentença que viole a Constituição Federal, que veicule injustiça, que desmorone ilegalmente patrimônios, que obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, por fim, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

³⁰ Segundo Marinoni (2013), em relação à aplicação da proporcionalidade, sustentada pelo Ministro José Augusto Delgado, em determinados casos nos quais se está diante de conflito entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado, valendo-se da técnica da ponderação como forma de encontrar a solução mais justa possível no caso concreto. Marinoni fundamenta sua oposição, inclusive, citando a obra Teoria da argumentação jurídica, de V. Robert Alexy.

[...] a proteção da coisa julgada, mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de regramento do conflito entre a segurança e a igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela. (ÁVILA apud MARINONI, 2013, p. 187).

Em sentido equivalente, a respeito do instituto da coisa julgada, explicita Nelson Nery Júnior (apud GOMES; COHEN, 2009):

Sua proteção não está apenas na CF 5º. XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1º). O Estado Democrático de Direito (CF 1.º caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental - CF 5º. XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4.º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior. (NERY JÚNIOR apud GOMES; COHEN, 2009).

Convém trazer à discussão a abordagem do Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, acerca da coisa julgada.

EMENTA: COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA. EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS. VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA”. “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT”. CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. RE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.

- A sentença de mérito transitada em julgado **só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial** previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

- A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (GRIFO NOSSO)

Saliente-se, ainda, que em deliberação deveras recente, quando do julgamento do RE 590.809/RS, o STF decidiu o mérito de tema com repercussão geral, pelo Tribunal Pleno, determinando, em razão do princípio da segurança jurídica, a impossibilidade de utilização de ação rescisória por superveniente modificação da jurisprudência do STF, quando a decisão que se pretende rescindir afigura-se em conformidade com a jurisprudência que predominava na Colenda Corte, à época do respectivo julgamento.

O Tribunal, decidindo o tema 136 da Repercussão Geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso, vencidos os Ministros Teori Zavascki e Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli, que proferiu voto em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 22.10.2014. (BRASIL, 2014).³¹

Vê-se, portanto, uma reafirmação da Suprema Corte no sentido de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima do jurisdicionado. O relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, no início do julgamento, afirmou que a ação rescisória, frente a natureza de cláusula pétrea conferida ao instituto da coisa julgada pelo constituinte, deve reservar-se a *situações excepcionálissimas*.

Acrescentou, ainda, o Ministro que “não se trata de defender o afastamento da rescisória, mas de prestigiar a coisa julgada, se, quando formado o teor da solução do litígio, dividia interpretação dos tribunais pátrios”, ou, continuou o Ministro e concluiu, “se contava com ótica do próprio STF favorável à tese adotada”.³²

Não obstante isso, observe-se que há pontos importantes a serem considerados nas duas correntes, ao passo que, sob determinada ótica, a relativização da coisa julgada considerada inconstitucional poderia representar uma violação ainda maior a preceitos como o

³¹ Informação retirada do site “www.stf.jus.br” em 23 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=590809&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

³² Informação retirada do site “www.stf.jus.br” em 23 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278092>>.

dever-poder do magistrado de realizar a averiguação da compatibilidade constitucional quando profere decisão no caso concreto, além do desrespeito aos já mencionados princípios da segurança jurídica e da proteção legítima, que informam o Estado Democrático de Direito.

Contudo, noutra pórtico, há que se entender a busca pela justiça e o reconhecimento de que se vive em uma época na qual os princípios foram elevados à categoria de norma, sem haver, portanto, hierarquia entre estes e as regras positivadas. De sorte que a aplicação racional, com base em critérios legítimos, da temática principiológica quando da análise do caso concreto, por vezes, faz-se imperiosa, haja vista que a lei *stricto sensu* não é suficientemente capaz de acompanhar a evolução social, de sorte que, na dependência de sua formação para alcançar determinadas situações ainda não contempladas pelo diploma legal, pode-se cometer injustiças.

