

A Flexibilização da coisa julgada inconstitucional (1)(2)

Autor: José Renato Rodrigues

(Procurador Federal, Mestre em Direito pela
Instituição Toledo de Ensino – ITE, Professor da FACCAA/SP)
| Artigo publicado em 19.01.2006 |

Sumário: 1. Introdução. 2. Da coisa julgada injusta por inconstitucionalidade. 2.1. O gênero: coisa julgada injusta. 2.2. A espécie: coisa julgada inconstitucional. 2.3. Hipóteses de inconstitucionalidade da coisa julgada. 2.3.1. Violação direta de norma ou princípio da Constituição. 2.3.2. Aplicação de uma norma inconstitucional. 2.3.3. Não aplicação de uma norma tida como inconstitucional quando ela é constitucional. 3. Segurança Jurídica. 4. É possível haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional? 5. Dos remédios processuais a serem utilizados para flexibilizar a coisa julgada inconstitucional. 5.1. Como pode se dar o reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada e a sua conseqüente flexibilização? 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Depois de várias leituras, verificamos que deveríamos aprofundar o estudo a respeito da intangibilidade da coisa julgada, pois, analisando alguns casos concretos, passamos a entender que a intangibilidade não poderia ser absoluta.

O tema, apesar de sua importância na atualidade, ainda é pouco debatido na doutrina e na jurisprudência, por isso o material a respeito do assunto ainda é escasso.

A verificação da possibilidade ou não de haver a flexibilização da coisa julgada é de relevante utilidade nos dias atuais, pois a imutabilidade absoluta da coisa julgada está sendo alvo de questionamentos e até críticas quando se sobrepõe num eventual confronto com outros valores maiores, existentes em nosso ordenamento jurídico.

No transcorrer deste, verificaremos o problema das decisões injustas, aduzindo que estas podem ocorrer, entre outras hipóteses, quando a decisão judicial definitiva, por exemplo, contrariar o direito objetivo inserido em dispositivos e princípios constitucionais □ expressos ou implícitos. Nesse caso, defenderemos que a coisa julgada é inconstitucional.

Valendo-nos da idéia de Paulo Otero, que é um constitucionalista português, verificaremos três hipóteses de decisões injustas por inconstitucionalidade no Brasil, a saber: a) a que viola, de forma direta, uma norma ou princípio da Constituição; b) a que aplica uma norma inconstitucional; c) a que deixa de aplicar uma norma tida como inconstitucional quando ela não é.

Enfrentaremos também a questão da necessária segurança jurídica das relações sociais e se a imutabilidade da coisa julgada é absoluta ou relativa.

Por fim, examinaremos quais os remédios processuais que podem ser utilizados para flexibilizar a coisa julgada inconstitucional.

De antemão, deixamos claro que o nosso objetivo é provocar uma reflexão sobre o importantíssimo instituto de processo civil denominado coisa julgada e que isto sirva para aguçar os estudiosos mais gabaritados a se debruçarem no desenvolvimento científico desse instituto fundamental.

2. Da coisa julgada injusta por inconstitucionalidade

2.1. O gênero: coisa julgada injusta

Não é possível elencar, de forma exaustiva, todas as hipóteses possíveis de haver uma coisa julgada injusta.

De qualquer forma, podemos afirmar que existirá uma coisa julgada injusta quando a decisão judicial definitiva houver, por exemplo, contrariado o direito objetivo inserido em dispositivos e princípios constitucionais □ expressos ou implícitos. Nesse caso, dizemos que a coisa julgada é inconstitucional.

É importante esclarecer que não constitui objeto deste artigo a análise detalhada sobre o que é justo ou injusto. Até porque a injustiça da coisa julgada, bem como a sua própria justiça, é um conceito vago e que deve ser buscado fora da órbita jurídica, ou seja, no campo da Filosofia do Direito, sendo que a tarefa de tentar apresentar uma definição é atribuída aos jusfilósofos.

Não obstante isso, é oportuno dizer que:

“Justiça é algo muito nobre, difícil de conceituar, porém fácil de intuir. Ainda que você não saiba definir ‘justiça’, se indignará instintivamente se alguém lhe fizer algo injusto. Justiça é algo grandioso demais para caber dentro de uma definição, de punhado de palavras. Mas é facilmente sentida e intuída por todos, igualmente, o

mais culto, douto e poderoso e o mais humilde, pequenino e desprotegido.”(3)

Júlio César Tadeu Barbosa, na obra *O que é Justiça*, deixa as seguintes lições:

“Por ser um valor absoluto, a justiça é um princípio que pretende ser válido sempre e em todas as partes, independentemente do espaço e do tempo. Sobre isto, todos os que refletiram sobre o tema estão de acordo, independentemente das conclusões a que chegaram.

Entretanto, quase todas as tentativas feitas para definir a justiça reduziram-na a fórmulas simples, quando não destituídas de qualquer sentido, desde a dos romanos ‘dar a cada um o que é seu’, passando pela cristã medieval ‘faz o bem e evita o mal’, ainda hoje aceitas sem maiores questionamentos, ou ainda outras mais recentes, como ‘aquilo que está em conformidade com o direito’. O que é cada um? O que é o bem? Material ou espiritual? Que é direito(4)?” (grifado no original)

Assim, a menção que se faz sobre a justiça ou injustiça da coisa julgada é simples instrumento para análise do tema proposto, uma vez que para podermos defender a flexibilização da coisa julgada inconstitucional temos que, obrigatoriamente, partir da premissa de que há uma injustiça na decisão que transitou em julgado.

2.2. A espécie: coisa julgada inconstitucional

A coisa julgada inconstitucional faz parte do gênero coisa julgada injusta, sendo a espécie mais abominável que existe.

Sobre a coisa julgada inconstitucional, Cândido Rangel Dinamarco assevera:

“(...) é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia. Daí a propriedade e a legitimidade sistemática da locução, aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional.” (grifado no original)(5)

Diante da soberania do Estado, podemos afirmar, de forma categórica, que o Poder é uno, indivisível e indelegável. Dessa forma, é errôneo falar na existência de vários “Poderes” (“Poder Executivo”, “Poder Legislativo” e “Poder Judiciário”). Pelo mesmo motivo, é inconcebível a utilização da expressão “tripartição de poderes”. (6)

O que existe, na verdade, é um só Poder que é visto sob três prismas que recebem o nome de funções, ou seja, há uma função legislativa, uma função administrativa e uma função jurisdicional.

Todos os atos do Poder emanados de quaisquer das funções do Estado podem padecer do vício de inconstitucionalidade.

É imprescindível que qualquer ato estatal seja praticado levando-se em consideração a Constituição Federal, pois esta, sem sombra de dúvidas, é a base fundamental de qualquer ordenamento jurídico, ou seja, a Constituição está numa posição hierárquica superior, se comparadas com as demais normas. (7)

Não estamos dizendo que por conta da natural superioridade hierárquica da Constituição Federal exista hierarquia entre as demais espécies de atos normativos que estão elencados no artigo 59 da atual Constituição. (8)

Pelo contrário, todos os atos normativos ali elencados, com exceção das emendas à Constituição, têm o mesmo valor jurídico, na medida em que um não vale mais nem menos que o outro.

O ponto comum entre eles é que todos têm na própria Constituição Federal os seus respectivos fundamentos de validade. É o que se denomina de compatibilidade vertical. O que os diferencia são os seus campos materiais, pois cada um tem o seu campo específico de incidência.

Sustentando a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior aduzem:

“(...) como tratam de campos materiais determinados (a lei complementar só existe quando expressamente requisitada a sua edição), não apresentam hierarquia, mas campos próprios de incidência, estando todas no mesmo patamar hierárquico.”(9)

Excepcionaram-se da hierarquia as emendas à Constituição, pois estas, ao adentrarem no ordenamento jurídico, passam a ser parte da própria Constituição; portanto, normas constitucionais que, como dito alhures, se situam no ápice da hierarquia piramidal das normas.

Ao aplicar o direito ao caso concreto, independentemente do ramo (civil, penal, administrativo, comercial, etc.), se faz necessária uma prévia consulta à Constituição Federal, para somente após verificar na legislação infraconstitucional o tratamento dado ao caso em análise(10).

A lei que estiver afrontando o texto constitucional não pode e não deve ser aplicada. Se a lei violadora for anterior à Constituição Federal, dizemos que a mesma não foi recepcionada, se posterior, ela é tida como inconstitucional.

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material. Haverá inconstitucionalidade formal quando não for obedecido o processo legislativo de formação da lei. Por outro lado, haverá inconstitucionalidade material quando o conteúdo da lei não for compatível com normas e princípios da Constituição Federal(11).

Da mesma forma, se um ato estatal oriundo da função jurisdicional e, portanto, instrumentalizado através de uma sentença ou acórdão que não mais comporte recursos (decisão que fez coisa julgada) violar a Constituição Federal(12), ele formará uma coisa julgada inconstitucional.

Ora, se todos, inclusive o Judiciário, devem obediência ao princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, II, da atual Constituição Federal, com maior razão o Judiciário deve obedecer ao princípio da constitucionalidade, que é maior que aquele.

Obedecerá ao princípio da constitucionalidade o ato estatal que for compatível com a Constituição Federal.

Se o Judiciário não devesse obediência ao princípio da constitucionalidade, como ficaria a incontestável supremacia da Constituição Federal?

Em resposta a essa indagação, chegamos à conclusão de que o controle da constitucionalidade não pode se restringir somente aos atos normativos. Deve-se estender a todos os atos estatais, inclusive, e principalmente, aos atos decisórios do Judiciário.

No direito português, isso não é diferente porque "podemos registrar que toda a atividade jurídica (e política em sentido estrito) se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade."(13)

Em admitindo que toda decisão judicial esteja dispensada de obedecer ao princípio da constitucionalidade e, portanto, assegurando uma imutabilidade absoluta à coisa julgada inconstitucional, a Constituição deixaria de ser o texto normativo e passaria a ser o direito aplicado pelos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva e irrecorrível do juiz. E isso seria "proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte idéia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual do que os outros."(14)

Veja-se que “num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também não o são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de um Direito Justo.”(15)

Por esses motivos, podemos afirmar que também é um tabu a assertiva de que o juiz só pronuncia as palavras das leis e por conta disso todas as decisões judiciais sempre são constitucionais.

Ademais, temos que o Judiciário é titular de “um poder constituído e não constituinte; o poder judicial detém uma soberania exercível nos quadros da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento directo ou em oposição ao preceituado na Lei Fundamental.”(16)

Se há quem defenda que uma coisa julgada injusta por uma ilegalidade não pode ser flexibilizada por serem a segurança e certeza jurídicas bens maiores do que a lei infraconstitucional que fora violada; em se tratando de uma coisa julgada inconstitucional, é totalmente insustentável que a coisa julgada se sobreponha à Constituição.