6 ABORDAGEM PRINCIPIOLÓGICA: SEGURANÇA JURÍDICA X JUSTIÇA

Em tempos de ativismo judicial – porque não dizer “criação judicial dos direitos” –, mister se faz uma breve releitura de alguns conceitos primeiros, concebidos como norteadores de toda produção e aplicação do direito, com vistas a restabelecer o equilíbrio entre a dogmática objetiva do direito positivo e o discurso principiológico da pós-modernidade.

O fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido nas duas grandes famílias do direito –, constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da expansão, no mundo moderno, do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, da exacerbação do papel criativo dos juízes. (CAPPELLETTI, apud ATAÍDE JUNIOR, 2010).

Para Reale (2011, p. 315-316), “toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”.

Quando da análise da possibilidade de flexibilização da coisa julgada, notadamente ante a superveniência de inconstitucionalidade, repousa sobre o tema a consideração de princípios que podem entrar em conflito a partir da observação de determinado caso concreto.

Com efeito, o discurso da doutrina que não aceita a tese da relativização da *res iudicata* encontra-se pautado, principalmente, no respeito ao princípio da segurança jurídica como indicativo e garantia de afirmação do Estado de Direito.

A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido. (BARROSO, 2009, p. 308).

As palavras do jurista retratam, de certa forma, consoante nossa interpretação, aparente receio de banalização do discurso jurídico, no sentido de que é preciso atentar para possíveis armadilhas dessa nova era.

A pós-modernidade traz consigo o discurso contemporâneo da importância dos princípios e valores essenciais da democracia, enriquecendo a percepção da realidade, demonstrando que a literalidade da lei não mais se mostra suficiente em todos os casos.

Contudo, não se pode abandonar totalmente o discurso embasado na razão, tão disseminado em momentos anteriores. Então, na medida do possível, o aplicador do direito deve atuar com neutralidade, por meios de critérios objetivos e, notadamente, prezar por uma interpretação consciente.

Em nosso entendimento, segurança jurídica e justiça não representam valores contrapostos, ao revés, há significativa correlação entre eles. Conferir segurança às relações jurídicas também pressupõe anseios de justiça, na medida em que se protege a confiança e garante certeza.

Ao passo que a justiça consistiria em um “poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica”.³³ Alexandre Freitas Câmara (apud BORBA, 2009, p. 118) afirma que “não há justiça sem segurança jurídica” e sugere a necessidade de equilíbrio entre esses dois valores.

Como bem expõe Borba (2009, p. 119), “não há como aceitar a aplicação de normas jurídicas por qualquer Estado apenas com o objetivo de promover segurança jurídica, sem apego à necessidade de se observar um padrão de justiça no difícil mister de organizar a vida em sociedade”.

O ideal seria alcançar o meio termo entre a objetividade e subjetividade na atividade do juiz de interpretar e aplicar a lei. Esse ponto de equilíbrio seria, ao mesmo tempo, uma combinação equilibrada entre a segurança e a justiça,

³³ Assim afirma Carlos Aurélio Mota de Souza, citado por BORBA (2010, P. 118).

na medida em que aquela se identifica com a objetividade e esta muitas vezes depende de uma subjetividade (adequação à realidade) para ser alcançada. (ATAÍDE JUNIOR, 2010).

Assim, parece-nos razoável e necessária a aproximação entre os aludidos conceitos, de sorte que um não deve sobrepujar o outro, não havendo, portanto, hierarquia entre eles. De fato, sem um parâmetro de segurança, difícil se mostra imprimir confiança e reforçar o conceito justiça, na medida em que, adquirindo as relações jurídicas certeza de correição, elas se estabilizam. De igual modo, não se sugere que, em nome dessa segurança, sejam equivocadamente ignoradas determinadas nuances que podem surgir, comprometendo a finalidade maior que é a justiça.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Estado que submete todo seu sistema jurídico à supremacia das normas constitucionais tem, de fato, em nosso entendimento, uma espécie de *dever-poder* de zelar pela defesa dessa ordem, com vistas a garantir, dessa forma, o cumprimento de seus preceitos fundamentais, na medida em que promove a sintonia necessária entre todo comportamento jurídico e a *Lex Mater* que orienta e estrutura todo seu ordenamento.