Caso contrário, transformaríamos o instituto da coisa julgada em algo mais elevado e importante que a própria Constituição e isso seria uma nítida inversão de valores. (17)

Há tão-somente um aparente conflito entre o princípio da imodificabilidade do julgado com o princípio da constitucionalidade. É que, ao se instituir o sistema processual e nele se inserir o princípio da imodificabilidade do julgado, levou-se em consideração que este seria aplicado às decisões conformes ao direito e justas. No máximo, em que pese não ser desejável, previu-se que o princípio da imodificabilidade do julgado seria aplicado a algumas decisões injustas ou ilegais. Nunca se debateu sobre a aplicação do princípio da imodificabilidade do julgado às decisões judiciais inconstitucionais.

Acerca do assunto em comento, tragamos à baila mais um trecho inserido na obra Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, de Paulo Otero: “(...) a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional.”(18)

Logo em seguida aduz:

“Na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. Todavia, tais valores carecem de força positiva autónoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais. A segurança e a certeza jurídicas

apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quanto ao próprio texto constitucional expressamente o admite.”(19)

Francisco Barros Dias, diante da veracidade da afirmativa anterior, sustenta:

“A coisa julgada inconstitucional está a merecer da classe jurídica brasileira uma nova postura, diante das situações constrangedoras que vem sofrendo o Judiciário, em face da perplexidade dos jurisdicionados em se depararem com circunstâncias inexplicáveis, baseadas em disparidades de julgamentos, sem que nada possa ser feito, uma vez que tais situações agravam-se ainda mais quando acobertadas pelo manto da coisa julgada.”(20)

Mais adiante sintetiza:

“Vale salientar 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.”(21)

Infelizmente, há inúmeras decisões judiciais que, embora acobertadas pelo manto da coisa julgada, são nitidamente inconstitucionais.

2.3. Hipóteses de inconstitucionalidade da coisa julgada

Para Paulo Otero, a coisa julgada inconstitucional pode estar presente quando a decisão judicial se enquadrar em uma das três possíveis situações: a) violar, de forma direta, uma norma ou princípio da Constituição; b) aplicar uma norma inconstitucional; c) deixar de aplicar uma norma tida como inconstitucional quando ela não o é.(22)

Valendo-se dessas três hipóteses possíveis de inconstitucionalidade apontadas pelo constitucionalista português, transportemo-las para o Brasil.

2.3.1. Violação direta de norma ou princípio da Constituição

Ocorre a violação direta quando a decisão judicial é desconforme com uma norma ou princípio da Constituição Federal.

Nesta modalidade de inconstitucionalidade da coisa julgada, não há a apreciação, por via concentrada, pelo guardião da Constituição Federal, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal.(23) Não passa pelo crivo do STF, pois este só pode apreciar, pela via concentrada de controle de constitucionalidade, a lei ou ato normativo em abstrato.

A violação direta da Constituição Federal é verificada num caso concreto que é submetido à apreciação do Judiciário na via difusa, sendo que são essas decisões judiciais que desafiam a Constituição Federal, pois possuem um sentido diametralmente oposto à mesma.

Essa desconformidade com a Constituição, que denominamos de inconstitucionalidade, pode se dar com a aplicação de uma norma inconstitucional ou com a recusa de aplicação de uma norma constitucional.

É importante repisar que, nesta hipótese, a inconstitucionalidade da norma que é aplicada pela decisão que forma uma coisa julgada inconstitucional não é aquela inconstitucionalidade declarada, por via concentrada, pelo STF. Aqui, a inconstitucionalidade da norma é verificada por qualquer pessoa ao analisar o caso concreto.

Em havendo um conflito da coisa julgada com outros valores maiores, aquela deve ceder. Entre esses valores tidos como maiores do que a coisa julgada, podemos afirmar, sem margem de dúvidas, que estão inseridos quaisquer regras e/ou princípios constitucionais, que são espécies do gênero normas jurídicas.

Diante da veracidade da afirmativa anterior, Francisco Barros Dias sustenta:

“(...) a coisa julgada é importante, relevante, tem de ser prestigiada, porém é vulnerável à própria atividade do Poder Judiciário e não guarda, por conseguinte, o caráter de intangibilidade que se lhe quer emprestar. É tangível por meio da ação rescisória nos casos ali elencados e deve ser muito mais quando estiver em confronto com norma ou princípio constitucional.” (24)

A intangibilidade da coisa julgada não tem assento constitucional, uma vez que está prevista em lei ordinária, portanto, em patamar inferior.

A Constituição Federal de 1988, no inciso XXXVI do artigo 5º, protege tão-somente a coisa julgada e não o instituto da coisa julgada. É verdadeiro tema de direito intertemporal, em que é defeso que uma lei nova altere o conteúdo do julgado após a formação da coisa julgada. Por essa razão, uma lei nova poderá alterar o instituto da

coisa julgada, mesmo que seja para restringir a sua amplitude, haja vista que é uma lei ordinária, denominado Código de Processo Civil (artigo 467), que traça os contornos e graus de imutabilidade dos julgados.

Mesmo que a intangibilidade da coisa julgada estivesse no mesmo patamar hierárquico dos princípios e regras constitucionais, o que se admite tão-somente para argumentar, mesmo assim aquela não poderia sempre se sobrepor.

Justifica-se a afirmação anterior, pois, no mínimo, entraria em conflito com as regras e princípios constitucionais e, por isso, em alguns casos, deveria ceder espaço com a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade, Humberto Theodoro Júnior nos ensina:

“Por meio deste princípio pode o juiz analisar a lei a partir de uma ótica que estabeleça a proporção em que os vários princípios constitucionais devem prevalecer no processo hermenêutico e com isso pode-se chegar até a inconstitucionalidade da norma ou a uma exegese que afaste o seu sentido incompatível com o princípio constitucional a prevalecer.” (25)

Pelo princípio da proporcionalidade, havendo um conflito entre princípios, o de menor peso deve ser afastado, sem que seja, no entanto, eliminado do sistema jurídico, como ocorre em termos de antinomia(26). Deixa de ser aplicado somente naquele caso concreto.

Para Cândido Rangel Dinamarco:

“(...) 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).”(27)

Ao arrematar o raciocínio supra, o mesmo processualista aduz que “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.”(28)

Para ilustrar essa hipótese de inconstitucionalidade da coisa julgada, ou seja, a que está consubstanciada numa decisão que viola norma ou princípio da Constituição Federal, tragamos um exemplo de inconstitucionalidade da coisa julgada por afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da legalidade.(29)

Imagine-se uma repartição pública com três servidores que ocupam cargos iguais, tenham o mesmo tempo de serviço e que auferam o mesmo valor pecuniário.

Dois deles ajuízam, separadamente, ações almejando a incorporação de uma vantagem aos seus vencimentos, sob o argumento de que uma determinada lei lhes garante o direito em receber, mas não recebem. O terceiro, por qualquer motivo, não ajuíza nenhuma ação.

As duas ações têm seus méritos analisados, inclusive pela última instância. Uma ação tem seu pedido julgado procedente e a outra tem seu pedido julgado improcedente, ou seja, é deferida a um servidor a incorporação da vantagem aos seus vencimentos e ao outro servidor não.

Diante disso, temos o seguinte cenário: embora os três servidores trabalhem no mesmo local, tenham o mesmo tempo de serviço e exerçam a mesma atividade, receberão diferentes proventos, só pelo fato de um não ter ajuizado ação judicial alguma; outro por ter perdido uma ação idêntica à que foi ajuizada pelo terceiro e que este ganhou.

De acordo com nosso atual sistema não há nada de errado, uma vez que isso é perfeitamente possível de acontecer e acontece aos montes. Porém, ao senso comum, isso é inadmissível, pois estampa uma enorme injustiça.

Embora seja comum o sistema proporcionar esses disparates, verificamos que há uma nítida violação dos princípios constitucionais da igualdade e da legalidade.

A violação do princípio da igualdade ocorreu porque trataram de modo diferente os iguais. Por outro lado, também houve afronta ao princípio constitucional da legalidade, pois a lei foi aplicada numa ação e relegada na segunda ou vice-versa.

Assim, deve haver um modo de sanar tamanha distorção entre os julgados. Ou dizendo de outra forma, a coisa julgada de um ou de outro processo deve ser flexibilizada.

Acerca da quebra do princípio da igualdade, José Maria Tesheiner nos lembra:

“Freqüentemente explica-se a coisa julgada como *lex specialis*, o que traduz bem a idéia de que ela é como que uma lei especial, diversa da aplicável a todos os demais, ainda que em situação idêntica. A possibilidade de quebra do princípio da isonomia decorre da própria natureza da coisa julgada.

O tratamento desigual de situações iguais aparece pouco nas sentenças relativas a relações privadas, fundadas em fatos transeuntes. Cada caso é um caso, costuma-se dizer. A quebra do princípio da isonomia torna-se aparente e chocante no direito público, sobretudo nas relações jurídicas continuativas.” (grifado no original) (30)

Paulo Roberto de Oliveira Lima acresce:

“Toda vez que julgamentos contraditórios são mantidos, mercê do trânsito em julgado das respectivas sentenças, e porque não ofensivos à coisa julgada, eis que relativo a pessoas diferentes, tem-se a edição de regras particulares, com força de lei, tratando desigualmente os iguais e, portanto, o sacrifício do princípio da isonomia, embora constitucionalmente assegurado.” (31)

Acreditamos que essa hipótese de inconstitucionalidade da coisa julgada seja a mais freqüente.

2.3.2. Aplicação de uma norma inconstitucional

Também será inconstitucional a coisa julgada que estiver representada por uma decisão que se baseou ou aplicou uma norma inconstitucional.

Ao contrário da hipótese que viola diretamente a Constituição, nesta hipótese temos que a inconstitucionalidade da norma, que é geral e abstrata, é declarada pelo Supremo Tribunal Federal através da via concentrada.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pela via concentrada poderá se efetivar através de uma ação direta de inconstitucionalidade – ADIn, de uma ação declaratória de constitucionalidade – ADC (ou ADCon) ou por intermédio da ação de descumprimento de preceito fundamental. (32)

Essa inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento ou sustentáculo da decisão que fez coisa julgada inconstitucional poderá ser anterior ou superveniente à decisão.

Desse modo, a coisa julgada será inconstitucional logo de seu advento, quando o Supremo Tribunal Federal já tiver reconhecido, antes do julgamento definitivo, a inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento para a decisão.

Poderá ocorrer, também, que o STF reconheça a inconstitucionalidade da norma que foi essencial para a decisão após a formação da coisa

julgada. Nesse caso, haverá uma coisa julgada inconstitucional superveniente.

A coisa julgada inconstitucional superveniente se vivifica, com certa freqüência, no direito tributário(33), onde é possível ter uma ação com coisa julgada formada com o entendimento de que a lei impugnada pela parte, que no caso é um contribuinte, é constitucional, sendo que, depois do trânsito em julgado, o STF, ao apreciar aquela mesma lei que foi impugnada e reconhecida como válida pela decisão proferida na via difusa, declara, por via concentrada, a sua inconstitucionalidade.

Após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, todas as decisões que forem de encontro formarão coisa julgada inconstitucional.

2.3.3. Não aplicação de uma norma tida como inconstitucional quando ela é constitucional.

Aqui, temos uma "decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique, todavia, qualquer inconstitucionalidade da norma."(34)

Essa recusa em aplicar uma norma tida como inconstitucional é manifestada numa decisão prolatada na via difusa, na qual o Judiciário reconhece, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma.

Analisando o nosso ordenamento jurídico, verificamos que é ao Supremo Tribunal Federal que compete, desde que provocado e através da via concentrada, decidir acerca da constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, pois, como órgão de cúpula do Judiciário, é o guardião da Constituição Federal (art. 102).

Assim, se o Supremo Tribunal Federal julgar uma ação na via concentrada e reconhecer, em abstrato, que aquela mesma lei ou ato normativo que fora tido como inconstitucional é constitucional, temos que todas as decisões judiciais, inclusive outras do próprio STF prolatadas na via difusa, que declaram ser inconstitucional não podem subsistir.

Não podem subsistir, pois formam coisa julgada inconstitucional, na medida em que deixam de aplicar uma norma sob o argumento de ser inconstitucional, quando na verdade ela é constitucional.

Nesta, da mesma forma que ocorre na hipótese anterior (inconstitucionalidade da coisa julgada por aplicação de uma norma

inconstitucional – “b”), a inconstitucionalidade da coisa julgada também poderá ser anterior ou superveniente.

Será anterior se a decisão do Supremo que reconheceu ser constitucional determinada lei ou ato normativo vier antes da decisão prolatada na via difusa que deixou de aplicar o mesmo dispositivo legal por reconhecer que o mesmo é inconstitucional.

De outro modo, será superveniente quando o reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo for posterior à decisão proferida na via difusa.

Para aclarar esta hipótese de inconstitucionalidade da coisa julgada, peguemos um exemplo concreto que aqui se encaixa.

Em obediência ao disposto no inciso V do artigo 203 da atual Constituição Federal (35), que garantiu, na forma da lei, o pagamento mensal de um salário mínimo aos idosos e aos portadores de deficiência que não consigam se manter, por si próprios ou com a ajuda da família, adveio a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a qual, no § 3º do artigo 20, definiu que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.”

Essa exigência da lei infraconstitucional de uma renda familiar per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, como requisito indispensável para a concessão do benefício assistencial, tem sido, por reiteradas vezes e de forma incidental, afastada pelas várias instâncias judiciais, ao argumento de que esta seria inconstitucional.

Contudo, a tese de inconstitucionalidade (36) foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, ao julgar improcedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade – ADIn nº 1232, do Distrito Federal, declarou que o aludido dispositivo (§ 3º do art. 20 da lei nº 8742/93) é constitucional, portanto válido (37).

Dessa forma, as decisões judiciais que declaram, incidentalmente, ser inconstitucional o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 estão indo de encontro com o Supremo Tribunal Federal, que já se posicionou no sentido de o dispositivo ser constitucional. Estão formando coisa julgada inconstitucional, haja vista que estão aplicando uma norma tida como inconstitucional quando ela não o é. (38)

3. Segurança jurídica

O primeiro e o mais relevante argumento contrário à flexibilização da coisa julgada inconstitucional que vem à tona quando se trata do tema é o da necessária segurança jurídica.

É verdade que, em havendo a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, a segurança jurídica, que é representada pela imutabilidade do julgado, será mitigada.

Fala-se em mitigação e não em extirpação da segurança jurídica, porque esta sempre deve existir, porém, não de forma absoluta nem em detrimento de quaisquer outros valores maiores.

No entendimento de José Augusto Delgado:

“Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.” (39)

Celso Ribeiro Bastos, na obra *Hermenêutica e interpretação constitucional*, a respeito da relatividade da segurança jurídica, disserta:

“(...) embora o ordenamento jurídico esteja voltado a oferecer a necessária segurança e estabilidade nas relações humanas, o certo é que não é a segurança e estabilidade nas relações humanas o primado último do Direito. Certamente, acima dele encontram-se outros objetivos. Dentre esses, destaque-se, em especial, o princípio da justiça. Esse, de acordo com a doutrina mais moderna, enquadra-se dentro dos chamados princípios gerais de Direito e tem aplicação ampla nos diversos campos em que este se divide. A própria segurança jurídica busca a realização da justiça. Na medida em que não há nenhuma segurança, é praticamente certa a ausência também da justiça. O que ocorre é que nem todo Direito seguro será inexoravelmente um Direito justo. Reconhece-se, pois, que o princípio da segurança jurídica exerce um papel mínimo, posto que sem ele não será possível realizar os demais elementos, tais como a justiça, a liberdade, a igualdade etc.” (40)

A quebra da quietude denominada segurança jurídica se justifica em prol de uma ordem jurídica justa.

Candido Rangel Dinamarco, ao enfrentar esta questão, desenvolve o seguinte raciocínio:

“(...) psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminando este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social.” (41)

Logo em seguida, o mesmo autor ressalva:

“Isto não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.” (grifado no original) (42)

Mais à frente conclui:

“A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.” (43)

Tecendo comentários sobre as características atuais do processo, Humberto Theodoro Júnior sintetizou:

“(...) o processo deixou de ser tratado apenas com o frio método de compor litígios, para se transformar no veículo de satisfação de direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, o devido processo legal apresenta-se como processo justo, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social.”(negrito no original) (44)

Elicio de Cresci Sobrinho diz que “a segurança jurídica não é o único valor, nem o valor decisivo a ser realizado pelo direito.” (45)

É lógico que sem certeza e segurança jurídicas não há justiça na vida social. Contudo, estas estão num nível bem inferior, se comparadas com outros valores fundamentais do direito, que com elas coexistem, a saber: a Justiça e o bem comum. (46)

Todos têm interesse que na ordem social exista um mínimo de certeza e segurança, porém, desde que o conteúdo certificado e assegurado prime pela Justiça e bem-estar. (47)

É por isso que, juntamente com a segurança, também se almeja a justiça da decisão, pois “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”. (48)

A Justiça é anterior ao Direito e é através dela que se inspirou e deve se inspirar todo o ordenamento jurídico.

Humberto Theodoro Júnior nos ensina:

“É um dado ético antes de jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente com a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.” (49)

O artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil enfatiza que:

“O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”.

Embora o dispositivo acima transcrito esteja inserido no Código de Ética e Disciplina da OAB e, portanto, dirigido diretamente aos advogados, não temos dúvidas de que todos os operadores do direito também devem irrestrita obediência ao ali disposto.

Não é demais lembrar que a própria Constituição Federal de 1988, logo em seu preâmbulo, assevera que num Estado Democrático de Direito deve haver uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos e, por isso, devem ser observados alguns valores supremos, dentre os quais destacamos o da segurança, o bem-estar e, principalmente, o da Justiça. (50)

Sempre aprendemos que, diante de um conflito entre a Justiça e o Direito, não devemos titubear em optar pela primeira.

Oportuna é a lição de Paulo Roberto de Oliveira Lima:

“É verdade que o relativo enfraquecimento da coisa julgada milita em desfavor do efeito pacificador do instituto. O que se perde, porém, em quietude, ganha-se em justiça e em isonomia. Demais disso, o efeito pacificador que se perde é de natureza exclusivamente processual, ou seja, o enfraquecimento da coisa julgada enseja maior atividade processual e dilarga as oportunidades concretas de agitação processual das matérias. De outro lado, no entanto, na medida em que interdita decisões definitivas contraditórias e realiza a isonomia, o enfraquecimento da coisa julgada produz utilíssimo efeito

pacificador extrajudicial, acomodando o tecido social e resgatando o valor do justo. As conseqüências psicológicas, na sociedade, advindas na realização da isonomia, são inestimáveis.” (51)

A coisa julgada não pode, por exemplo, reconhecer um direito subjetivo inexistente. Ela deve se pautar no direito objetivo, sob pena de ser injusta.

Sempre se preocupou somente com a segurança da decisão judicial, sendo que a sua justiça sempre ficava num segundo plano, assim, pouco se discutia na doutrina e muito menos se questionava, judicialmente, uma coisa julgada injusta.

Não se justifica conferir uma imutabilidade absoluta à coisa julgada injusta por inconstitucionalidade. Deve haver uma conciliação entre os ideais de segurança com os anseios de Justiça. “Precisamos adequar a Justiça que desejamos com a estabilidade que necessitamos.” (52)

Cândido Rangel Dinamarco faz a seguinte colocação:

“Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.” (53)

É inconcebível que, em nome da segurança jurídica, a coisa julgada, por exemplo, contrarie algo que outras ciências comprovam em sentido oposto. A coisa julgada não pode criar uma outra realidade na vida social.

Até porque o instituto da coisa julgada é uma técnica instrumental, não tem dimensão própria e se presta à realização do processo na medida do necessário. A coisa julgada não é uma porta de ouro intransponível capaz de abrigar absurdo, pois serve para assegurar o direito quando legítimo. (54)

José Augusto Delgado diz:

“(…) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã

consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.” (55)

A coisa julgada pode e conflita com outros princípios ou valores maiores e, em virtude do princípio da proporcionalidade, deve ceder espaço.

No artigo Relativizar a coisa julgada material, Cândido Rangel Dinamarco demonstra que:

“(...) o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).”

Jorge Miranda, ao analisar o direito português e depois de afirmar a existência do princípio da intangibilidade do caso julgado, assevera:

“Considerando os valores do Estado de Direito – a que faz apelo a actual Constituição – parece irrecusável o princípio. Mas não é – como qualquer princípio constitucional – um absoluto, tem de ser conjugado com outros; sofre restrições (...).” (56)

Mais à frente, sintetiza: “assim como o princípio da constitucionalidade fica limitado pelo respeito do caso julgado, também este tem de ser apercebido no contexto global da Constituição.” (57)

Francisco Barros Dias, com muita propriedade, arrematou:

“É comum se ouvir no meio jurídico sobre o respeito e a intangibilidade da coisa julgada. Não se pode olvidar da importância e respeito que merece o instituto da coisa julgada. Há de se convir, no entanto, que a doutrina e jurisprudência pátrias têm emprestado uma relevância tão exagerada ao instituto, que se quedam inertes diante de circunstâncias em que a coisa julgada afronta literalmente a Constituição, especialmente os princípios da legalidade e isonomia.” (58)

É incontroverso que o processo civil, ao contrário do processo penal, se contenta com a verdade formal, ou seja, se satisfaz com aquela realidade que está retratada nos autos.