No que pertine à relativização da coisa julgada em razão de vício superveniente de inconstitucionalidade, cumpre estabelecer critérios bem definidos para sua aplicação, haja vista que os mecanismos existentes para a resolução de conflitos como esse não se apresentam suficientemente capazes de sanar o problema.

A discussão é ainda muito evidente no meio jurídico, razão pela qual não se sabe ao certo qual fim revelará. No entanto, no momento atual, sabe-se que órgãos de cúpula maior, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, continuam demonstrando tendência negativa à sua aceitação.

Não obstante isso, considera-se de grande relevância o debate, pois promove um enriquecimento cada vez maior do discurso, possibilitando, na medida em que busca a melhor resposta, o alcance de fins mais adequados à questão.

Nesse diapasão, as palavras de ordem seriam equilíbrio, razão e sensibilidade. Na tentativa de se evitar extremos, que inibem o desenvolvimento lógico e ponderado, além de afastar demasiadamente os valores em jogo, supervalorizando um lado em detrimento do outro.

O deslumbre da pós-modernidade quanto à sobrevalorização do discurso principiológico, ligada à fantasia da subjetividade extremada, é nocivo, assim como o apego à dogmática excessiva que impede, por vezes, a adequação justa da norma a determinado caso concreto, também o é.

O intérprete e aplicador do direito, portanto, deve obedecer a critérios objetivos, com neutralidade e no uso da razão, quando da análise de qualquer instituto jurídico, contudo, ante a incessante evolução social e mudança de paradigmas constantes em nossa sociedade ocidental, jamais deve esquecer-se do seu papel enquanto instrumento de concretização e viabilidade da ordem social, com vistas a estabelecer a justiça.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. A criação judicial do direito: segurança x justiça: necessidade de releitura dos princípios. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8226>. Acesso em 18 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORBA, Rodrigo Esperança. Existe sentença transitada em julgado? **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, p. 117-137, dez. 2010. Disponível em: <[BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 1973. Disponível em: < \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm\)>. Acesso em: 18 out. 2014.](http://www.periodicos.capes.gov.br/?option=com_pmetabusca&mn=88&smn=88&type=m&metalib=aHR0cDovL21scGx1cy5ob3N0ZWQuZXhsaWJyaXNncm91cC5jb20vcHJpbW9fbGlicmFyeS9saWJ3ZWlvYWN0aW9uL3NIYXJjaC5kbz9kc2NudD0wJmZyYmc9JnNjcC5zY3BzPXByaW1vX2NlbnRyYWxfbXVsdGlwbGVfZmUmdGFjPWRLZmF1bHRfdGFjJmN0P XNlYXJjaCZtb2RlPUJhc2ljJmR1bT10cnVlJmluZHG9MSZmbj1zZWZyY2gmdmlkPUNBU EVT&buscaRapidaTermo=existe+senten%C3%A7a+transitada+em+julgado+inconstitucional >. Acesso em: 18 out. 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. **Decreto Legislativo nº 89**. Brasília: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 594.350/RS**. União (RECTE) e Nina Beatriz Jardim Mylius (RECDO). Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 25 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE594350.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 590.809/RS**. Metabel Industria Metalurgica LTDA (RECTE) e União (RECDO). Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=590809&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 out. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Importância social da abertura dinâmica do direito**. p. 3665-3680. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/morgana_bellazzi_de_oliveira_carvalho-1.pdf>. Acesso em: 18 out. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 11. ed. rev., ampl. e atual.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. rev., ampl. e atual. 9 ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

GOMES, Magno Federici; COHEN, Ricardo Moraes. Relativização da coisa julgada: teorias, controvérsias, dilemas e solução. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito->