Apesar da veracidade da afirmativa anterior, temos que reconhecer que o direito processual civil moderno evoluiu, devendo todas as decisões judiciais buscar, ao máximo, a verdade real, pois só assim se alcançará a justiça e se assegurará o anseio de um processo legal justo. (59)

Dignas de transcrição são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco constantes no artigo Relativizar a coisa julgada material:

“Venho também pondo em destaque a necessidade de equilibrar adequadamente, no sistema do processo, as exigências conflitantes da celeridade, que favorece a certeza das relações jurídicas, e da ponderação, destinada à produção de resultados justos. O processo civil deve ser realizado no menor tempo possível, para definir logo as relações existentes entre os litigantes e assim cumprir sua missão pacificadora; mas em sua realização ele deve também oferecer às partes meios adequados e eficientes para a busca de resultados favoráveis, segundo o direito e justiça, além de exigir do juiz o integral e empenhado conhecimento dos elementos da causa, sem o que não poderá fazer justiça nem julgará bem. A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que isso impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá.” (grifado no original)

Ao se manter uma coisa julgada injusta por inconstitucionalidade, só pelo fato de ser necessária uma segurança jurídica, criamos uma enorme perplexidade e revolta para com a sociedade, porque aumenta o descrédito e desconfiança na Justiça, viola a igualdade que deve haver entre todos e amplia a crise que está sendo enfrentada pelo Direito como um todo e pelo Judiciário.

4. É possível haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional ?

À primeira vista, parece ser insustentável defender a possibilidade de haver uma flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

Isso se deve ao fato de toda a comunidade jurídica ter formação baseada numa visão clássica do direito. Nessa formação, que é hodierna, aprende-se que uma vez operada a coisa julgada material e expirado o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de eventual ação rescisória, mais nada há a fazer, e a decisão transitada em julgado vira uma coisa soberanamente julgada, atingindo assim uma imutabilidade absoluta.

Todo esse ensinamento está calcado na necessidade de uma certeza e segurança jurídicas para todas as relações da vida social, pois seria inconcebível haver a eternização dos litígios. (60)

Diante desse grau máximo de imutabilidade da coisa soberanamente julgada, surgiram alguns brocardos como os do tipo: “com a coisa julgada o preto vira branco”; “o quadrado vira redondo”; “um pai jurídico vale mais que dois pais biológicos”; “o falso vira verdadeiro”; “o torto fica reto”.

Não defendemos, em hipótese alguma, a eliminação nem a banalização do instituto da coisa julgada, até porque, sem ele, todo e qualquer ordenamento jurídico não teria razão de ser.

Nos dizeres de Paulo Roberto de Oliveira Lima:

“O instituto da coisa julgada é um bem, praticamente ineliminável de qualquer sistema, daí porque deve ser corretamente manejado, a fim de não trazer, juntamente com os benefícios que produz, malefícios facilmente evitáveis. O mal não é o instituto, mas os excessos em sua utilização, a prioridade absoluta que se tem emprestado a imodificabilidade que acarreta.” (61)

A proposta é tão-somente revisitar um importante tema e verificar o seu verdadeiro contorno e que a sua imutabilidade não é absoluta e que, por isso, pode ser flexibilizada.

Nesse sentido, vejamos a pontual lição de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Lima:

“(...) a idéia de imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos. É que a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias.” (62)

O instituto da coisa julgada, como muitos outros do processo civil, v.g., os embargos à execução, e mais, parte do direito como um todo, estão passando por uma natural crise. Entenda-se por crise o reconhecimento de uma dissociação entre o disposto legalmente e os fatos concretos.

O Ministro José Augusto Delgado, atuante no Superior Tribunal de Justiça, é um pioneiro entre os defensores da possibilidade e necessidade de haver a flexibilização da coisa julgada quando esta estiver, por exemplo, em conflito com o princípio da moralidade pública.

Em reportagem veiculada pelo Jornal O Estado de São Paulo de 4 de outubro de 1999, o Ministro José Delgado, ao defender a flexibilização

da coisa julgada, asseverou: “não posso entender como não se respeita o princípio da moralidade, que é citado onze vezes na Carta”.

Além de inúmeras decisões proferidas nesse sentido (63), o aludido Ministro é autor do trabalho doutrinário intitulado Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais(64). Para ele:

“(...) a decisão judicial, expressão maior da atuação do Poder Judiciário, deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais, e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.

(...)

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos.” (65)

Vejamos o trecho final da conclusão do aludido trabalho:

“Fascinante é, na atualidade, o reestudo da coisa julgada e dos seus efeitos. A busca da fixação de novos princípios a regê-la só tem sentido se for voltada a fazer imperar a moralidade, a legalidade e a certeza do justo nas decisões judiciais. A tanto devem se curvar a doutrina e a jurisprudência, em homenagem maior à cidadania. Muito tem a se investigar. Nunca há de ser admitido, como culto constante à democracia e aos valores que ela apregoa, ser a coisa julgada utilizada para a prática de estelionatos pelas vias processuais, desconhecendo-se os princípios éticos presentes em qualquer tipo de relação (financeira, econômica, política, social, educacional, religiosa, comercial, industrial e, especialmente, jurídica – material ou formal)”. (66)

É um mito falar que a coisa julgada material tem um grau de imutabilidade absoluta e que, por isso, não pode ser alterada além das hipóteses previstas para o ajuizamento de ação rescisória. (67)

No Código de Processo Penal, há o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, segundo o qual o Ministério Público, que é o titular privativo da ação penal pública, não pode deixar de ajuizá-la quando presentes a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria. Na verdade, há uma obrigação. (68)

Esse princípio sempre foi tido como de caráter absoluto, pois era impossível deixar de oferecer uma denúncia na presença de uma infração penal, consumada ou tentada, e de uma pessoa que, por indícios, teria praticado o ato delituoso.

Com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual, o mito do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que até então era absoluto, foi sensivelmente mitigado.

Isso aconteceu porque essa lei trouxe a possibilidade de o autor do fato e o Ministério Público transacionarem. Nessa transação, o Ministério Público, mesmo diante de uma infração penal e de indícios de autoria, pode, desde que presentes alguns requisitos legais e com a aceitação do autor do fato, deixar de ajuizar uma ação penal. (69)

O princípio da indisponibilidade da ação penal pública também foi relativizado com o *sursis processual* previsto na mesma lei. Neste, mesmo que haja uma denúncia e não seja um crime de menor potencial ofensivo, mas sendo a pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo. (70)

Assim, diante desse paralelo com o Processo Penal, verificamos que a imutabilidade da coisa julgada, como todo e qualquer outro direito, não é absoluto.

Nem o próprio direito fundamental à vida, que é um bem jurídico importantíssimo e que é constitucionalmente protegido(71), é absoluto.

Não é absoluto, porque a própria Constituição excepciona, na medida em que, num caso de guerra externa declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX (72), será possível haver a pena de morte (art. 5º, XLVII), haja vista que a "Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante." (73)

O Código Penal, uma lei infraconstitucional que foi recepcionada pela atual Constituição Federal, traz em seu artigo 25 a legítima defesa, que é uma excludente de ilicitude. (74)

Na legítima defesa, é possível haver a morte do agressor, sem que isso importe numa condenação por homicídio daquele que repeliu uma injusta agressão usando moderadamente dos meios necessários.

É por tutelar a vida "que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria." (75)

Verificado que a intangibilidade da coisa julgada não é um direito absoluto – como quaisquer outros direitos, mister reafirmar que é

uma garantia fundamental que está prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo, assim, um direito fundamental.

Por ser um direito fundamental, a garantia da coisa julgada também está sujeita à limitação imposta pelos outros direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal. É o que a doutrina denomina de princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas. (76)

Assim, é possível haver um conflito entre o direito fundamental da garantia da coisa julgada e qualquer outro direito fundamental, sendo que essa colisão deverá ser sanada judicialmente, pois a Constituição Federal, neste caso, não traz regras de equacionamento.

Para resolver o conflito entre os direitos fundamentais, o Judiciário não deverá sacrificar totalmente nenhum dos direitos envolvidos, face ao princípio da concordância prática ou da harmonização. Contudo, o âmbito de alcance da garantia da coisa julgada poderá ser reduzido, a fim de que o outro direito fundamental que está conflitando prevaleça, se for o caso.

No capítulo A necessidade de mitigar a coisa julgada da obra A defesa dos interesses difusos em juízo, Hugo Nigro Mazzilli, após trazer um exemplo que aborda o direito ambiental, desenvolve o seguinte raciocínio:

“Uma ação civil pode hoje resultar em improcedência, não por falta de provas, mas por se entender, com base nas perícias, que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia erga omnes, e vencida a oportunidade da rescisória, pode vir a ser apurado que as perícias foram fraudulentas; a ciência mais tarde pode demonstrar que aquele resíduo é altamente tóxico e prejudicial para a humanidade. Ora, não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido contra alguns direitos fundamentais; não existe o suposto direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio habitat do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em grave detrimento de gerações que ainda nem nasceram?!” (grifado no original) (77)

Com plena razão Mazzilli, uma vez que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (78)

Em não sendo assegurado um meio ecologicamente equilibrado, estaremos violando a Constituição Federal. Se for uma decisão

judicial transitada em julgado que a viole, a coisa julgada será injusta por inconstitucionalidade(79).

Face a isso, os brocardos antes mencionados não mais se justificam, pois o verdadeiro é e sempre foi verdadeiro, o falso é e sempre foi falso, o quadrado nunca foi e nunca será redondo, o preto e o branco são completamente opostos, o torto é antônimo do reto, e o pai biológico é o verdadeiro pai.

5. Dos remédios processuais a serem utilizados para flexibilizar a coisa julgada inconstitucional

Sendo perfeitamente possível haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, resta sabermos qual o remédio processual a ser utilizado para isso se efetivar.

Parafraseando Carnelutti, Cândido Rangel Dinamarco diz que na categoria dos remédios processuais se inserem “todas as medidas mediante as quais, de algum modo, afasta-se a eficácia de um ato judicial viciado, retifica-se o ato ou produz-se sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça.” (80)

Necessário lembrar que, havendo um direito material, que no nosso caso é a possibilidade de haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, o direito processual, que é instrumental, sempre assegura um meio de tutelá-lo.

Não obstante a veracidade da assertiva anterior, verificamos que o nosso ordenamento jurídico não contempla nenhum meio processual específico, o que não implica dizer que não haja nenhum meio processual que possa ser utilizado para flexibilizar a coisa julgada inconstitucional.

Digno de transcrição são as observações feitas por Olavo de Oliveira Neto na obra A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada:

“Nosso direito mostra que, se não existe um meio processual apto a efetivar certo direito material, passa-se a utilizar de outro instituto com a finalidade de obter a prestação da tutela adequada. Já no começo do século (junho de 1900) encontramos um exemplo desta situação: não existindo instrumento capaz de resguardar direitos pessoais atingidos por ato ilegal de autoridade, próprios para veiculação mediante mandado de segurança, ainda inexistente, RUY BARBOSA criou a teoria da posse dos direitos pessoais, com a finalidade de permitir que tais direitos fossem defendidos em juízo, tese amplamente aceita na ocasião. Outro exemplo, mais recente, diz respeito à criação da figura da cautelar satisfativa, instituto que em

nada condiz com a ação cautelar, que agora deve desaparecer do ordenamento com a inserção no sistema da antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC.” (81)

O problema crucial é aceitar e defender a possibilidade de flexibilização da coisa julgada inconstitucional. Formando-se o convencimento de que isso é possível, a escolha do remédio processual a ser utilizado não é de muita dificuldade.

Ao depararmos com uma decisão judicial que está eivada de inconstitucionalidade, é óbvio que podemos nos valer dos instrumentos processuais disponíveis, os quais podem ser, por exemplo, um dos inúmeros recursos existentes □ apelação, recurso extraordinário, etc.

Até dois anos após o trânsito em julgado da decisão injusta, será possível ajuizar ação rescisória, desde que presente uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Problema surgirá quando não for mais possível a interposição de recursos nem o ajuizamento de ação rescisória, portanto, com coisa soberanamente julgada.

É inconcebível que, uma vez demonstrada a flagrante injustiça da coisa julgada inconstitucional por intermédio de qualquer remédio processual, o julgador deixe de flexibilizá-la, eternizando a injustiça.

Justificando isso, Cândido Rangel Dinamarco desenvolve o seguinte raciocínio:

“Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades.

O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios de corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer. O juiz que racionalmente negar a autoridade da coisa julgada em um caso saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com poder suficiente para reformar-lhe a decisão. Deixe a vaidade de lado e não tema o erro, sempre que estiver convencido da injustiça, da fraude ou da inconstitucionalidade de uma sentença aparentemente coberta pela coisa julgada.” (82)

Vejamos o que Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria explicam sobre o controle de constitucionalidade das decisões judiciais:

“(...) 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. Depois de verificada esta última, a imutabilidade que lhe é característica impediria o seu ataque ao fundamento autônomo de sua inconstitucionalidade.” (83)

Realmente, não passa de uma simples falsa impressão, uma vez que no Brasil é perfeitamente possível atacar a mais repugnante espécie de coisa julgada injusta denominada coisa julgada inconstitucional, mesmo que expirado o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória.

Ao tratar do direito português, Paulo Otero aduz que “no que respeita às decisões violadoras da Constituição, desconhecem-se quaisquer meios específicos de fiscalização”. Logo em seguida, o mesmo autor conclui que “o Direito português é processualmente incompleto quanto aos meios de garantia da Constituição perante decisões judiciais violadoras das suas regras e princípios”. (84)

Do mesmo modo que o direito português, o direito brasileiro também não possui nenhum remédio processual específico que possa ser utilizado para afastar uma coisa julgada inconstitucional.

Não é pelo fato de inexistir um instrumento processual específico que a coisa julgada inconstitucional está imune a um ataque.

O ideal é que todo juiz faça o controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada.

Não será possível ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, pois só pode ser objeto da ADIn uma lei ou ato normativo federal ou estadual. (85)

Em se tratando de uma decisão judicial que contrarie uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal numa Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADCon, que tem efeito vinculante, será possível valer-se do remédio processual denominado reclamação, o qual está previsto na alínea “I” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. (86)

A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de admitir reclamação para garantir a autoridade de suas decisões proferidas em ação direta somente dos legitimados para propor a própria ação direta. (87)

Apesar disso, Alexandre de Moraes observa:

“Com o advento da Lei nº 9.868/99 e a previsão de efeitos vinculantes, conforme já analisado, entendemos que haverá ampliação da legitimidade para ajuizamento de reclamações, na hipótese de desrespeito dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, permitindo-se ao interessado, no caso concreto, a utilização desse instrumento para a concretização dos efeitos vinculantes.” (88)

Para aqueles que entendem que o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 (89) é constitucional, ou seja, que todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, o que também abrange a ADIn, têm efeito vinculante, também poderão valer-se da reclamação ao STF.

Cândido Rangel Dinamarco deixa as seguintes lições a respeito do remédio processual denominado reclamação:

“(...) designa o meio mediante o qual se leva ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça a notícia de usurpação de sua competência ou desobediência a julgado seu, cometida por juiz ou tribunal inferior.

(...) a reclamação consagrada no texto constitucional não é todavia um recurso, seja porque não consta entre as modalidades recursais tipificadas em lei (argumento secundário), seja porque não se destina a desempenhar a missão que os recursos têm.

(...)

As hipóteses de admissibilidade da reclamação, ditadas na Constituição Federal, mostram que, quando acolhida esta, o tribunal cuja autoridade fora de algum modo molestada pela decisão inferior condena o ato à ineficácia total, sem reformá-lo e mesmo sem anulá-lo para que outro seja proferido. A procedência da reclamação contra o ato judicial importa negação do poder do órgão inferior para realizá-lo – poder que ele não tem porque a competência é do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, ou porque a matéria já fora superiormente decidida por um destes. Daí a confirmação de que as reclamações previstas constitucionalmente, sendo embora um enérgico remédio processual à disposição do sujeito interessado, recurso não é. Não há recurso sem substituição do ato recorrido e, ao mesmo tempo, sem devolução do processo para que outro seja proferido na instância de origem.” (90)

Lembre-se de que, quando a coisa julgada contém um vício menor que a inconstitucionalidade, ou seja, dotada de umas das ilegalidades elencadas no rol do artigo 485 do CPC, há possibilidade de sanar tal vício através do manejo da ação rescisória.

Assim, diante de um julgado com coisa julgada inconstitucional, é possível, a nosso ver, ajuizar uma ação rescisória mesmo que ultrapassado o prazo bienal. (91)

Ora, se para reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo não há prazo, não vemos nenhuma justificativa plausível para se impedir o ajuizamento de ação rescisória após dois anos do trânsito em julgado, quando for para rescindir um julgado com coisa julgada inconstitucional.

Deve-se utilizar o mesmo raciocínio da querela nullitatis insanabilis (art. 741, I, do Código de Processo Civil), em que é permitido, desde que haja vício na citação, o ajuizamento, a qualquer tempo, de ação rescisória. (92)

Caso se obste o ajuizamento de rescisória após dois anos do trânsito em julgado, estaremos igualando a ilegalidade à inconstitucionalidade, e isso é um absurdo, porque o vício de inconstitucionalidade é bem mais grave do que o vício da ilegalidade. (93)

O Superior Tribunal de Justiça vem, com acerto, admitindo o ajuizamento de ação rescisória quando presente uma inconstitucionalidade da coisa julgada. Para tanto, afasta-se a incidência da Súmula nº 343 do STF (94)(95), ao feliz argumento de que, mesmo quando a questão seja controvertida nos Tribunais à época, não há que se falar em manutenção da decisão rescindenda que viola a Constituição Federal, pois o que o verbete proíbe é o ajuizamento de ação rescisória contra a decisão rescindenda que afronta texto legal (não constitucional) com interpretações controvertidas. Isso tem ocorrido no direito tributário, em algumas ações, em que houve a formação de coisa julgada por entender-se que a lei impugnada é constitucional (ou inconstitucional) e, depois do trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal declara, pela via concentrada, a inconstitucionalidade (ou a constitucionalidade) da aludida lei. (96)

Na esteira desse entendimento jurisprudencial, adveio Medida Provisória de nº 2.102-26, de 27 de dezembro de 2000, que, através de seu artigo 10, acrescentou o parágrafo único ao artigo 741(97) do Código de Processo Civil, aduzindo, in verbis:

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

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.” (98)

Assim, caso haja uma coisa julgada inconstitucional, quer pelo fato de ter sido formada com fundamento numa lei ou ato normativo que foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer pelo fato de sua aplicação ou interpretação ser incompatível com a Constituição Federal, e com isso seja deflagrada uma execução, e aqui se diga: qualquer tipo de execução, será possível resistir à mesma com a oposição do remédio processual denominado embargos à execução, nos quais se deve alegar a total inexigibilidade do título judicial. (99)

A propósito, há quem defenda que o rol do artigo 741 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, porque não contempla, à exaustão, todas as matérias que podem ser versadas em embargos à execução por título judicial.

Havendo embargos à execução baseada num título executivo judicial que contenha coisa julgada inconstitucional, deverá ser reconhecida, por sentença, a inexigibilidade do título, extinguindo-se a execução com base no inciso II, combinado com o parágrafo único, do artigo 741 do Código de Processo Civil.

No direito português, o Judiciário também está obrigado a fazer um controle incidental da constitucionalidade do caso julgado. Ao comentar essa assertiva, Paulo Otero aduz:

“(...) a inconstitucionalidade directa do caso julgado afasta também o seu efeito positivo, isto é, intentada uma acção que tenha como fundamento do pedido (e não seu objecto) uma anterior decisão judicial transitada em julgado, o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme com a Constituição.

Assim, por exemplo, se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base.” (100)

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria, ao comentarem parte do trecho acima transcrito, aduzem:

“Esse mecanismo de controle pode ser utilizado também no direito brasileiro, porque nas execuções de sentença o art. 741, II, do CPC admite embargos para argüir a ‘inexigibilidade do título’, e sendo nula

a coisa julgada inconstitucional, não se pode tê-la como 'título exigível' para fins executivos. Com efeito, a exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, de maneira que não gerando certeza a sentença nula, carecerá ela, ipso facto, de exigibilidade." (grifado no original) (101)

Esse raciocínio desenvolvido pelos autores é perfeito. Acresça-se que essa possibilidade aventada pelos mesmos agora está expressamente prevista no Código de Processo Civil, em virtude da inclusão do parágrafo único no artigo 741, conforme já comentamos anteriormente.

Sobre o parágrafo único do artigo 741 do CPC, há exímios doutrinadores que sustentam que para ser reconhecida a inexigibilidade do título judicial é imprescindível uma prévia decisão do Supremo Tribunal Federal considerando que a lei ou ato normativo são de "(...) aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

Por oportuno, vejamos o que lecionam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medida, na recente obra O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização:

"Também pode ser alegado em embargos à execução que a sentença exequenda baseou-se em certo texto legal interpretado ou aplicado de um modo tal a respeito do qual o STF já se tenha manifestado, considerando-o como sendo inconstitucional. É este o sentido do dispositivo comentado, embora, a um intérprete mais apressado, possa parecer que, como a lei usa a expressão 'tidas por incompatíveis com a Constituição Federal' sem se referir ao órgão de que deveria ter emanado tal juízo, seria dispensável o pronunciamento do STF." (102)

Ousamos, com o devido respeito, discordar dos eminentes processualistas, pois, onde o legislador não restringiu, não é dado ao intérprete restringir. Concordamos com os mesmos quando dizem que:

"(...) a letra do preceito legal em questão é excessivamente genérica ao afirmar ser 'inexigível' o título judicial fundado 'em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal', permitindo, assim, que o juiz da execução entenda que a sentença exequenda não está de acordo com as regras e princípios constitucionais." (103)

Essa generalidade, que de fato existe, deve ser atribuída ao alto grau do vício que padece o título judicial, qual seja: inconstitucionalidade. Assim, entendemos que não foi intenção do legislador fixar um rol

taxativo de hipóteses de inconstitucionalidades do título judicial, motivo pelo qual sustentamos que a redação “(...) aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” do parágrafo único do artigo 741 do CPC foi proposital, permitindo-se, assim, que qualquer magistrado, independentemente de decisão anterior do STF no mesmo sentido, reconheça a inconstitucionalidade do título judicial, declarando-o, por consequência, inexigível.

Essa é a interpretação que se deve atribuir ao dispositivo em comento, porque é a que mais se coaduna com tamanha gravidade – inconstitucionalidade – existente no título judicial que está sendo executado.

Gilberto Barroso de Carvalho Júnior comunga deste nosso entendimento:

“(...) de sorte que qualquer argüição de aplicação ou interpretação incompatível com a Constituição, igualmente, poderá ser alegada nos embargos, independentemente de ter havido ou não pronunciamento acerca da matéria por qualquer Tribunal.

Assim, o parágrafo único encerra três hipóteses de inexigibilidade do título executivo judicial: a) a existência de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal que tiver reconhecido a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo sobre o qual o título executivo estiver fundado; b) título executivo judicial que implique aplicação tida como incompatível com a Constituição; e c) título executivo judicial que implique interpretação tida como incompatível com a Constituição.

O primeiro aspecto relevante que se apercebe é que nas hipóteses versadas nas alíneas ‘b’ e ‘c’ prescindem da existência de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal. A diversidade de casos concretos não se coaduna com o requisito da existência de prévia manifestação da Corte Constitucional.” (104)

Em se tratando de execução contra particulares, para opor embargos à execução, é necessário que primeiro se garanta a execução, através de depósito, quando a execução for para entrega de coisa, ou pela penhora, quando se tratar de execução por quantia certa. (105)

A necessidade de garantia prévia do juízo, pelo depósito ou pela penhora, para ser possível a oposição de embargos à execução, é um enorme e injusto gravame para com aquele que tem contra si uma execução forçada baseada num título que contém uma coisa julgada inconstitucional, motivo pelo qual entendemos que o executado poderá se valer do instituto denominado incidente de pré-executividade. (106)

Esse incidente de pré-executividade,(107) embora venha sendo utilizado e aceito pelos operadores do direito, não está previsto na legislação processual brasileira, haja vista que é criação da doutrina e da jurisprudência. (108)

Neste incidente, também deverá ser alegado e comprovado, de plano, a inexigibilidade do título. Uma vez comprovado, o juiz, numa cognição exauriente, deverá reconhecer a aludida inexigibilidade, ensejando assim a extinção da execução por sentença e sem nenhum ônus para o executado.

De rigor, não há necessidade de se alegar a inexigibilidade do título, pois o juiz deve reconhecer de ofício, porque é matéria de ordem pública.

Tem que se admitir, para se afastar a inconstitucionalidade da coisa julgada, não só a ação rescisória, embargos à execução ou incidente de pré-executividade, mas qualquer outro meio, porque a inconstitucionalidade não se convalida nem com o transcurso de tempo. (109)

Neste contexto, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro Faria defendem:

“(...) a coisa julgada inconstitucional, à vista de sua nulidade, reveste-se de uma aparência de coisa julgada, pelo que, a rigor, nem sequer seria necessário o uso da rescisória. Esta tem sido admitida pelo princípio da instrumentalidade e economicidade.” (110)

Para chegarem a essa conclusão, seus autores se valem, mais uma vez, da lição de Paulo Otero, vejamos:

“(...) verificando-se a inconstitucionalidade directa de uma decisão judicial, não deve haver qualquer preocupação em evitar que o tribunal seja colocado na situação de contradizer a decisão anterior desconforme com a Constituição.” (111)

E que:

“Admitir solução contrária significaria reconhecer a autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito Democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial.” (112)

Como visto acima, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria defendem que, por conta da inconstitucionalidade, há uma nulidade e, portanto, uma aparência de coisa julgada.(113) Essa tese é plausível e perfeitamente sustentável, por isso merece um estudo

mais acurado. Não cabe aqui, por questões didáticas, levar isso a termo. (114)

Não obstante isso, entendemos que no mínimo há a formação de uma coisa julgada formal.

Para flexibilizar a coisa julgada injusta por inconstitucionalidade, vamos além dos remédios processuais apontados anteriormente.

É lógico que é preferível, até porque com mais chances de se obter êxito, que devem se esgotar todos os meios processuais típicos existentes no ordenamento jurídico.

Contudo, defendemos que, por intermédio de qualquer outro meio atípico de impugnação, é possível haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

Quando estivermos, por exemplo, diante de uma coisa julgada injusta por inconstitucionalidade por afronta aos princípios constitucionais da cidadania (art. 1º, II), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o da paternidade responsável ou legítima (art. 226, § 7º), ou seja, diante de um caso concreto em que haja o reconhecimento judicial de uma pessoa como sendo o pai de outrem, quando verdadeiramente não o seja, além dos instrumentos processuais acima mencionados, será possível valer-nos de outros para afastar a injusta decisão acobertada pelo manto da coisa julgada.

Como sugestão, Epaminondas da Costa disserta:

"A prova superveniente, resultante da engenharia genética (perícia do DNA), é apta a viabilizar o ajuizamento de ação anulatória do assento de nascimento para exclusão de filiação ilegítima. Tal ação estribar-se-á nas disposições do art. 348 do CC e do art. 113 da Lei de Registros públicos – Lei 6.015/73 -, sendo irrelevante que o erro tenha decorrido da declaração dos interessados ou de sentença judicial com trânsito em julgado e não mais passível de ação rescisória. Isto porque o texto constitucional traz implícita a idéia de que os valores nele consagrados devem ser compatibilizados, ou seja, a 'segurança das relações jurídicas' não pode sobrelevar-se à proteção da 'dignidade da pessoa humana' e à salvaguarda da 'paternidade responsável' (art. 226, § 7º, da CF)." (115)

O rol de remédios processuais aqui apresentados é meramente exemplificativo. É que, diante de determinado caso concreto, poderá ser mais conveniente valer-se de outros existentes no sistema jurídico.

5.1. Como pode se dar o reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada e a sua conseqüente flexibilização?

Vistas as hipóteses de coisa julgada inconstitucional, bem como a possibilidade de reconhecer essa inconstitucionalidade por meio de algum remédio processual, resta sabermos como pode se efetivar, na prática, a sua flexibilização.

Vamos partir da premissa de que a coisa julgada inconstitucional não é uma mera aparência de um ato judicial, haja vista que, ao se formar, observa os requisitos formais e processuais mínimos, o que faz gerar algum efeito jurídico, pelo menos dentro dos autos de um processo, ou seja, no mínimo, faz coisa julgada formal. (116)

Antes de abordar como pode se dar o reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada, é interessante fazer um paralelo com a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos e das leis pelo Supremo Tribunal Federal.

As normas inconstitucionais sempre estão sujeitas a um controle judicial de validade e não se consolidam na ordem jurídica.

Uma vez reconhecida e declarada, na via concentrada, a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo pelo STF, deve haver o banimento, de forma retroativa, do mesmo da órbita jurídica em face de suas invalidades.

A regra é que os efeitos desta declaração sejam *ex tunc*. Assim, o ato normativo ou lei não repercute no mundo jurídico. É como se nunca tivesse existido. É considerado *natimorto*.

Ocorre que, durante a vigência do ato normativo ou lei, ou seja, durante o tempo em que este foi tido como constitucional, ele pode ter gerado algum efeito jurídico, haja vista que até então era válido.

Em face dessa possibilidade de haver alguma repercussão na vida social, o STF, em alguns casos e em prol do princípio da segurança jurídica, ou para prestigiar as situações já consolidadas com base na boa-fé das pessoas ou por força da legitimidade dos atos estatais, já reconheceu que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem ser *ex nunc*, ou seja, dali para frente, preservando-se assim as relações ocorridas durante o período em que o ato foi tido como constitucional.

Esse entendimento era construção da jurisprudência pretoriana, sendo que a partir de 10 de novembro de 1999, com o advento da Lei nº 9.868, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade

perante o Supremo Tribunal Federal, isso passou a ter previsão legal. (117)

Da mesma forma que os atos normativos e as leis, é admissível que, em analisando um caso concreto no qual exista uma coisa julgada inconstitucional, se reconheça expressamente sua inconstitucionalidade, porém, com efeitos ex nunc ou a partir de uma determinada data fixada.

Imagine-se, v.g., um caso de relação jurídica continuativa, em que há uma condenação no sentido de se pagar, de forma periódica e sucessiva, um determinado valor em dinheiro e, depois de satisfeitos vários pagamentos durante algum tempo, descobre-se que a coisa julgada operante é inconstitucional.

Neste caso, seria razoável reconhecer, através de alguma medida judicial, a inconstitucionalidade da coisa julgada, desobrigando, a partir de então, o condenado a efetuar os pagamentos que foi compelido a fazer. Por outro lado, não se permitiria a devolução do que já havia sido pago antes da declaração de inconstitucionalidade.

6. Conclusões

Haverá coisa julgada inconstitucional quando a decisão judicial contrariar o direito objetivo estampado em dispositivos e princípios constitucionais – expressos ou implícitos –, pois todos os atos do Poder – único e indivisível –, que sejam emanados de quaisquer funções do Estado, inclusive a judiciária, podem padecer do vício de inconstitucionalidade.

Estarão presentes as hipóteses de coisa julgada inconstitucional quando a decisão judicial: a) violar, de forma direta, uma norma ou princípio da Constituição; b) aplicar uma norma inconstitucional; c) deixar de aplicar uma norma tida como inconstitucional quando ela não o é.

A segurança jurídica, apesar de ser de suma importância, não é absoluta, porque deve ceder quando em conflito com outros valores fundamentais do direito e maiores, a saber: a Justiça e o bem comum. Sempre se preocupou, em demasia, com a segurança jurídica. Contudo, nos dias atuais, também se busca a justiça das decisões judiciais.

É possível haver a flexibilização da coisa julgada inconstitucional sem que o instituto seja eliminado ou até mesmo banalizado, até porque este é de suma importância para qualquer ordenamento jurídico. Em havendo a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, a segurança jurídica, que é retratada pela sua imutabilidade, será, tão-somente, mitigada.

O nosso ordenamento jurídico não contempla nenhum meio processual específico para flexibilizar a coisa julgada inconstitucional, o que não implica dizer que não haja nenhum meio processual que possa ser utilizado. O problema central é aceitar e defender a possibilidade de flexibilização. Formando-se o convencimento de que isso é possível, a escolha do remédio processual a ser utilizado não é de muita dificuldade.

Ao depararmos com uma decisão judicial que está eivada de inconstitucionalidade, é óbvio que, para tentarmos sanar essa injustiça, devemos nos valer dos instrumentos processuais colocados à disposição no ordenamento jurídico. Também é perfeitamente possível se valer de qualquer outro meio atípico para afastar uma coisa julgada injusta por inconstitucionalidade.

É perfeitamente possível e desejável que haja a flexibilização da coisa julgada inconstitucional, pois tanto a segurança jurídica como a coisa julgada, bem como todos e quaisquer direitos, não são absolutos.

Assim, ciente da absoluta impossibilidade de exaurirmos o assunto, acreditamos ter atingido o nosso objetivo proposto logo no início, qual seja: revisitar o importantíssimo instituto de processo civil denominado coisa julgada e instigar os estudiosos mais gabaritados a se debruçarem no desenvolvimento científico deste instituto fundamental.

7. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. In: Anuário dos cursos de pós-graduação em direito. Recife: Editora Universitária da UFPE, nº 8, p. 201-224, 1997.

_____. Modernidade e direito. In: Revista da escola superior da magistratura do Estado de Pernambuco, v. 2. Recife: nº. 6, 1997.

AQUINO, Marcelo de. (org.); AZEVEDO, Pedro Ubiratam Escorel de. (org.). Regularização imobiliária de áreas protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Sentença e coisa julgada. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

AZEVEDO, Pedro Ubiratam Escorel de. Meios processuais de desconstituição da coisa julgada e de seus efeitos. In: Regularização imobiliária de áreas protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

BARBOSA, Júlio César Tadeu. O que é Justiça. 4ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva: 1977.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva: 1977.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva: 1977.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: Temas de direito processual. 3ª Série. São Paulo: Saraiva: 1984.

_____. Comentários ao CPC, V. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BORGES, José Souto Maior. Parecer sobre os limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária: contribuição social sobre o lucro. In: Caderno de direito tributário e finanças públicas. [São Paulo]: Revista dos Tribunais: nº 27, abr./jun. de 1999.

BREGA FILHO, Vladimir. Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. In: <http://www.inteligenciajuridica.com.br/artigos/artigo2-oldjul2001.html>; em 23.04.2002.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANELLAS, Maria Isabel Jesus Costa. A responsabilidade civil decorrente do dano causado por discriminação injusta. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso de. A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC. In: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>; em 24.08.2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Epaminondas da. Coisa julgada e DNA. In: RT/Fasc. Civ. Ano 89. V. 774. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, p. 155-161, abr./2000.

COUTURE, Eduardo J. Revocacións de los actos procesales fraudulentos. In: Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. Justiça alternativa. Porto Alegre: SAFE, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário. Série Eventos 7. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, p. 193-227, 1999.

DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. In: RT/Fasc. Civ. Ano 87. V. 758. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, p. 34-42, dez./1998.

DIAS, Maria Berenice. Investigação de paternidade, prova e ausência de coisa julgada material. In: Revista Brasileira de Direito de Família. [São Paulo]: nº 1, abr./jun/1999.

DIAS, Rita Maria C. Da Costa. A exceção de pré-executividade na visão da instrumentalidade do processo. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reclamação no processo civil brasileiro. In: Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 61, p. 104-110, nov./ 2000.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: <http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0502relativizaCandido.pdf>; em 05.03.2001.

DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. São Paulo: Saraiva, 1994.

GALVÃO, Ilmar. O alcance do devido processo legal: colisão entre os princípios da coisa julgada e da justa indenização. In: II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário. Série Eventos 7. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, p. 149-159, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. V. 2, 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução ao direito processual constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. textos posteriores à ed. de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Contribuição à teoria da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MACHADO, Schubert de Farias. A decisão definitiva no processo administrativo tributário e o ingresso da Fazenda Pública em juízo visando a sua anulação. In: <http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0505SchubertCoisaJulgadaPA.PDF>; em 01.07.01.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 13ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 08-1999.

MELO, Roberto Lucas de; VITAGLIANO, José Arnaldo. Amplo acesso ao judiciário e coisa julgada. In: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=814>; em 26.12.2001.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade. 3ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Execução contra a Fazenda Pública: sua inversão no pólo processual em razão de erro material. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. (coord.) Coisa julgada inconstitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 32ª ed. atual. até 9 de janeiro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição federal. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Coisa julgada penal: autoridade absoluta e autoridade relativa. In: <http://www.cpc.adv.br/doutrip.htm>; em 20.02.2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. Manual da monografia Jurídica. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Wagner Pires de. Aspecto polêmico da coisa julgada fiscal. In: <http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0505WagnerCoisaJulgada.PDF>; em 01.07.01.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Defesa do executado e terceiros na execução forçada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PAIVA, Yara de Campos Escudero. A justa indenização e a coisa julgada. In: Regularização imobiliária de áreas protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Tomo V – artigos 444 a 475. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- _____. Tratados da ação rescisória. Das sentenças e de outras decisões. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. Tratados das ações. Tomo IV: Ações constitutivas negativas. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.
- RODRIGUES, José Renato. A flexibilização da coisa julgada. Dissertação de Mestrado. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: SAFE, 1999.
- SANDIM, Emerson Odilon. Direito processual civil na prática e suas distorções. São Paulo: LTr, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao código de processo civil. Vol. IV – artigos 332 a 475. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- _____. Primeiras linhas de direito processual. 20ª ed. atual. Aricê Moacyr Amaral dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SICHES, Luis Recaséns. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. 3ª ed. México: Editorial Porrúa, 1980.
- SILVA, José Afonso Da. Curso de direito constitucional positivo. 19ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Luiz Tadeu Barbosa. Rescindibilidade da sentença protegida pela coisa julgada. In: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4069>; em 25.05.2003.
- SILVA, Ovidio Araujo Baptista Da. Sentença e coisa julgada. 3ª ed., rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 1995.
- _____. Curso de processo civil. V 1: Processo de Conhecimento. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.
- STUMM, Raquel Denise. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Livraria do Advogado, 1995.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 17ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. In: RT/Fasc. Civ. Ano 89. V. 774. [São Paulo]: Revista dos Tribunais, p. 64-93, abr./2000.

_____. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos à execução contra a Fazenda Pública. In: Regularização Imobiliária de Áreas Protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

_____. Curso de direito processual civil. V. 1, 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais Para Seu Controle. In: <http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/0504HumbertoCoisaJulgada.pdf>; em 20.05.01.

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

Notas de Rodapé

1. Artigo escrito em agosto de 2003 e que tem por base a nossa dissertação de mestrado: A flexibilização da coisa julgada.

2. É importante esclarecer que adotamos a palavra "flexibilização", sendo perfeitamente aceitável sinônimo como, por exemplo, "relativização" ou "plasticidade".

3. Este trecho foi extraído do artigo Justiça que circulou entre os servidores do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, sendo que a autora do mesmo é Maria José Miranda Pereira, que é Promotora em exercício na 2ª Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri de Brasília.

4. P. 8-9.

5. Relativizar a coisa julgada material.

6. Michel Temer, Elementos de direito constitucional, p. 117-124.

7. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de direito constitucional, p. 25.

8. "Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções."

9. Curso de direito constitucional , p. 296.

10. Nelson Nery Júnior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 20.

11. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de direito constitucional, p. 25 e 63.

12. "Art. 5º (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

13. Paulo Otero, Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 31.

14. Ibidem, p. 35-36.

15. Ibidem, p. 10.

16. Ibidem, p. 61.

17. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

18. P. 61.

19. Paulo Otero, op. cit., mesma página.

20. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional.

21. Ibidem.

22. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 65.
23. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)".
24. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional.
25. Embargos à execução contra a Fazenda Pública.
26. Antinomia é o conflito de regras. É um pleonasma a frase "antinomia de regras".
27. Relativizar a coisa julgada material.
28. Op. cit.
29. Constituição Federal de 1988, art. 5º, caput e inciso II, respectivamente.
30. Eficácia da sentença e coisa julgada no Processo Civil, p. 169.
31. Contribuição à teoria da coisa julgada, p. 103.
32. Parafraseando um trecho constante na página 33 da obra Curso de Direito Constitucional, de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, podemos sustentar que a Constituição Federal de 1988 já previa dois instrumentos de controle de constitucionalidade pela via concentrada: ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, sendo que a primeira foi utilizada de imediato, pois o Regimento Interno do Supremo fora recepcionado pela Constituição. Já a ação de descumprimento de preceito fundamental só foi operacionalizada recentemente pela Lei nº 9882/99. Com a Emenda Constitucional nº 03/93, surgiu o terceiro instrumento de controle de constitucionalidade pela via concentrada, denominado de ação direta de constitucionalidade.
33. No dizer de Wagner Pires de Oliveira, in Aspecto polêmico da coisa julgada fiscal, isto ocorre porque muitas vezes: "(...) mudanças da legislação tributária, como era de esperar, acarretam inúmeros e preocupantes questionamentos que têm afetado a prática judiciária nos últimos tempos. Na origem, uma Constituição analítica, minuciosa, regulando assuntos que ficariam mais bem disciplinados a nível legislativo. Considere-se, ainda, o poder de legislar do Executivo através de suas medidas provisórias, com reedições sucessivas, muitas vezes albergando modificações em curto espaço de tempo, nem sempre bem compreendidas pelo contribuinte. Tudo isso pode

dar margem a dúvidas constitucionais, acarretando inúmeros litígios entre a Fazenda Pública e contribuintes.

Litígios, com fundamento na inconstitucionalidade das medidas provisórias adotadas, têm agitado e sobrecarregado os tribunais do País com decisões divergentes. Em muitos casos, no exercício do controle difuso de constitucionalidade das medidas legislativas. Tais sentenças, cumpre lembrar, depois de decorrido o lapso necessário, revestem-se da autoridade da coisa julgada.”

34. Paulo Otero, Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 72.

35. “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

36. Dentre as várias teses que sustentam a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20, destaca-se a que defende a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e que está insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

37. O julgamento da mencionada ADIn ficou assim ementado, in verbis: “Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do artigo 203 da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta a lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo a pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.” DJ 01.06.2001.

38. O parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99 aduz que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeito vinculante. Parafraseando Luiz Alberto Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, in Curso de direito constitucional (p. 48), temos que esse dispositivo legal é inconstitucional, na medida em que o texto constitucional só previu efeito vinculante para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (§ 2º do artigo 102). Dessa forma, é defeso ao legislador ordinário inovar, atribuindo efeito vinculante à ADIn quando o constituinte assim não desejou.

39. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, p. 208.
40. P. 31-32.
41. A instrumentalidade do processo, p. 161
42. Idem, A instrumentalidade do processo, p. 161.
43. Idem, op. cit., p. 293.
44. Embargos à execução contra a Fazenda Pública.
45. Justiça alternativa, p. 107.
46. Discorrendo sobre os fins do Estado, Dalmo de Abreu Dallari, na obra Elementos de teoria geral do Estado, p. 95, nos ensina "(...) que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem-comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social, que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana."
47. Luis Recaséns Siches, Seguridad y justicia, in Nueva filosofia de la interpretación del derecho, p. 110.
48. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material.
49. Embargos à execução contra a Fazenda Pública.
50. Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."
51. Contribuição à teoria da coisa julgada, p. 106.
52. Frase reproduzida por Donaldo Armelin na palestra sobre a Relativização da coisa julgada proferida na IV Jornadas Brasileiras de

Direito Processual Civil, que se realizou no período de 06 a 10 de agosto de 2001 no Centro de Convenções do Ceará.

53. Relativizar a coisa julgada material.

54. Raciocínio desenvolvido pelo procurador federal Mauro Assis G. Bueno da Silva e que está retratado em várias peças processuais que foram elaboradas em defesa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

55. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, p. 216.

56. Manual de direito constitucional. Tomo II: Constituição e Inconstitucionalidade, p. 494-495.

57. Idem, op. cit., mesmas páginas.

58. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional.

59. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

60. Cândido Rangel Dinamarco na página 162 da obra A instrumentalidade do processo, faz o seguinte comentário: "(...) a experiência mostra que as pessoas mais sofrem as angustias da insatisfação antes de tomarem qualquer iniciativa processual ou mesmo durante a litispendência, experimentando uma sensação de alívio quando o processo termina, ainda que com solução desfavorável."

61. Contribuição à teoria da coisa julgada, p. 113.

62. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

63. Por questões didáticas, não reproduziremos todas as suas decisões proferidas que sustentam a possibilidade de flexibilização da coisa julgada. Registre-se, porém, que ao julgar Recurso Especial interposto pelo Estado de São Paulo (onde este, após ajuizar, em primeira instância, ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada repetição de indébito demonstrando que houve erro no julgamento de uma ação de desapropriação indireta, pois havia sido condenado a pagar uma indenização por uma área que já lhe pertencia, teve a concessão de tutela antecipada em primeira instância, a qual foi revogada em segunda instância) votou dando provimento ao mesmo, para restabelecer uma tutela antecipada que

fora revogada pelo Tribunal paulista. O Recurso Especial fora provido por três votos contra dois.

64. Este exímio trabalho está publicado no livro II Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Série Eventos 7, p. 193-227.

65. Ibidem, p. 195-196.

66. Ibidem, p. 227

67. Vide artigo 485 do CPC.

68. “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal”.

69. “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

70. “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

71. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, (...)”

72. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;”

73. José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 205.

74. “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

75. Ibidem, p. 201.

76. Alexandre de Moraes, Direito constitucional, p. 61.

77. P. 401-402.

78. CF/88: " Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

79. Vide item 2.

80. Reclamação no processo civil brasileiro.

81. P. 104.

82. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material.

83. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

84. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 32.

85. Vide artigo 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988.

86. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;"

87. Reclamações nº 702-5/PI, 556-9/TO, 467-DF, 447-PE e 397-RJ.

88. Direito Constitucional, p. 628-629.

89. "Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

90. A reclamação no processo civil brasileiro.

91. Compartilha deste mesmo entendimento Francisco Barros Dias, in Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional.

92. Quando não há citação ou esta contém vícios, o correto é ajuizar ação declaratória de inexistência do processo, a qual é imprescritível e deve ser ajuizada no juízo onde correu o processo cuja sentença é inexistente. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, por economia processual, já aceitou o ajuizamento de ação rescisória após o prazo decadencial de dois anos. Vejamos um julgado que fora colacionado por Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria no artigo A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle:

“Rescisória. Sentença nula. Defeito da Citação. Dispensa Rescisória. Não há prazo decadencial.

Para a hipótese do art. 741, I, do atual CPC, que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia persiste, no Direito positivo brasileiro, a querela nullitatis, o que implica dizer a nulidade independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória que, a rigor, não é cabível para essa hipótese” – STF, RE 97.589, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJU 03.06.1982, p. 7.883.

93. Aliás, este é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria e que está estampado no exímio artigo intitulado A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

94. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.”

95. É importante informar que Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medida, na recente e pujante obra O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização, p. 57-72, sustentam, à exaustão, ser inconstitucional a Súmula nº 343, por afronta aos princípios da legalidade e da igualdade.

96. “Processual Civil – Ação Rescisória – Interpretação de Texto Constitucional – Cabimento – Súmula 343/STF – Inaplicabilidade – Violação a Literal Disposição de Lei (CPC, art. 485, V) – FNT-Sobretarifa – Lei 6.093/74 - Inconstitucionalidade (RE 117315/RS) – Divergência Jurisprudencial Superada - Súmula 83/STJ – Precedentes.

O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei com a Constituição, é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional. (Resp 128.239/RS)

A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que, à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF (Resp. 155.654/RS, D.J. de 23.08.99)" (Resp 36017/PE, 2ª T., Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU 11.12.2000, p. 00185).

"Processual Civil. Ação Rescisória. Art. 485, V, CPC. Declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de preceito legal no qual se louvara o acórdão rescindendo.

Cabível a desconstituição, pela via rescisória, de decisão com trânsito em julgado que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou aplica por tê-la como de acordo com a Carta Magna. Ação Procedente." (AR 870/PE, 3ª S., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 13.03.2000, p. 00123).

97. No Supremo Tribunal Federal, há a ADIn nº 2418 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando a constitucionalidade, dentre outros, do parágrafo único do artigo 741 do CPC. Em consulta ao site www.stf.gov.br, no dia 26.08.03, constatamos que esta ação está pendente de julgamento e que há parecer favorável (inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do CPC) do Ministério Público Federal.

98. Ainda em vigor – artigo 10 da MP nº 2.180-35, de 24.08.01, e reedições. Importante esclarecer que todas as medidas provisórias vigentes em 11 de setembro de 2001, que é a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32, continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, consoante previsão do artigo 2º da própria EC nº 32.

99. Conforme Iara dos Santos Fernandes, em contagiante aula ministrada em 2 de fevereiro de 2001, no módulo de Direito

Processual Civil do curso de Mestrado em Direito – Área de Concentração: Sistema Constitucional de Garantias de Direitos da Faculdade de Direito de Bauru – ITE.

Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo em seu artigo intitulado Meios processuais de desconstituição da coisa julgada e seus efeitos compartilha do mesmo entendimento, uma vez que, para ele, “a querela nullitatis pode ter como fundamento outra nulidade de pleno direito que não aquela relativa à citação.”

Humberto Theodoro Júnior, ao analisar, em profundidade, um caso concreto em que o Estado de São Paulo estava sendo compelido, em dois processos, a saldar, duas vezes, um só débito, elaborou o parecer Embargos à execução Contra a Fazenda Pública, no qual fez as seguintes considerações: “A Constituição empenha-se em tutelar, ao máximo, o patrimônio público, valorizando a ação popular e a ação civil pública como meios de reprimir toda sorte de lesão injusta que ele possa sofrer; e o Poder Judiciário iria deixar de coibir a dilapidação do mesmo patrimônio, somente por exacerbar o sentido literal da regra contida no artigo 741 do CPC? Isso não condiz com as funções éticas do devido processo legal, como é intuitivo. Se permite embargar a execução de sentença sob o argumento genérico de ‘inexigibilidade do título’ (art. 741, II), ou de ‘excesso de execução’ (art. 741, V) e, ainda, sob invocação de ‘qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação superveniente à sentença’ (art. 741, VI), não seria nenhum absurdo e nenhuma heresia permitir a apreciação, pelo mérito, dos embargos que, como no caso em apreço, invocam documento obtido posteriormente à segunda sentença capaz de evidenciar que boa parte do valor da última condenação já foi paga em cumprimento de outra sentença.”

100. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 129.

101. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.

102. P. 75.

103. Op. Cit., p. 76-77.

104. A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC.

105. Artigo 737 do Código de Processo Civil.

106. Traçando o real perfil do instituto do incidente de pré-executividade, Olavo de Oliveira Neto, na página 118 da obra A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, enfatiza:

"(...) não é a matéria veiculada ao conhecimento do juiz que determinará se estamos diante de uma exceção ou de uma objeção de pré-executividade, como afirmam Nery, Shimura e outros. O que importa, em verdade, é que o juiz possa fazer cognição exauriente sobre matéria objeto do incidente de plano, sem a necessidade de procedimento dilatado para aferir se o executado tem ou não razão a respeito da matéria que alega. Ora, se não é a matéria veiculada no remédio jurídico utilizado, mas sim a forma de cognição, que permite ao juiz decidir independentemente dos embargos e da segurança do juízo, então não podemos adotar a classificação proposta quanto à defesa do executado e aceitar suas três espécies (exceção, objeção e embargos), porque a exceção e a objeção constituem apenas um incidente processual que surge e deve ser resolvido no próprio bojo do processo de execução. É por isso que não há necessidade de se discutir acerca da denominação do instituto (exceção x objeção) e é por isso que sua denominação correta deve ser incidente de pré-executividade, como temos utilizado desde o início deste trabalho."

107. Olavo de Oliveira Neto, na obra *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada* (p. 121), o define como "incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nele veiculada a ser de plano realizada pelo juiz."

108. RT 511/221.

109. Vide ADIn nº 1247 e Súmula 360 do STF.

110. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*.

111. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 128-129.

112. *Ibidem*, mesmas páginas.

113. Também partilha deste mesmo entendimento Francisco Barros Dias in *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*: "A sentença que agride qualquer um dos princípios maiores, como o da legalidade, da isonomia, da democracia, da hierarquia das normas e do respeito à divisão dos poderes, todos insculpidos na Constituição, é sentença injusta e, conseqüentemente, ilegítima. Portanto, deve-se ter como inexistente no mundo jurídico." Para ele seria o caso de se adotar o caminho da "ação declaratória de inexistência da coisa julgada, ação essa que não estaria sujeita a prazo prescricional ou decadencial, e poderia ser proposta em primeiro grau, ressalvando apenas os casos de competência originária dos Tribunais. Esta hipótese levaria a se restringir a discussão ao campo exclusivo de

uma razoável interpretação jurisprudencial e não encontraria qualquer óbice no ordenamento jurídico nacional, além de ser prática e eficaz.”

114. Para um aprofundamento sobre o assunto, é imprescindível uma leitura da sobressalente obra *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, de autoria dos processualistas Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Para eles, “(...) as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido.” (p. 39).

115. Coisa julgada e DNA.

116. É de se registrar, novamente, que há autores, dentre os quais destacamos Marcelo Rebelo de Souza, que entendem que a inconstitucionalidade dos atos judiciais pode gerar a sua inexistência e, por isso, não produziram nenhum efeito jurídico. Esse pensamento fora parafraseado por Paulo Otero na obra *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, p. 78-79. Como já visto, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina sustentam que, face à inconstitucionalidade da decisão, há uma aparência de coisa julgada.

117. “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS