

UFRRJ
INSTITUTO DE TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MONOGRAFIA

**A Coisa Julgada Inconstitucional e a Modulação dos
Efeitos Temporais pelo STF**

Marcus Felipe Souza Ramos

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DOS
EFEITOS TEMPORAIS PELO STF**

MARCUS FELIPE SOUZA RAMOS

Sob a Orientação do Professor
Antônio Pereira Gaio Júnior

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**, no Curso de Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito Processual Civil.

Três Rios
Janeiro de 2014

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCUS FELIPE SOUZA RAMOS

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**,
no Curso de Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito Processual Civil.

MONOGRAFIA APROVADA EM ____/____/____

Antônio Pereira Gaio Júnior
Pós- Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal
(Orientador)

Thaís Miranda de Oliveira
Mestre em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações, UNINCOR-
Brasil.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior, meu orientador, que esteve presente em todos os momentos que resultaram na realização deste trabalho.

Grato aos meus amigos e companheiros de curso, pelas alegrias, tristezas e conhecimentos compartilhados.

Dedico esta, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus amados pais (Claudia e Clécio, a minha querida Tia (Silvana) e, em especial, a minha inestimável Avó Marlene por todo o carinho e sabedoria, bem como a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

RESUMO

RAMOS, Marcus Felipe Souza. **A Coisa Julgada Inconstitucional e a Modulação dos Efeitos Temporais**. Monografia (Bacharel em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

O presente trabalho aborda primeiramente a figura do Estado, tendo em vista o seu conceito, funções e fins, dentre estes fins/deveres destaca-se o dever de prover a segurança jurídica. É certo que dentre os institutos garantidores da segurança jurídica o de maior relevo é o da coisa julgada, pois é através deste que se consagra a solução da lide prestada pelo Estado, sendo a fonte de autoridade da prestação jurisdicional, uma vez que torna imutável determinada decisão, porém existem casos em que a coisa julgada, recai sobre decisões judiciais proferidas em desconformidade com os preceitos constitucionais fundamentais, casos nos quais o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na intangibilidade da “res iudicata”, excepcionalmente, deve ceder espaço a outros princípios constitucionais. A doutrina denomina este fenômeno como “coisa julgada inconstitucional”, assim no intuito de analisar a questão lançou-se mão da reflexão de renomados doutrinadores, bem como de alguns julgados paradigmáticos, com vistas a evidenciar a melhor solução nos casos em que a preservação da autoridade da Constituição entra em choque com a segurança jurídica. Ademais, analisa-se o fenômeno da modulação da decisão de inconstitucionalidade e, de forma breve, as características do sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Tradicionalmente, os ordenamentos jurídicos entendiam que uma norma inconstitucional deveria ser extirpada desde o momento da sua criação, não gerando qualquer efeito jurídico, obedecendo-se a uma rigorosa lógica formal, entretanto, o emprego absoluto deste postulado pode gerar efeitos desastrosos. Nesse sentido, foca-se nos casos em que a coisa julgada é desconsiderada e de forma incidental modula a sua flexibilização para que efeitos negativos sejam afastados. Por último, o presente escorço colaciona alguns julgados em que coisa julgada é desconsiderada por preservar o inconstitucional.

Palavras chave: Segurança Jurídica. Coisa julgada inconstitucional. Modulação dos Efeitos Temporais.

ABSTRACT

RAMOS, Marcus Felipe Souza. **The Res Iudicata Unconstitutional and modulation of the Time Effects.** Monograph (Bachelor in Law). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

This work first discusses the paper of the State, in view of the concept, functions and purposes, among these purposes/duties highlights the duty to provide legal certainty. It is true that among the guarantors institutes of legal security of the most prominent is that of *res judicata*, because it is through this that enshrines the solution of the dispute presented by the State, being the source of authority of adjudication, as it makes certain immutable decision, however there are cases where the judged thing rests on judgments issued in violation of the fundamental constitutional principles, cases in which the principle of legal certainty, embodied in the intangibility of "res judicata", exceptionally, must give way to other principles constitutionals. The doctrine calls this phenomenon as "*res judicata* unconstitutional," so in order to examine the question it employed reflection of renowned scholars, as well as some paradigmatic judged, in order to highlight the best solution in cases where the preservation of authority of the Constitution conflicts with legal certainty. Moreover, analyzes the phenomenon of modulation of the decision of unconstitutionality and, briefly, the characteristics of the constitutionality of parental control system. Traditionally, jurisdictions understand that an unconstitutional provision should be excised from the moment of its creation, not generating any legal effect, according to a strict formal logic, however, the absolute use of this postulate can generate disastrous effects. In this sense, focuses on cases in which *res judicata* is disregarded and indirectly modulates its flexibility so that negative effects are removed. Finally, this foreshortening gather some judged that *res judicata* is disregarded for preserving unconstitutional.

Key words: Legal Security. Unconstitutional *Res Iudicata*. Modulation of the Time Effect

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I	
1 O ESTADO E A SEGURANÇA JURÍDICA: A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	11
1.1 Introdução	11
1.2 O Conceito Moderno de Estado	12
1.2.1 Os Elementos Formadores do Estado	12
1.3 As Principais Teorias de Justificação da Existência do Estado	14
1.3.1 As Teorias Teológicas-Religiosas	14
1.3.2 As Teorias Racionalistas	16
1.4 O Estado e a Segurança Jurídica	19
1.4.1 Os Fins e as Funções Estatais	20
1.4.2 A Segurança como Valor do Direito e Fim do Estado	22
CAPÍTULO II	
2 A COISA JULGADA COMO INSTITUTO PROCESSUAL.....	25
2.1 Breve Noção Introdutória	25
2.2 A Coisa Julgada Formal e Material	27
2.3 Os Limites Objetivos da Coisa Julgada	30
2.4 Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada	32
2.5 A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada	33
2.6 A Autoridade da Coisa Julgada sob um Prisma Jurídico e Político	34

CAPÍTULO III

3	A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	36
3.1	Considerações Iniciais	36
3.2	A Desconsideração da Coisa Julgada Inconstitucional: Posições Doutrinárias	37
3.3	A Modulação dos Efeitos da Coisa Julgada Inconstitucional	43
3.3.1	Breves Considerações Acerca do Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado	43
3.3.2	A Modulação dos Efeitosda Decisão de Inconstitucionalidade	45
3.3.3	A Coisa Julgada Inconstitucional e a Modulação dos Efeitos Temporais	48
3.3.4	A Modulação dos Efeitos Temporais e a Coisa Julgada: os arts. 741. parágrafo único, e 475-L, § 2º, do CPC.....	50

CAPÍTULO IV

4	OS TRIBUNAIS: O ENFRENTAMENTO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	53
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

Apesar de ser fundamental o instituto da coisa julgada, haja vista, a sua incidência sobre a própria razão de ser do discurso jurídico com o propósito de se evitar um discurso meramente retórico e incapaz de por fim à lide. A *res iudicata* é um instrumento cuja função precípua é o resguardo à segurança jurídica, por meio da cristalização da solução resultante da tutela jurisdicional ofertada pelo Estado, sendo o fim maior a busca pela consolidação da paz social.

Nesse sentido, o respeito à coisa julgada deve ser a regra do sistema jurídico, conquanto, em algumas situações muito específicas é possível flexibilizar a intangibilidade desse instituto quando se vislumbra casos em que ocorre a perpetuação do absurdo ou importantes liberdades públicas são mitigadas, ou, até mesmo, suprimidas, hipóteses nas quais é possível verificar uma “coisa julgada inconstitucional”. Nessas circunstâncias é imperioso avaliar atentamente o caso concreto e sopesar os bens jurídicos envolvidos através de um exercício de ponderação. Uma vez que, no sistema constitucional brasileiro, inexistem direitos e garantias de natureza absoluta. Com efeito, devem ser utilizados os meios processuais cabíveis, a fim de se evitar a eternização de injustiças.

Sob esse cenário, eis que exsurge outra tema afeto à segurança jurídica: a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Esse instituto processual resta consagrado no ordenamento jurídico pátrio e fora importado do sistema jurídico alemão. A sua diretriz teleológica básica é a de evitar efeitos perniciosos — a insegurança jurídica, por exemplo — causados pela declaração de inconstitucionalidade. Em síntese, mitiga-se a teoria geral de nulidade em razão da não declaração de inconstitucionalidade desde a origem do ato violador da ordem constitucional. Desse modo, mantém-se o inconstitucional por um determinado período por, em tese, evitar algo de repercussão mais negativa do que a própria inconstitucionalidade. Assim, pode o STF declarar a inconstitucionalidade com efeitos *extunc*, *ex nunc* ou pró-futuro.

Oportuno se faz assentar que o Pretório Excelso tem modulado os efeitos da sua decisão não apenas em sede de controle concentrado, com respaldo na lei 9.868/1999, mas também em controle incidental, sobretudo em recurso extraordinário, com vistas a evitar que a decisão seja mais prejudicial à população do que a própria preservação da inconstitucionalidade.

Apresentado o tema central do presente trabalho acadêmico, é de grande pertinência informar que antes de mergulhar sobre as questões, ora apresentas, impende enfrentar alguns temas correlatos.

No primeiro capítulo, explicitar-se-á o conceito moderno de Estado, bem como as principais teorias justificadoras da sua existência, os fins e funções do ente estatal, e, em especial, a função de garantir a segurança jurídica no devir das relações jurídicas e negociais, justamente com o propósito de proporcionar aos cidadãos uma previsibilidade mínima acerca das consequências decorrentes de ações que tenham o condão de repercutir no mundo jurídico.

Superada essa fase, no próximo capítulo, serão analisados os diferentes ângulos do instituto da coisa julgada. A saber, discutir-se-ão as diferenças entre a coisa julgada formal e material, os limites objetivos e subjetivos do instituto, isto é, qual parte da decisão se revestiria da imutabilidade própria da *res iudicata* (limite objetivo), e quem estaria sujeito a sua eficácia (limite subjetivo). Também neste capítulo, será tratada a natureza jurídica da coisa julgada, através de posicionamentos doutrinários que ora defendem o enfoque político do instituto e em outro momento o seu caráter político.

Depois de dissecado o instituto processual em comento, será estudada a questão problema principal do trabalho: a coisa julgada inconstitucional e a modulação dos efeitos temporais, já introduzida linhas acima. Neste capítulo, serão abordados os posicionamentos doutrinários relacionados à teoria da coisa julgada inconstitucional. Depois em subitem próprio, antes de iniciar o estudo da modulação dos efeitos temporais, será analisada de forma breve as duas espécies de controle de constitucionalidade: o difuso e concentrado.

Por último, será realizada uma análise de algumas decisões correlatas à coisa julgada inconstitucional e a modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade.

CAPÍTULO I

1. O ESTADO E A SEGURANÇA JURÍDICA: A FUNÇÃO JURISDICIONAL

1.1 Introdução

Dois temas sempre estiveram em voga na seara do Direito: a *Segurança Jurídica* e o *Estado*, cujos estudos proveram fecundas reflexões. Porém, apesar da doutrina ser vasta em relação a esses objetos de estudo, é extremamente salutar debruçar sempre e sempre, sobre esse assunto, com o intuito de produzir novas e pertinentes reflexões, especialmente em tempos conturbados, em que é mais perceptível a instabilidade das instituições e das relações humanas. Em tempos como esse, é vital refletir e pensar novas formas de Justiça que sejam capazes de restaurar o equilíbrio social.¹ Com efeito, é importante assinalar que mesmo durante períodos de estabilidade política, social e econômica, é profícuo repensar as instituições em função do melhor para a sociedade, isto é, em razão do bem comum². Desse modo deve-se direcionar o firmamento das instituições em consonância com a vontade geral, que seria na verdade a soma das vontades em comum dos seus cidadãos, em um dado território, e ligados por algumas características em comum, cujo poder é exercido de forma ilimitada sob este mesmo território.

É cediço que o “homem é um animal social”, de acordo com a antológica fundamentação de ARISTÓTELES. Portanto, é da natureza humana viver em comunidade, estabelecendo associações orientadas por algum tipo de identidade para com os seus semelhantes. Podendo tal identidade ser, por exemplo, de caráter: racial, religioso, linguístico, etc.³

¹ Cf., SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência* (um enfoque filosófico-jurídico). São Paulo: LTR, 1996, p. 25.

² Foi o filósofo suíço Jean Jacques Rousseau(1712-1778) que consolidou, pela primeira vez na filosofia política moderna, o entendimento de bem comum como sendo fim político-social do Estado.

³ FRIEDE, Reis. *Curso De Teoria Geral do Estado* (Teoria Constitucional e Relações Internacionais). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 4.

Sendo assim, é natural ao ser humano a aproximação inicial com aquele que julga mais próximo. A constituição desses agrupamentos sociais é o gérmen inicial para a formação de um vínculo de abrangência último, conhecido como nacionalidade ou identidade nacional.⁴

Majoritariamente se aceita uma visão tridimensional com apenas três elementos formadores da estrutura do Estado, são eles: soberania (elemento subjetivo), território (elemento físico) e povo (elemento humano). Uma vez que o elemento nação já estaria incluído dentro do elemento povo.

Por conseguinte, é de bom grado tecer alguns sucintos comentários a respeito deles no subitem seguinte, esmiuçando cada pressuposto de existência do Estado.

1.2. O Conceito Moderno de Estado

A doutrina diverge e formula vários conceitos com a intenção de explicar o Estado. São incontáveis os conceitos elaborados pelos estudiosos da teoria geral do estado. DALLARI cita um completo e conciso conceito do fenômeno estatal: “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”⁵

Após a exposição desse conceito segue-se ao estudo dos elementos de composição do Estado.

É amplamente aceita pela doutrina a concepção tridimensional estruturante do Estado, reputando a soberania (elemento subjetivo), território (elemento físico) e povo (elemento humano), como os seus únicos elementos de formação.

1.2.1. Os elementos formadores do Estado

DALLARI⁶ ensina que o conceito de *soberania* é claramente afirmado e teoricamente definido desde o século XVI. Hodiernamente, a totalidade dos estudiosos reconhece que a soberania é: uma, indivisível, inalienável e imprescritível. A soberania é caracterizada como

⁴ *Ibidem*.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119.

⁶ *Idem*, p.81.

una porque é inconcebível a convivência de duas soberanias em um mesmo Estado, pois é inadmissível a coexistência simultânea de mais de um poder hegemônico no mesmo âmbito. É indivisível porque o seu substrato de aplicação é máximo, pois incide sobre todos os fatos ocorridos em seu território. Em relação a sua inalienabilidade é importante aduzir que o detentor da soberania se esvai quando a perde, seja o povo, a nação ou o Estado, ou seja, é uma condição de existência do Estado. *In fine*, a soberania é imprescritível, já que jamais seria realmente superior caso perdurasse por prazo determinado.

O outro elemento constituinte do Estado é o *povo*. De acordo com a visão de FRIEDE⁷, o povo pode ser compreendido como sendo a soma de todos os cidadãos do Estado presentes no território e no exterior. Sendo que povo e população são conceitos distintos, já que o primeiro é mais restrito que o segundo.

Além disso, a concepção de povo é predominantemente jurídica enquanto a de população é de índole econômica e estatística.

Dessa forma, entendem-se como sendo a população de um Estado todos os nacionais localizados no território pátrio e no exterior, como também os estrangeiros presentes no território nacional.

Nesse sentido, observa-se que é um conceito desvinculado de qualquer subjetivismo, já que desconsidera a qualidade das pessoas. Não sendo necessário correlacioná-la com base em uma determinada identidade.

Por último discorre-se acerca do elemento físico *território*. Em primeiro lugar, tal elemento pode ser caracterizado por ser a base física do Estado, na qual se exerce outro elemento: a soberania. Por conseguinte, assevera-se que sobre o território do Estado a sua vontade é soberana, ou melhor, é inquestionável⁸.

Em suma, pode-se afirmar que o território nacional é o plano de incidência da soberania. Bem como, recinto em que um determinado grupo humano dotado de identidade nacional, elege habitação, certa, e, fixa, com natural *animus* de natureza definitiva.⁹

Mas além dessa perspectiva estrutural do ente estatal, é imprescindível analisar o porquê da sua existência, bem como, as principais teorias que estudam o seu nascedouro.

⁷ FRIEDE, Reis. *Ob. Cit.*, p. 23.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Idem*, p. 30

1.3. As principais teorias de justificação da existência do Estado.

São inúmeras e diversas as teorias que possuem as pretensões de explicar a origem do Estado, bem como o porquê da sua existência. Não obstante, todas elas se contradizem nas suas premissas e nas suas conclusões. Essas questões são das mais complicadas, já que a ciência não possui elementos seguros e robustos para reconstruir a história e os estilos de vida das primeiras agremiações humanas. O principal motivo que ensejou a formulação dessas teorias foi o desejo ardente dos estudiosos da ciência política de explicar a legitimação do seu poder de decisão sobre os seus subordinados, tanto sobre um enfoque político quanto jurídico.¹⁰

Todavia, devido ao grande número de teorias que tem como objeto justificar a razão de existir do Estado. Serão abordadas neste trabalho acadêmico apenas aquelas de maior relevo, e, mesmo assim, sob uma análise bastante perfunctória a fim de se evitar um desalinhamento com o escopo principal do trabalho.

1.3.1. as teorias teológico- religiosas.

A um primeiro momento da história o Estado sempre estivera envolto em um contexto místico. Através desse contexto buscou-se legitimar o seu poder, bem como os seus fins.

É fato que durante muito tempo, na maior parte da história, as teorias teológico-religiosas foram tidas como a única saída para que se entendesse o fenômeno estatal. Esse cenário perdurou na Antiguidade e se arrastou até o limiar da Idade Moderna.

De acordo com essas teorias, o poder do governo era exercido por uma entidade de ordem divina, cuja legitimação era consolidada apenas, e, tão-somente, pela simples crença religiosa. Portanto, as ordens arbitradas pelos chefes de governo gozavam de plena

¹⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira gaio. *Estado e o Predicado da Segurança Jurídica: Breves Reflexões*. Disponível em <http://www.gaiojradv.br/asthrlab/uploads/arquivos/artigos/Estado_e_o_predicado_da_seguranca_juridica_-_breves_reflexoes.pdf> Acesso em: 04 jan. 2014, p. 3.

legitimidade, já que eram considerados mandatários diretos dos deuses. Sendo as suas ordens absolutas e indiscutíveis.¹¹

Além disso, não era possível desassociar a figura do governante com a do Estado. Uma vez que os dois faziam parte da mesma entidade, na qual se exercia de forma ilimitada o poder.

As teorias teológico-religiosas podem ser divididas em duas: a *teoria do direito divino sobrenatural* e a *teoria do direito divino providencial*. Ambas, como já mencionado linhas acima, explicam que o poder dos governantes provém dos deuses.

A primeira teoria de caráter teológico é a teoria do direito divino de um ato volitivo. A fundação do Estado se dá diretamente pelo Deus encarnado, que exerce o poder. Assim, o monarca era simultaneamente representante de Deus na ordem temporal, sumo-sacerdote e governador civil¹².

Nas antigas civilizações da Índia e do antigo Império Persa os monarcas eram tido como delegatários dos Deuses, porque todos acreditavam piamente que eles estavam investidos pelo poder divino.

No Egito Antigo os Faraós eram descendentes dos Deuses do panteão egípcio.

Enquanto que o soberano do Império Chinês era considerado investido por Mandato Divino¹³.

Essa concepção teocrática do poder viveu por todo o período Antigo. Entretanto, não prosperou no mundo medieval. Por causa da estratificação do poder, que passava pelo lorde feudal, pelo Rei, e, principalmente, pela Igreja Católica que exercia a sua influência através do Cristianismo.

Porém, foi no final da Idade Média que houve uma reação do absolutismo monárquico contra o papado. Sendo instaurado o que se ficou conhecido como Antigo Regime.

O ápice dessa retomada empreendida pelos monarcas pode ser verificada claramente na majestade de Luiz XIV, o Rei-Sol. O monarca afirmava que o soberano era legitimado por

¹¹ MALUF, Sahid. Ob. Cit. p. 68-69.

¹² *Idem*, p. 68.

¹³ *Ibidem*.

Deus e dele provinha a sua autoridade ilimitada, a pessoa deste se confundia com a do Estado. Por conseguinte, pronunciava frequentemente a seguinte sentença: *L'État c'est moi* (o Estado sou eu).¹⁴.

A outra teoria de viés teológico-religioso é a *teoria do direito divino providencial*. Esta teoria predominou principalmente durante o período medieval. Nesta teoria admite-se o Estado como sendo de origem divina, porém por manifestação providencial da vontade de Deus. O grande divisor de águas entre essas duas teorias reside na natureza do poder derivado de Deus.

Santo Tomás de Aquino foi o principal expoente da teoria do direito divino providencial, e, doutrinou o seguinte: o poder provém de Deus e se manifesta de forma abstrata e não de forma concreta como explicado pela teoria do direito divino sobrenatural. O poder na verdade tem como fonte primária Deus, porém emana do povo. Nessa esteira, Queiroz Lima ensina que os homens organizam os governos, promulgam leis e confirmam as autoridades nos cargos e funções, sob a supervisão invisível e onipresente da providência divina. Portanto devem-se resignar perante a vontade do Divino e reconhecer e aceitar os ditames impostos pelo ente estatal.

Ademais, com a chegada do Estado Moderno em meio a ascensão da classe burguesa inspirada pelos ideais do liberalismo econômico conferiu-se maior prestígio às teorias racionalistas.

1.3.2 As teorias racionalistas

Dessa maneira, depois de esgotada as teorias teológico-religiosas que buscavam justificar a origem do Estado em meio ao cenário de natureza mística. Passa-se a análise das *teorias racionalistas* que se subdividem em dois ramos: o *contratualismo Hobbesiano* e outros, bem como o *contratualismo Rousseauiano*.

Dentro da categoria das teorias racionalistas inserem-se todas aquelas que explicam a origem do Estado por intermédio de uma convenção de aspecto transcendente que abrange

¹⁴*Idem*, p. 69.

todos os cidadãos de uma determinada organização social, ou seja, fruto da razão humana. Os doutrinadores as denominam de teorias contratualistas ou pactistas, cujo ponto de partida é a concepção na qual as comunidades primitivas, em estado de natureza, e, através de uma visão “metafísica do direito natural, chegam à conclusão de que a sociedade civil (o Estado organizado) nasceu de um acordo utilitário e consciente entre os indivíduos” ¹⁵.

Nessa linha, Hobbes apresentou uma concepção do Estado que tende a conformar-se com a natureza humana, derivada de um absolutismo racional. Hobbes foi o principal teórico do absolutismo e desenvolveu essa teoria na sua obra-prima: o *Leviatã* (1651).

O filósofo inglês absolutista com o propósito de explicar o poder absoluto, escolheu como ponto de partida teórico a descrição do estado de natureza. Diferentemente de Aristóteles ele afirmava que o homem não é naturalmente um “animal social”. Na verdade, o homem em estado de natureza seria o principal inimigo dos seus semelhantes. Com efeito, Hobbes asseverava que o homem é lobo do homem, e vivia em constante guerra mútua. ¹⁶

De igual forma, o homem alimenta em si a ambição do poder, e possuem a pretensão de dominação sobre os outros homens, que apenas terminaria com a morte. Neste cenário os mais astutos e fortes sobrepujariam os outros homens, e o caos eterno reinaria. Todavia, para porem fim a esse estado caótico, todos os indivíduos teriam transferidos os seus direitos a um homem ou a um plenário de homens, que representa a coletividade e que se responsabiliza em cessar o estado de guerra mútua. ¹⁷

Os homens se associaram por necessidade e interesse, reunindo o poder em um determinado centro em detrimento dos seus direitos. Desse modo, a reunião deste poder teria a força necessária para conter a fúria inata dos indivíduos. Insta-se ressaltar que este poder seria ilimitado e irresistível.

Portanto, de acordo com a teoria Hobbesiana a sociedade civil é oriunda de uma convenção entre todos os homens, cujo principal objetivo é combater o sentimento egoísta do ser humano. E justamente com o intuito de por fim a este estado de guerra que a razão humana se manifesta, resultando na celebração do contrato social.

¹⁵*Idem*, p. 72.

¹⁶*Idem*, p.75.

¹⁷*Ibidem*.

Prosseguindo com as teorias racionalistas– contratualistas, passa-se ao estudo da teoria formulada por *Locke* em sua obra *Ensaio sobre o governo civil*, cujo conteúdo vai de encontro ao absolutismo de Thomas Hobbes.

John Locke elaborou a sua teoria contratualista radicadas em ideais predominantemente liberais. O filósofo inglês entende o governo como sendo uma troca de serviços, isto é, os súditos seguem prontamente os desígnios estatais e recebem como contraprestação a proteção do ente estatal.

Além disso, Locke encarava o Estado como um garantidor da propriedade do particular. Por consequência, entendia que o direito de propriedade tem suas raízes fundadas no direito natural.

Por último, chega-se a teoria contratualista desenvolvida por *Jean Jacques Rosseau*, elaborada em sua obra: o contrato social.

Rousseau possuía uma visão semelhante a de *Monstequieu*, e totalmente oposta a concepção de Hobbes, em relação ao estado de natureza do homem. O filósofo francês acreditava que o homem era absolutamente bom em seu estado de natureza. Entretanto, o homem, para a sua felicidade, acabou incorporando duas virtudes que o distinguiu dos outros animais: a primeira seria a *capacidade de aquiescer* ou resistir, enquanto a segunda seria a *faculdade de aprimorar-se*. Essas duas características foram pressupostos básicos para que o homem se tornasse um ser pensante e racional, sem as quais, estaria condenado a um eterno estado primitivo.

Nesse diapasão, escreve ROSSEAU:

Suponho que os homens terem chegado a um ponto que os obstáculos que atentam à sua conservação no estado natural excedem, pela sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Então este estado primitivo não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse de modo de ser¹⁸.

O gargalo que Rosseau pretendeu superar em sua obra-prima é o seguinte: o homem reconhece a impossibilidade de se aumentar a força de cada indivíduo, pois tal feito fomentaria o caos. Partindo dessa premissa o filósofo informa que a combinação da liberdade com força, seria um caminho de elisão ao estado de guerra. Mas qual seria o meio apto ao alcance desse fim?

¹⁸ROSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Livro I, Cap. I

Para o filósofo dever-se-ia instituir uma forma de associação capaz de defender as pessoas e as suas propriedades. Associação essa, que seria detentora da força máxima em razão da união de todos os homens que estariam dispostos a ceder os seus direitos em prol de toda a comunidade.¹⁹ Neste momento, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o Estado, cuja função é a de mero executor das leis. O Soberano, de acordo com essa visão, continua a ser o conjunto de associados, mesmo depois de constituído o Estado, sendo a soberania inalienável e indivisível²⁰.

Portanto, *Rosseau afirma que o Estado é convencional*. Sendo produto da vontade geral, que é uma soma da vontade manifestada pela maioria dos indivíduos, já que a ordem social seria um direito sacro que serve de base a todos os outros, porém, tal direito não deriva da natureza, encontrando respaldo nas convenções. Por conseguinte, *o povo seria o real soberano enquanto o Estado seria a via pela qual a soberania se manifesta e irradia efeitos*. Sempre em razão do bem da coletividade²¹

Por fim, é válido constar que subsistem muitas críticas em relação às teorias contratualistas. Todavia, é incontestável o progresso incitado por elas, pois, foram a pedra de toque do Estado Liberal.

Além de ser a base teórica da revolução francesa. Fato histórico, no qual se consignou que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

De todo o exposto, é possível aduzir que o Estado, de acordo com as diversas correntes doutrinárias, de forma uníssona, tem como finalidade regulamentar as relações sociais, porém, o modo como essas regulamentações se perfazem é o que diferencia uma da outra.

1.4. o Estado e a segurança jurídica

Feitas essas considerações acerca da origem e das teorias que justificam a existência do ente estatal, tem início a próxima etapa do estudo a respeito do fenômeno estatal. Nesta

¹⁹ *Idem*, Livro I, Cap. VI.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit.. 27.

²¹ *Ibidem*.

etapa, busca-se estudarem *lato sensu* as funções e as finalidades do Estado, e, em *stricto sensu* o seu papel como garantidor da segurança.

Tal enfoque de estudo é de vital pertinência porque é completamente impossível ter uma noção perfeita do que seria o Estado sem ter consciência dos seus fins que lhe são atribuídos.

Villeneuve, nessa toada, ensina que a legitimidade de todos os atos do Estado estão condicionados à adequação das suas finalidades²². A falta da consciência dessas finalidades faz com que o Estado, às vezes, enfatize determinada função em detrimento de tudo o mais. Quando isso ocorre, valores fundamentais como a liberdade, e, outros, de igual monta, acabam sendo violados em decorrência da superestimação, por exemplo, de questões econômico-financeiras do Estado ou pela obsessão de ordem.

Por óbvio que esse não é o quadro ideal, melhor seria buscar harmonização dos direitos fundamentais em conjunto com as funções típicas da atividade estatal.

1.4.1. Os fins e as funções estatais

FRIEDE pontua as três funções básicas do Estado²³, que seriam: *garantir a segurança dos seus cidadãos*, bem como, *outras funções de concreção da sociedade política*, ou seja, criar leis (função legislativa) e a de *afirmação da ordem jurídica* (função judiciária)²⁴.

A funcionalização tricotômica do poder estatal tem resquícios na Antiguidade com Aristóteles. Entretanto, foi com Mostequieu, durante o Iluminismo, que esse arquétipo ganhou maior destaque. Buscando uma maior eficiência estatal, e, também, evitando a asquerosa concentração de poderes em um único polo. Decidiu-se atribuir cada uma dessas funções a um órgão distinto. Pretendendo-se com isso, evitar indesejadas arbitrariedades no exercício das

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit., p. 103.

²³ A funcionalização do poder prelecionada por Friede guardagrande similitude entre à tripartição dos Poderes engendrada por ARISTÓTELES e aperfeiçoada por MONTEQUIEU em sua obra prima: O Espírito das Leis. FRIEDE, só destoa em relação ao poder/função executivo. Aqui, a Função/Poder executivo(a) cede lugar ao dever de prover a segurança.

²⁴ VILLENEUVE, Marcel de La Bigne de. *L'Activité Étatique*. p. 6 *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

funções estatais. Resguardando a liberdade dos homens contra os abusos e tiranias de seus governantes.

Como informado *supra*, é importante estudar as funções exercidas pelo Estado em conjunto com os fins aos quais lhe são incumbido, para que realmente se tenha uma compreensão total do tema.

Todavia, a doutrina é extremamente vacilante em elencar as principais finalidades estatais, já que estas finalidades estão incontestavelmente vinculadas a determinado contexto histórico condicionante do desenvolvimento do Estado.

Assim, com o intuito de sintetizar as teorias teleológicas estatais, adotar-se-á a concepção de Estado como sendo o responsável por garantir a preservação do bem comum de um certo povo circunscrito em um determinado território, cuja busca esteja sempre em desenvolver integralmente a personalidade de cada cidadão seu.²⁵

Terminada essa análise em relação às funções e aos fins estatais, cumpre observar brevemente a relação entre Estado e Direito, ou seja: qual seria o vínculo entre estes dois entes?

Nesse sentido, é imprescindível trazer à baila um conceito robusto acerca do Direito, entre tanto outros elaborados pelos filósofos do Direito. Posto isto, cita-se o famoso conceito de Direito elaborado por REALE a lume do seu normativismo jurídico:

como sendo um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do Poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que sintetizam, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente jurídicos”.²⁶

Após colacionado o conceito de Direito de REALE.É válido pontuar as correlações existentes entre Estado e Direito.

Existem ao menos três concepções basilares em relação ao nível de interação entre o Direito e Estado, são elas: a *monística*, o *paralelismo* e *dualística*. De forma sucinta, a teoria

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ob. Cit...*

²⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo. Saraiva, 2002. p. 78.

monista assevera que Direito e Estado são entes indissociáveis, constituindo um único ser; já para aqueles filiados á corrente do paralelismo, Direito e Estado são entes distintos, no entanto são indissociáveis, pois possuem uma forte relação de interdependência. Por fim, a concepção dualística informa que Estado e Direito são entes distintos e não guardam qualquer relação de dependência.²⁷

1.4.2 A segurança como valor do Direito e fim do Estado

No entanto, atualmente, é cediço e compartilhado por todos o seguinte entendimento: *Direito e Estado* estão imbricados em amplas conexões. E apesar das variadas fontes de normatividade pulsantes em uma dada sociedade, a fonte normativa estatal transcende às demais por ser reflexo da vontade dominante. Logo, possui maior legitimidade e raio de abrangência, sendo, pois, o cerne de toda a positividade.

Nesse diapasão, o Estado seria a ordem-jurídica primeira arquitetada a serviço da comunidade. Encerrado no dever de resguardar essa ordem através dos mais variados ângulos. Sendo que, entre esses ângulos, encontra-se um de nível fundamental, que seria o de prover a *segurança jurídica*. Desse modo, deve regulamentar as relações sociais cujos auspícios, em última análise, são o de manter a paz e a ordem, possibilitando com isso a convivência entre os cidadãos do Estado.

Através do exercício da função legislativa o Estado gera uma ordem jurídica investida de coercibilidade, estipulando sanções positivas e negativas como já bem ensinado por Bobbio. Em razão disso, o ente estatal limita a esfera de liberdade dos cidadãos, e, reciprocamente, limita a si próprio; tendo em vista, a regulamentação de fatos presentes e futuros, cuja pretensão seria a de alcançar a estabilidade social por meio da submissão dos seus destinatários aos mandamentos legais.

De igual forma, lembrando-se de Kelsen, traça-se os contornos do “ser” por meio de um “dever ser” com vistas a alcançar imperturbabilidade do tecido social no qual incide, ou seja procura-se fomentar um cenário de estabilidade — seguro.

²⁷ NÁDER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 31 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 137.

Essa busca incessante do homem pelo ideal de segurança pode ser explicada pelo fato de o homem não ser autossuficiente no plano material e espiritual, em razão disso o estado de insegurança acaba sendo um estado inerente à própria condição de ser humano.²⁸

A doutrina jurídica alemã originariamente concebe a segurança sob dois prismas: um *objetivo* e outro *subjetivo*. Os primeiros estão ligados aos predicados necessários e já consolidados na ordem jurídica. O segundo pode ser traduzido na ausência de dúvida dos destinatários do ordenamento jurídico, quanto a proteção oferecida por este.

Por oportuno se torna dizer que de acordo como entendimento de SOUZA há dois enfoques da segurança, como se pode constatar no respectivo trecho:

Segurança é Fato, é o direito como *factum* visível, concreto, que se vê, como a pista de uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante, para que não se perca nem saia dos limites traçados pela autoridade competente.²⁹

[...]

Ademais, certeza é Valor, o que vale no Direito, aquilo em que se pode confiar, porque tem validade. O caminhante tem ‘certeza’ quando conhece o caminho, pois sendo visível, ele é também ‘previsível’.³⁰

A analogia colacionada por SOUZA entre a segurança jurídica e a estrada e o caminhante é significativamente esclarecedora, uma vez que, a estrada “legalmente” sinalizada para ele representa uma segurança jurídica, como fato materialmente concreto. Enquanto, para o condutor, quando realiza um juízo de valor em relação a esses sinais, e, a partir desse procedimento, acaba por conhecer a via na qual caminha. Com isso, é capaz por meio desses elementos, de projetar roteiros dotados de razoável previsibilidade, e, assim, conduzir-se a certeza de agir direito. Portanto, a certeza é para SOUZA:

a confiança do cidadão nas leis que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é ‘direito’ e não ‘torto’, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos.³¹

Apesar de o homem buscar incessantemente um cenário de segurança. Este é movido inconscientemente por outro ideal, este agora, de caráter filosófico: a Justiça.

²⁸ NÁDER, Paulo. *Ob. Cit.*.p. 120.

²⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência* (um enfoque filosófico-jurídico). São Paulo: LTR, 1996.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

Sem dúvidas que o valor máximo do Direito é a Justiça, além de ser a própria razão de ser do Direito. Todavia, para que ela transpasse o plano abstrato das ideias e se perfaça concretamente, é necessário algumas condições básicas. E dentre essas condições, a primeira, é a segurança! Pautado nesse raciocínio que se pode afirmar que a segurança é um valor fundante e a justiça seria um valor fundado.

Nada obstante, a premente interação que há entre Justiça e seguranças, às vezes, tais valores se desarmonizam e colidem dentro da ordem jurídica. Exemplo típico seria o atrito entre a positividade e a justiça — materializada aqui por princípios como: dignidade da pessoa humana, moralidade, isonomia, proporcionalidade, entre outros —, resultando no seguinte questionamento: o que fazer quando isso ocorre?

A respeito dessa tensão entre justiça e direito cumpre observar a lição de SILVA:

Cumprir observar que a *segurança no direito* pode ser, num primeiro plano, compreendida num duplo sentido: *segurança do direito* a *segurança jurídica*. A segurança do direito é a que exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo. Embora, como dito antes, o direito positivo, uma vez estabelecido, tenda a impor-se com incondicional validade e obrigatoriedade até independentemente de sua justiça, o certo é que é a *Constituição que condiciona, não só sua validade, mas também certas exigências a respeito de seu conteúdo, como as exigências de sua praticabilidade*. E é também aqui que a *segurança pode harmonizar-se com o valor do justo, na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem* *Direito seguro nem sempre é direito justo*³²

A partir do exposto é possível inferir que quando a positividade, por meio da imposição de certas normas de condutas, seja capaz de romper com o justo, a pretexto de resguardar a segurança. Dever-se-á lançar mãos da Constituição Federal e utilizar os valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, ou a moralidade, já que esta é a Norma-Fonte, da qual se extrai a validade de todo o sistema jurídico.

Na seara jurídica, portanto, subiste dois ideários primordiais: a segurança e a justiça. Sendo que, a segurança é pressuposto da justiça, servindo para esta como alicerce básico para a sua manifestação. Todavia, o próprio alicerce deve ser construído sempre em vista da Justiça, sob pena, de inviabilizar a concretização do produto final, o seja, a própria Justiça.

³²SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada* In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.) Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.; (grifo meu).

A harmonização e a interação entre o binômio: segurança e justiça, é mormente visualizado no estudo da coisa julgada. Mais precisamente nas implicações da *teoria coisa julgada inconstitucional*.

CAPÍTULO II

2. A COISA JULGADA COMO INSTITUTO PROCESSUAL

2.1. Breve noção introdutória

Depois de realizada essas considerações acerca dos fins e funções do Estado Moderno, bem como, do dever do Estado de prover a segurança jurídica com vistas à Justiça.

Passa-se ao estudo inicial dos contornos que cercam o instituto processual da coisa julgada, que pode ser definida como sendo

o termo coisa julgada guarda origem da expressão latina *res iudicata*. A expressão pode ser traduzida em linhas gerais, como: o “bem julgado”.

[...]

Além do mais, entende-se como coisa julgada (*res iudicata*) a sentença, que se tendo tornado irretroatável, por não haver contra ela mais qualquer recurso, *firmou* o direito de um dos litigantes para não admitir sobre a dissidência anterior qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que ser sub-rogue em suas pretensões improcedentes.³³ Trata-se de instituto jurídico que estrutura o conteúdo do direito constitucional à segurança jurídica (presente no *caput* do art. 5º da CRFB/1988 na sua forma *lato sensu*), chancelado em todo e qualquer Estado Democrático de Direito, cujo propósito maior é o de assegurar a paz social por meio da estabilização das relações sociais litigiosas submetidas à tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

³³SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 304.

Esse importante instituto político e jurídico está investido de *status* constitucional, de caráter fundamental, haja vista o seu prestígio e relevo social. Está insculpido no art. 5º, XXXVI da CRFB/1988, que assim dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a *coisa julgada*”.

Ainda sob uma ótica constitucional da coisa julgada, observa-se que esta é tida como uma proteção especial que integra o gênero do direito adquirido. A coisa julgada seria uma proteção específica inserida no campo maior mais largo de proteção do direito adquirido.³⁴

Verifica-se, porém, que o Constituinte Originário não despendeu esforços a fim de estabelecer o *modus operandi* do instituto da coisa julgada, ficando tal tarefa a cargo do legislador ordinário.

Assim, a instrumentalização da coisa julgada e a sua real efetivação ficaram a cargo dos arts. 467 a 475 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73). Local em que foram delineados os contornos do instituto processual em comento, ou seja, foi definido o seu perfil dogmático.

É oportuno anotar ainda que é possível a mitigação desse instituto em algumas hipóteses. Como por exemplo, os casos que ensejam a propositura de Ação Rescisória (art. 485 do Código de Processo Civil), de Revisão Criminal (arts. 621 a 631 do Código de Processo Penal).

O fenômeno da coisa julgada é a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão judicial final (sentença), manifestando-se a partir do momento em que não cabe mais qualquer tipo de recurso contra ela, ou seja, operando-se então o “trânsito em julgado”.

A coisa julgada é fenômeno típico do processo de conhecimento, comprometida com a função de assentar de forma definitiva a relação jurídica estabelecida entre as partes.

2.2 A coisa julgada formal e material

³⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 335

Desta feita, em consonância com as lições de DIDIER JÚNIOR³⁵, a coisa julgada seria a intangibilidade conferida à norma jurídica individualizada. Essa qualidade está contida na parte dispositiva da decisão judicial.

Porém, subsiste uma diferença no que tange ao raio de abrangência dessa imutabilidade. Justamente em razão dessa distinção que se pode agrupar a coisa julgada em *formal* e *material*. Nessa toada, THEODORO JÚNIOR³⁶ ensina que a assimetria entre coisa julgada formal e material tem lastro no grau de imutabilidade do *decisum*, pois são na verdade o mesmo fenômeno.

Além disso, insta-se aduzir a preleção de GAIO JÚNIOR³⁷ sobre os dois enfoques relacionados às duas espécies de coisa julgada. O ilustre doutrinador pondera que a coisa julgada formal pauta-se nas relações de natureza processual, a exemplo de quando ocorre a extinção do processo sem resolução do mérito com prolação de sentença terminativa (art. 267 do CPC), não sendo mais cabível nenhuma espécie de meio impugnativo. Enquanto que a coisa julgada material apresenta uma cristalização da decisão judicial cuja incidência recai tanto sobre a relação de cunho processual e como a de direito material discutida entre as partes, já que nestes casos houve a extinção do processo com resolução do mérito, nos moldes do art. 269 do Código de Processo Civil.

Sendo assim, verifica-se que há *coisa julgada formal* quando a imutabilidade se restringe aos limites do processo em que a decisão foi prolatada. Neste caso, pode-se afirmar que a coisa julgada formal é um fenômeno de índole endoprocessual, pois irradia efeito apenas e tão-somente dentro do processo, não os projetando além dele. Em virtude disso parte da doutrina lhe confere a alcunha de “preclusão máxima”³⁸.

Em igual sentido é o pensamento de THEODORO JÚNIOR, como se pode perceber na transcrição abaixo:

Assim, a coisa julgada formal seria a última preclusão, porque com ela se encerraria a relação processual. A coisa julgada material, atuando fora do processo, não se enquadraria na ideia de preclusão. Uma vez, porém, que esta nada mais é do que um grau a mais imposto à coisa julgada formal, não

³⁵ *Curso de Direito Processual Civil. Vol. II.* 7.ed. Salvador, Bahia: Jus Podivm, 2012, p. 418.

³⁶ *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.* Vol. I. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 558.

³⁷ *Instituições de Direito Processual Civil.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 284.

³⁸ DIDIER reconhece que a coisa julgada formal seria a preclusão máxima dentro do processo porque constituir-se-ia na perda total do poder de impugnar a decisão judicial produzida no processo.

é incorreto reconhecer à coisa julgada material a natureza de uma projeção da coisa julgada formal para além das fronteiras do processo encerrado. Assim, não haverá impropriedade na categorização da coisa julgada material como preclusão máxima, porque sua eficácia nada mais é do que uma ampliação quantitativa da coisa julgada formal, levando seus efeitos inibitórios a prevalecer, também, perante futuros processos³⁹.

Além disso, é válido observar atentamente o conteúdo do art. 267, V em paralelo com o art. 268, *caput*, ambos do Diploma Processual Civil, *in verbis*:

Art. 267: *Extingue-se o processo sem resolução de mérito:*

V- quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada. (grifo meu)

Art. 268: *Salvo o Disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação.* A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas dos honorários do advogado. (grifo meu).

Desse modo é possível inferir que as hipóteses enumeradas no art. 267 do Código de Processo Civil extinguem o processo mesmo antes de o Magistrado adentrar-se no mérito da lide. Não obstante, essas hipóteses não impedem a propositura de uma nova ação, pois nestes casos é possível vislumbrar a constituição da coisa julgada sob um viés formal, cujo alcance está associado tão-somente àquele processo que fora extinto em decorrência do reconhecimento desses impeditivos processuais acostados no art. 267 do Código de Processo Civil.

As causas enumeradas no dispositivo, *sub examine*, acarretam a morte extemporânea do processo, e devem ser arguidas preferencialmente em sede de preliminar de contestação, conquanto é válido frisar que algumas são preceitos de ordem pública e podem ser levantadas a qualquer tempo, inclusive em fase recursal, como é o caso da existência de coisa julgada, vide art. 267, §3º do Código de Processo Civil:

O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Impende excetuar que o art. 267, V do Código de Processo Civil retrata as hipóteses de extinção que possuem eficácia para além do processo — perempção, litispendência ou de

³⁹ Ob. Cit., pp. 576.

coisa julgada material—haja vista, a ressalva feita pelo *caput* do art. 268 do Código de Processo Civil.

GAIO JÚNIOR informa que esse inciso representa uma categoria diferenciada entre o elenco de causas de extinção processual sem resolução do mérito incluídas no art. 267 do Código de Processo Civil.

A respeito dessa questão, o respeitável processualista emite as respectivas lições em relação ao dispositivo em comento:

Categoria diferente de pressuposto processuais e, por isso mesmo, merecedora de disciplina apartada (art. 267, V), é a que engloba a *perempção*, a *litispendência* e a *coisa julgada*, todas ensejadoras, se ocorrentes, de extinção do processo sem resolução de mérito

Dá-se a *perempção* sempre que o autor, por abandono, causar a extinção do processo sem julgamento de mérito por três vezes, perdendo, por isso, o direito de propor novamente a mesma ação.

A *litispendência* é o fenômeno processual caracterizado pelo fato de correrem, a um só tempo, dois processos idênticos, caso em que será extinto o segundo e prevalecerá o primeiro, observadas as regras relativas à prevenção

Também a *coisa julgada* tem como característica a *reprodução de ação meramente ajuizada, com a diferença de já ter havido, quanto à primeira, julgamento de mérito com sentença transitada em julgado, o que impede nova apreciação*.⁴⁰ (grifo meu).

Ainda sobre a constituição da *res iudicata* de natureza formal, é pertinente repisar que esta não impede a propositura de uma nova ação. Nesta ação, poderá-se discutir a questão de mérito, já que esta não fora apreciada em consequência da extinção prematura do processo. Seja em razão da existência de algum impeditivo de ordem processual, ou por outra questão que teve o condão de impossibilitar o julgamento do objeto da lide.

Acerca da *coisa julgada material* DIDIER⁴¹ informa que este instituto é um fenômeno investido de eficácia endo/extraprocessual. Seria a princípio endoprocessual, porque opera efeitos dentro do processo e perante as partes. Com efeito, a sua externalidade se evidencia após discutido e resolvido o mérito da lide. Tendo os seus efeitos irradiados além do processo apresentando força de lei nos limites da lide e das questões discutidas.

⁴⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 207-208.

⁴¹ Ob. Cit., pp. 419.

Apesar de ser importante os comentários relacionados às diferenças entre as duas espécies de coisa julgada: material e formal, será examinado a seguir a penas a coisa julgada tida como material por ser instituto de maior repercussão na estabilidade das relações jurídicas, além de guardar intimidade maior com fim deste trabalho que é o trato da coisa julgada inconstitucional.

2.3 Os limites objetivos da coisa julgada

Os limites objetivos da *res iudicata* comprometem-se a estabelecer o que de fato é acobertado pelo pálio da autoridade da coisa julgada.

O Código de Processo Civil foi claro em estabelecer quais as partes da sentença estão investidas da autoridade da coisa julgada. Desta feita, após a leitura conjunta dos arts. 468 e 469 do diploma legal em voga é possível asseverar que apenas a parte dispositiva da sentença se perfaz sob a égide da coisa julgada.

A inteligência depreendida da leitura do art. 468 do Código de Processo Civil conduz a conclusão de que apenas o que foi deduzido no processo, objeto do conhecimento judicial, fica a mercê dos efeitos da coisa julgada.

O CPC, em seu art. 469 elenca três incisos nos quais discorre sobre o que não faz coisa julgada.

É cediço, mas é válido apontar, que a sentença pode ser dividida em três partes: o relatório, a motivação ou fundamentação e o dispositivo ou decisão.

O Dispositivo seria uma espécie de conclusão do raciocínio do magistrado. Nesta parte que está situado a norma concreta (preceito enunciado pelo magistrado) e o objeto da coisa julgada.

No inciso primeiro do art. 469 do CPC, o Legislador assevera que os motivos, mesmo aqueles de importância para estabelecer o alcance da parte dispositiva, não são objeto de incidência da força da coisa julgada. Nesse sentido, nem mesmo os motivos que guardam fiel intimidade com a conclusão da sentença (parte dispositiva) serão considerados indiscutíveis. Em outras palavras, “o julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao

pedido do autor; não o “porquê” dessa resposta”⁴² Logo, tão-somente a resposta oferecida a pretensão do autor pode ser considerada indiscutível.

Apesar da clareza da norma promulgada pelo Legislador, convém aduzir importantes ponderações a respeito do tema.

Geralmente, a parte dispositiva é alocada na parte final da sentença, de forma concentrada e sintetizada. Todavia, pode ser que o magistrado decida um ponto da questão principal em sua fundamentação, sem depois reproduzi-la na parte da decisão. Quando isso ocorre parte da doutrina informa que a parte abarcada pelos motivos da sentença que possua natureza dispositiva, que por equívoco não foi inserida no dispositivo deve ser qualificada pela intangibilidade da coisa julgada.⁴³

Nesse mesmo diapasão, se encontram os pensamentos de GAIO JÚNIOR⁴⁴, que a partir de premissas construídas por Liebman informa que *ares iudicata* se restringe a parte decisória da sentença, conquanto é preciso se atentar que essa restrição se dê em um sentido substancial, no sentido de que não alcance não só a parte final da sentença, mas também qualquer outra parte que seja objeto do provimento jurisdicional propriamente dito, isto é, que se tenha resolvido os pedidos das partes.

Convém ainda assentar que a causa de pedir ou *causa petendi* só faz coisa julgada em conjunto com o pedido. Mesmo aquela inserida na parte dispositiva e que seja fundamento máximo para o provimento do pedido das partes. Por conseguinte, é impossível abstrair o fundamento, para, em contexto distinto do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a intangibilidade natural da coisa julgada.⁴⁵

É possível, portanto, asseverar que a análise conjunta dos fundamentos do pedido com o pedido em si é de grande importância na estipulação dos limites objetivos da coisa julgada. A influência desses motivos, entretanto, não ultrapassa o âmbito da situação jurídica identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença.

2.4 Os limites subjetivos da coisa julgada

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ob. Cit.*, p. 570.

⁴³ Gaio Júnior e Greco Filho defendem que a parte da fundamentação de natureza dispositiva, que por equívoco não fora inserida na parte da decisão, deve ser abraçada pela autoridade da *res iudicata*.

⁴⁴ *Ob. Cit.*, p. 286.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ob. Cit.*, p. 571.

A definição dos limites subjetivos da coisa julgada é de fundado relevo. Uma vez que é preciso saber quem está submetido à autoridade da *res iudicata*.

Nesse sentido, DIDIER⁴⁶ informa que a coisa julgada pode operar efeitos *inter partes, ultra partes* e *erga omnes*.

Em regra, a coisa julgada não afeta terceiros, nem em benefício e nem em prejuízo, conforme dispõe o art. 472 do Código de Processo Civil, “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando”. De acordo com esse artigo a intangibilidade da coisa julgada limita a irradiação dos seus efeitos às partes do processo na qual foi produzida.

O preceito normativo desse artigo foi inspirado nas garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, XXXV, LIV e LV). Pelo fato de não ser possível, a um primeiro momento, a extensão dos efeitos de um julgado a terceiros que não tiveram direito ao acesso à justiça em um processo no qual lhes fossem assegurado a faculdade de se manifestar e de se defender.⁴⁷ Com efeito, é preciso lembrar que o direito ao exercício de contraditório e ampla defesa não é apenas das partes do processo, mas também de qualquer terceiro (estranho).

A respeito da importância prática da norma fundada no art. 472 do Código de Processo Civil, CÂMARA⁴⁸ faz os seguintes apontamentos:

Pense-se numa sentença transitada em julgada que declara ser um Fulano o proprietário de um determinado bem. O conteúdo declaratório dessa sentença é imutável e indiscutível entre o Fulano e um Beltrano (que também foi parte no processo), mas nada impede que um terceiro, Sicrano, também se considerando titular do domínio, ajuíze demanda em face do Fulano a fim de ver declarado ser ele o verdadeiro proprietário. De nada adiantaria ao Fulano, neste caso, afirmar que uma sentença transitada em julgada já afirmara ser ele o proprietário. A coisa julgada já existente não impede que o Sicrano, que foi terceiro em relação àquele primeiro processo, discuta o ponto.

No que tange a extensão dos efeitos da sentença a terceiros. Interessante notar ainda que a sentença é ato de natureza estatal. Nessa esteira, GAIO JÚNIOR⁴⁹ ensina que “a sentença é ato processual com força de pronunciamento estatal e, portanto, vale para todos”.

⁴⁶ Ob.Cit. p. 428.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Direito Processual Civil*. Vol. I. 18 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008, p. 472.

⁴⁹ Ob. Cit. p.286.

Ressaltando ao final que a insindicação da coisa julgada derivada da sentença que transita em julgado, esta sim, não poderá modificar a esfera jurídica de terceiros.

Porém, é sabido que as relações jurídicas contemporâneas tem se tornado cada vez mais complexas. De tal modo, que muitas das vezes, surgem áreas de intersecção para com outras. Resultando em inconteste interferência na esfera jurídica de terceiros. Por conseguinte, a norma constante no art. 472 do Código de Processo Civil, apesar de perfeito, não é capaz de explicar todos os fenômenos relacionados às implicações subjetivas da *res iudicata*.

Em casos como esses, a coisa julgada acaba tendo efeito *ultra partes* ou *erga omnes*.

O efeito *ultra partes* pode ser conferido quando a *res iudicata* repercute sobre o terceiro não participante diretamente do processo. A título de exemplo, podem-se citar os casos de substituição processual, de legitimação concorrente, de decisão favorável a um dos credores solidários (art. 274 do NCC), nos casos de ações coletivas e entre outros.⁵⁰

Ademais, existe ainda a coisa julgada *erga omnes*, cujos efeitos incidem sobre todos os cidadãos. Como é o caso da sentença prolatada em sede de Ação Civil Pública que envolve direitos difusos (v.g. art. 103, I e III do CDC), uma vez que tais direitos são indivisíveis e possui titulares indeterminados. No mesmo sentido, está a coisa julgada gerada em sede de ação de usucapião de imóveis e nas ações de controle concertado de constitucionalidade.

Todavia, não serão esgotadas as hipóteses de coisa julgada que repercutem sobre terceiros, pois seria tarefa árdua que não traria grande proveito aos fins propostos por este trabalho.

2.5 A eficácia preclusiva da coisa julgada

Uma questão assaz importante diz a respeito ao estudo da análise da eficácia preclusiva da coisa julgada, em vistas de demonstrar a potencialidade da autoridade desse instituto.

O art. 474 do Código de Processo Civil afirma que, “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

⁵⁰ DIDIER, Fredie. Ob. Cit., pp. 429-431.

Sobre este art. MARINONI tece os seguintes comentários:

O objetivo da norma é proteger a declaração contida na sentença transitada em julgado. Para tanto, deixa-se claro que todos os argumentos relacionados com a primeira demanda ficam preclusos, impedindo-se a sua alegação e apreciação em ação ulterior. Não apenas as alegações deduzidas, mas também as que poderiam ter sido deduzidas – ditas dedutíveis – presumem-se oferecidas pelas partes e repelidas pelo órgão jurisdicional.⁵¹

Esse dispositivo não contraria o mandamento expresso disciplinado no art. 469, I, do Código de Processo Civil, quando informa que “não fazem coisa julgada os motivos; ainda que sejam aqueles importantes para se determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”. A *mens legis* desse dispositivo objetiva repelir a reapreciação da coisa julgada através de questões que eram possíveis de serem alegadas no processo, mas que não foram. Portanto, toda matéria que poderia ser utilizada para discutir determinado ponto no processo e não foi, deve ser considerado superado em decorrência da força preclusiva da coisa julgada⁵².

2.6 A autoridade da coisa julgada sob um prisma jurídico e político.

A autoridade da coisa julgada detém um viés político e jurídico, em razão disso é possível explicar o porquê das sentenças injustas serem ungidas pela *res iudicata*.

O enfoque político da coisa julgada pode ser compreendido pela necessidade que a sociedade tem de resolver os seus conflitos internos. Nesse sentido, busca-se o término desses conflitos pela imposição de uma solução oferecida pelo Estado por meio da tutela jurisdicional exercida por este. Bem como, a eternização dessa solução, por gozar de premente legitimidade, visto que é fruto de ato estatal, cuja finalidade maior sempre deverá ser a busca pelo bem comum.

Em igual sentido é o posicionamento de GRECO quanto à natureza política do instituto da *res iudicata*:

O fundamento político da coisa julgada é a necessidade de estabilidade das decisões judiciais e das relações jurídicas a elas submetidas no exercício da jurisdição. Aquele cidadão cujo direito foi reconhecido pela sentença deve poder gozá-lo plenamente, exigindo da outra parte o comportamento

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75.

⁵² *Ibidem, idem*.

determinado pela decisão, devendo poder contar, para tanto, e se necessário, com todo o apoio do aparato estatal.⁵³

De igual forma LIEBMAN reforça a autoridade da coisa julgada sob um prisma eminentemente político. Nesse viés, a autoridade da coisa julgada seria uma opção política-constitucional relativa, podendo sofrer atenuações pela lei, sem que isso signifique uma supressão do instituto em si:

Não se quer dizer com isso, naturalmente, que a lei não possa de modo expresso modificar o direito também para as relações já decididas com sentença passada em julgado; pode a lei certamente fazer também isso, mas uma disposição sua em tal sentido teria a significação de uma ab-rogação implícita – na medida correspondente – da norma que sancionou o princípio da autoridade da coisa julgada. Isto é, *uma lei nova pode excepcionalmente e com norma expressa ter, não só eficácia retroativa, mas também aplicação às relações já decididas com sentença passadas em julgado*; isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada acerca das mesmas sentenças, cujo comando, perdendo o atributo da imutabilidade, cairia em face das novas regras dispostas pela lei para as relações já decididas.⁵⁴

O enfoque jurídico da coisa julgada pode ser atribuído pela necessidade do Estado em evitar mais de uma decisão sobre uma mesma demanda — apresentando a mesma identidade quando possuem as mesmas partes, causa de pedir e pedidos (teoria da tríplice identidade⁵⁵). Com efeito, cita-se a pertinente ilação do processualista GRECO:

O *fundamento jurídico* é a unidade da jurisdição, segundo a qual o Estado a exerce apenas uma vez, exteriorizando por seu intermédio a vontade concreta da lei acerca da postulação que lhe foi encaminhada. Nesse sentido, estatui o art. 471 do CPC que ‘nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide’⁵⁶.

CAPÍTULO III

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires, Ada Pellegrini Grinover. Ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

⁵⁵ De acordo com Alexandre Freitas Câmara a teoria *tri eadenou* teoria das três identidades, afirma que as demandas são idênticas quando ocorre total correspondência entre ela no que tange aos três elementos : partes, causa de pedir e pedido. No entanto, em alguns casos deve-se utilizar a “teoria da identidade da relação jurídica”, quando alguns desses elementos não estão presentes, sendo o elemento faltante consectário lógico do outro presente na demanda em comparação.

⁵⁶ GRECO, Leonardo. “Artigo 09 A Declaração De Constitucionalidade da Lei Pelo STF em Controle Concentrado e a Coisa Julgada anterior – análise do Parecer 492 da Procuradoria Geral Da Fazenda Nacional.In: Rodrigo Almeida Magalhães e Edmundo Gouvêa Freitas (orgs.). Processo, Direito e Modernidade Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior. São Paulo: Paco Editorial, 2014, p.118.

3. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

3.1 Considerações iniciais

De forma bem direta e objetiva, pode-se conceituar a coisa julgada inconstitucional como sendo a decisão judicial de mérito irrecorrível que apresenta conteúdo desconforme àquele acostado na Constituição.

Como já informado anteriormente, subsiste uma relação íntima entre a garantia constitucional da coisa julgada e à segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito, sendo óbvio o interesse estatal na solução dos conflitos sociais, por ser um imperativo claro de ordem pública.

Dessa forma, após a manifestação final do Poder Judiciário acerca da lide que lhe foi submetida à apreciação. Ocorre a cristalização daquele julgado por ser a *ratioessendo* instituto da coisa julgada, ou seja, o provimento da segurança ao ordenamento jurídico do qual faz parte, eternizando aquela decisão oriunda da prestação jurisdicional realizada pelo Estado.

Entretanto, é imperioso realizar a seguinte reflexão: uma sentença, um ato do poder público, que contém em seu conteúdo algo que seja capaz de afrontar a Constituição Federal, possuiria realmente o condão de propiciar algum tipo de segurança?

A teoria da coisa julgada inconstitucional assevera que não. Uma vez que não seria permitido conferir *status* de imutabilidade à sentença que tenha por lastro matéria violadora de preceito constitucional. Por ser a inconstitucionalidade fenômeno que não merece qualquer acatamento pelo Poder Judiciário. Por conta disso, deve-se extirpá-lo o quanto antes. Dessa forma, muito mais insensato seria reconhecer a instituição da *res iudicata* sobre algo que fosse capaz de violar a Lei Maior do ordenamento jurídico. Sendo inconcebível a outorga de imodificabilidade a situações jurídicas opostas à fonte primária de validade de todo o sistema jurídico pátrio.

Na atualidade a função da ciência jurídica é além de impor regras ao comportamento individual e social do homem e do Estado, de garantir o fortalecimento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana e zelar pela valorização de entidades guardiãs de valores específicos, como são os que defendem a obediência rigorosa aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficácia, da publicidade, da impessoalidade e da justiça.⁵⁷

3.2 a descon sideração da coisa julgada inconstitucional: posições doutrinárias

É inegável a importância do instituto da coisa julgada, a doutrina e a jurisprudência que reconhecem a descon sideração da coisa julgada inconstitucional não pretendem de forma nenhuma destruir tal instituto. Apenas pretendem compatibilizá-lo de forma harmoniosa com o ordenamento jurídico. E para isso é preciso retirar o véu absoluto que recobre a *res iudicata*, em razão da constante necessidade da Ciência do Direito de se adequar a realidade vivenciada pelos anseios da sociedade atual.

As teorias elaboradas em prol da coisa julgada inconstitucional sustentam a flexibilização das decisões judiciais de investigação de paternidade proferidas antes do advento dos exames de DNA; atente contra a dignidade humana, um dos princípios de maior densidade inscrito em regra de direito público constitucional (art. 1º, III, da Constituição Federal); prive a liberdade do cidadão ou de seus bens a observância do devido processo legal; tenha como correto lançar-se mão de lei ordinária para disciplinar matéria relativa às limitações constitucionais ao poder de tributar.⁵⁸

É óbvio que subsiste muitas outras hipóteses de sentenças inconstitucionais recobertas pela coisa julgada que poderiam ser descon sideradas pela teoria da coisa julgada inconstitucional. Sendo desarrazoado elencar um rol exaustivo que cite cada uma dessas hipóteses.

⁵⁷ DELGADO, José Augusto. “Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias.” Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (orgs.). São Paulo: Fórum, 2006, p. 137.

⁵⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 4-5.

A doutrina contemporânea tem preferido despende esforços na constituição de uma teoria que seja capaz de flexibilizar a coisa julgada em consonância com as particularidades do caso que a cerca. Ou melhor, pretende-se elaborar uma teoria que atue junto ao caso concreto.

Desta feita, entre os inúmeros estudiosos do tema em pauta, serão destacados os seguintes pensamentos e conclusões em prol do acolhimento da tese da desconconsideração da coisa julgada inconstitucional. Em consonância com as sistematizações produzidas por Carlos Valder do Nascimento⁵⁹ e José Augusto Delgado⁶⁰:

Paulo Manoel Cunha da Costa Otero⁶¹

Este autor faz uma distinção entre a inexistência e inconstitucionalidade das decisões judiciais. Ressaltando que os atos judiciais meramente aparentes não poderiam sofrer um juízo de in/constitucionalidade, porque não existiram. Não sendo razoável valorar o que não existe.

Afirma que, *a priori*, a busca pelos ideais de segurança e certeza no ordenamento jurídico pode limitar, ou, até mesmo, excluir a destruição da coisa julgada através da arguição autônoma de inconstitucionalidade. Todavia, informa que o princípio da constitucionalidade rechaça a permanência de qualquer ato normativo que afronte a Constituição. Logo, a alegação de inconstitucionalidade não só serviria de fundamentação para afastar a coisa julgada, como seria uma exigência para que esta fosse destruída da ordem jurídica.

A marca central da sua tese é a supremacia da Constituição com apoio nos princípios que norteiam os exercícios das atividades estatais. Defende a destruição do caso julgado por meio de uma ação autônoma, bem como salienta que apenas aqueles atos judiciais que reúnam um mínimo de identificabilidade podem ser objeto de desconconsideração. Tal exigência refere-

⁵⁹ Ob. Cit..pp. 80-90.

⁶⁰ DELGADO, José Augusto. “Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias.” Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (orgs.). São Paulo: Fórum, 2006.

⁶¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Ob. Cit..pp. 80-82.

se a necessidade de se demonstrar de forma clara os fatos violadores à Lei Maior, devendo ser afastados de antemão aqueles considerados de mera aparência.

Eduardo Talamini⁶²

A respeito do tema, o autor sustenta que o exame do tema deve ser feito à luz da Constituição.

Frisa que o problema que cerca a sentença inconstitucional não pode ser reduzida a uma ótica simplista que envolva unicamente uma questão de compatibilidade hierárquica, conforme àquela adotada para a lei e o ato administrativo.

Assevera que é imprescindível a ponderação dos valores constitucionais envolvidos no caso. Como também é preciso definir critérios para tanto. Nessa esteira, informa que a proporcionalidade não seria apenas um entre outros fundamentos aptos a resolver a questão. Na verdade, seria a única via possível para que se proceda a uma legítima relativização da coisa julgada.

Além disso, o autor observa que deve-se atentar para a seguinte questão: a ponderação dos valores fundamentais para a “relativização” da coisa julgada.

Cândido Rangel Dinamarco⁶³

Para DINAMARCO, dever-se-ia utilizar critérios objetivos para apontar quais seriam os valores garantidos constitucionalmente — assim como a *res iudicata* — que deveriam persistir mesmo que seja causado algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas.

O ilustre Doutrinador afirma ainda que em alguns segurança e certeza podem ser consideradas como exigências diametralmente opostas aos ideais de justiça e legitimidade das decisões. Não obstante, a oposição entre esses valores, ele são conciliáveis, ou seja, podem e precisam ser harmonizados dentro de uma determinada lógica dentro da ordem jurídica.

⁶² DELGADO, José Augusto. Ob. Cit., pp. 113 -115.

⁶³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Ob. Cit., pp. 83-85.

A esse respeito é válido citar a insigne frase do Autor: “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”.

Após essas considerações, é imperioso sublinhar que o Autor crê que a transgressão a coisa julgada deve ser efetuada sob caráter extraordinário. Nos casos em se verifique absurdos, fraudes, flagrantes injustiças e infrações à Constituição.

Por fim, com estribo em posição consignada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como com apoio nos pensamentos de Piero Calamandrei. DINAMARCO considera que o instrumento adequado a combater a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza.

Enfim, admite o afastamento da coisa julgada que prestigia a injustiça, a fraude e o absurdo. Desse modo a *res iudicata* tem que ser rechaçada por ser incompatível com a *mens legis* adotada pelo Constituinte Originário.

Humberto Theodoro Júnior⁶⁴

O Autor de igual forma doutrina ser impossível não reconhecer a superveniência de decisões judiciais nulas mesmo após esgotadas as vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Para combater tais sentenças Humberto Theodoro Júnior aduz que caberia à partes prejudicada o manejar ação judicial que declare a invalidade do julgado, tendo em vista a ocorrência de nulidade absoluta.

Além disso, preconiza a viabilidade do uso da *querela nullitatis* diante da nulidade, *ipso iure*, que macula o julgado recoberto pela coisa julgada.

Por último, exalta a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade com o intuito de conduzir a solução envolta aos prazos prescricionais e decadenciais.

A tese defendida de por Humberto Theodoro Júnior é de ampla abertura no que tange a revisão das sentenças com trânsito em julgado, sem limite temporal, afastada qualquer alegação de índole prescricional.

⁶⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 47-48.

José Augusto Delgado⁶⁵

De acordo com o grande jurista José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a injustiça, o ato imoral, a violação da Constituição, deturpação da realidade das coisas quando verificadas no *decisium* macula a vontade jurisdicional completamente, não ocorrendo jamais o seu trânsito em julgado.

Para o Autor a legalidade, a moralidade e a justiça são valores fundantes do regime democrático. Estão alocados em patamar constitucional, enquanto a segurança jurídica estaria no plano infraconstitucional sendo matéria eminentemente processual.

Além disso, o Autor realiza algumas reflexões relacionadas ao Poder Judiciário e a Justiça. Para isso assevera que seria desarrazoado conceber um Judiciário cuja obrigação maior seria a busca pela Justiça, mas que, em alguns casos, torna imutável o injusto, sob o pálio da *res iudicata*.

Antônio Pereira Gaio Júnior⁶⁶

Em relação ao tema *sub examine*, GAIO JÚNIOR não trata diretamente da coisa julgada inconstitucional, mas da relativização da *res iudicata*. Todavia, é possível inferir por via transversa a posição do ilustre processualista.

Dessa forma, GAIO JÚNIOR corrobora a tese de que a flexibilização da *res iudicata* deve ocorrer em situações extraordinárias, com fito de afastar decisões judiciais absurdas, cuja proteção derivaria de uma “coisa julgada delinquente” (Couture).

⁶⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Ob. Cit.*, pp. 87-88

⁶⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. A Coisa Julgada Material e a sua Relativização. Disponível em: http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/A_coisa_julgada_material_e_sua_relativizacao.pdf. Acesso em: 02 de jan. 2014.

Por conseguinte, assevera a imprescindibilidade no manejo de três princípios para que seja aferida a real necessidade de se relativizar a autoridade da coisa julgada, são eles os princípios da: legalidade, instrumentalidade e proporcionalidade.

Outrossim, salienta o *status* constitucional da *res iudicata*, , cuja regra está inserta no art. 5º, XXXVI da CRFB/88.

Reforça a importância da imutabilidade da sentença, derivada do transcurso dos prazos recursais. Como sendo vital a própria credibilidade da ordem jurídica. Conquanto, seria impossível admitir que o manto de uma garantia constitucional terá o surreal condão de legitimar e eternizar, muitas vezes, injustiças sob pretexto de se evitar a eternização de incertezas.⁶⁷

Araken de Assis ⁶⁸

Para este jurista o tema da coisa julgada inconstitucional deve ser tratado com certa cautela, sob pena da instauração de um progressivo enfraquecimento da autoridade da *res iudicata*.

Com base nessa perspectiva ARAKEN⁶⁹ tece as respectivas críticas aos doutrinadores que creem que a segurança jurídica deve ser relegada para segundo plano de forma irrestrita:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori* barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado no volúvel livre convicção do magistrado inferior.

⁶⁷*Idem*, p. 4.

⁶⁸ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (orgs.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Fórum, 2006. pp.345-370.

⁶⁹*Idem*, p. 351.

In fine, conclui pela necessidade do Legislador elencar as situações nas quais a coisa julgada poderá ser considerada inoperável, em razão de outros bens jurídicos igualmente equivalentes, ou seja, de igual hierarquia. Uma vez que, a coisa julgada seria um instituto de natureza política.

3.3A modulação dos efeitos da coisa julgada inconstitucional.

Tema afeto e instigante à teoria da coisa julgada inconstitucional é o exercício da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, antes de adentrar na questão da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é válido tecer algumas breves considerações acerca das duas espécies de controle de constitucionalidade, uma vez que a ordem jurídica brasileira convive lado a lado com as espécies de controle de constitucionalidade difusa e o concentrada.

3.3.1 Breves considerações acerca do controle concentrado e difuso de constitucionalidade

O controle difuso foi concebido nos Estados Unidos, mais precisamente sobre o caso paradigmático: *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, em 1803⁷⁰, em que além de fundar as bases do controle difuso foi orientada também a teoria do *judicial review*. Essa espécie de controle é denominada difusa por conferir ao juiz ou, tribunal de justiça, a faculdade de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, por consequência, a sua inaplicabilidade frente ao caso concreto levado ao conhecimento do órgão jurisdicional.

Assim, no sistema difuso (sistema americano), qualquer órgão do judiciário, independente do seu grau hierárquico, tem o poder-dever de não aplicar as leis tidas por eles

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

como inconstitucionais, lhes sendo permitido apreciar a constitucionalidade das normas envolvidas com os casos encaminhados a sua apreciação.

Em relação aos efeitos das suas decisões, é válido apontar que as decisões proferidas em sede de controle difuso, em geral⁷¹, possuem eficácia *inter partes*.

Por sua vez, o controle concentrado (sistema europeu), é oriundo da Constituição Austríaca de 1920.⁷² Nos países em que se adota esse modelo de controle, existe um monopólio na apreciação das questões que envolvem os dispositivos constitucionais. Esse monopólio é exercido pelos tribunais constitucionais. Apenas as Cortes Constitucionais são competentes para analisar a constitucionalidade de uma norma.

Os precursores desse modelo justificam a sua adoção argumentando que o juízo de constitucionalidade não é atividade atrelada à função judicial, pois o juiz operaria como legislador negativo, por ter a faculdade de retirar a norma do ordenamento jurídico. Desse modo, criar-se-ia o Tribunal Constitucional, órgão não integrante do Poder Judiciário, composto por homens de Estado e não por juízes de carreira.⁷³

É importante esclarecer, porém, que é perfeitamente possível o juízo de constitucionalidade irradiar efeitos *ultra partes* nos países que adotam o sistema difuso, como é o caso dos E.U.A.

O sistema norte-americano segue a tradição do *common law*, em contraposição àqueles adeptos do *civil law* que adotam como principais fontes do Direito o texto da Lei, existe o instituto da *stare decisis*. “Esta expressão designa o fato de que, a despeito de exceções e atenuações, os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito das mesmas jurisdição”⁷⁴ Em virtude deste arranjo as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais superiores apresentam eficácia oposta a todos (efeito *erga omnes*), tendo em vista o princípio da confiança. Uma vez que, através desse sistema pretende-se coibir a mudança errática e constante do Direito, com o intuito de garantir que a sociedade conheça os princípios fundamentais que orientam a ordem jurídica.

⁷¹ Excepcionalmente, as decisões promulgadas em sede de Recurso Extraordinário pelo STF podem ter o espectro ampliado contra todos, seja parte ou terceiro não interessado (efeito *erga omnes*). Sendo necessário, no entanto, a chancela do Senado Federal para que a lei— objeto de discussão de constitucionalidade— seja retirada do ordenamento jurídico, conforme a CRFB/88, art. 52, X.

⁷² *Idem*, p. 70.

⁷³ *Idem*, p. 71.

⁷⁴ *Ibidem*.

O ordenamento jurídico brasileiro subsiste sobre um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, já que concilia os dois modelos de controle: o concentrado e o difuso, desde a edição da Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965⁷⁵.

Esta peculiaridade é o cerne das discussões sobre a questão da modulação dos efeitos temporais encampadas na seara doutrinária. Tendo fomentando um amplo debate doutrinário e jurisprudencial relativamente complexo, que engloba um alto número de variáveis.

3.3.2 A modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

A Teoria da Nulidade Absoluta da norma inconstitucional sofreu certa relativização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apesar da regra de nosso sistema jurídico ser a nulidade absoluta do dispositivo desconforme com a Lei Fundamental.

O instrumento para mitigação da nulidade absoluta para esse casos é o instituto damodulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade consagrada no ordenamento jurídico pátrio no art. 27 da Lei n. 9868/1999 (Lei da ADIn.) e no art. 11 da Lei n. 9882/1999 (Lei da ADPF), *in verbis*:

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.

Art. 11. Ao declarara inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

⁷⁵*Ibidem.*

Os referidos dispositivos possibilitam que o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis opte por três modelos de declaração de inconstitucionalidade, são eles : I) restringir os efeitos de sua decisão, II) determinar que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado, o que equivaleria a atribuir efeito “*ex nunc*” ou III) fixar um outro momento a partir do qual ela terá eficácia.

O primeiro caso, isto é, o de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nota-se que o STF poderia determinar a não incidência de sua decisão sobre as decisões judiciais transitadas em julgado que se fundaram na norma inconstitucional. Assim, apesar da pronúncia de inconstitucionalidade possuir eficácia retroativa atingindo todos os atos derivados da lei não constitucional desde a sua origem, ela não afetaria as decisões judiciais protegidas pela garantia da coisa julgada. *In casu*, o Supremo Tribunal Federal deverá deixar firmado em seu aresto, de forma inequívoca, essa proteção concedida aos julgados revestidos pelo *res iudicata*.

A situação subsequente a essa seria aquela em que a declaração de inconstitucionalidade apresenta apenas eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou seja, caráter possui natureza prospectiva, para o futuro (“*ex nunc*”), nenhum efeito anterior da norma poderá ser desconstituído. Com isso, a decisão do STF, no que tange à eficácia da norma, impedirá tão somente que ela prossiga irradiando efeitos daquele momento em diante, mas não afetaria os efeitos já produzidos. Em razão disso, as decisões judiciais que se pautaram na norma enquanto ela ainda gozava da presunção de validade não seriam atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

A última hipótese é parecida com a anterior quando o Supremo Tribunal Federal determina que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia apenas a partir de um determinado instante que ele próprio fixará na sua decisão, os efeitos emanados da norma até este momento não serão afetados. Por conseguinte, suponha-se que determinada norma vigeu no período de 1995 a 2005, quando o Pretório Excelso reconheceu a sua desconformidade com a Constituição. Suponha ainda que o STF fixou como termo inicial de eficácia de sua decisão o ano de 2003. Nessa hipótese, os efeitos emanados da lei desde 1995 a 2003 não seriam desconstituídos. Desse modo constata-se que as decisões judiciais transitadas em

julgado e os atos administrativos provenientes desta, não estariam, nesse interregno, submetidas à incidência da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Ademais, é bastante apropriado aduzir que o instituto da modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade pode ser discutido em quatro planos distintos, de acordo com a lição esposada por BARROSO⁷⁶, seriam eles: I) a declaração de inconstitucionalidade em ação direta; II) a declaração de inconstitucionalidade em controle incidental; III) a declaração de constitucionalidade em abstrato; e IV) a mudança da jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.

A modulação dos efeitos em controle abstrato (por ação direta) é a única hipótese que possui regulamentação por concessão expressa da lei, haja vista, o texto do art. 27 da Lei n. 9868/1999 (Lei da ADin.) e o art. 11 da Lei n. 9882/1999 (Lei da ADPF), já supramencionados.

Aliás, ressalta-se que há inclusive alguns julgados se utilizando deste recurso, com o intuito de resguardar a segurança jurídica proveniente das relações e situações jurídicas consolidadas no tempo. Como foi o caso relacionado com a criação do município Luís Eduardo Magalhães, que padecia de inconstitucionalidade formal, já que fora criado em ano de eleição eleitoral desrespeitando a E.C. n. 15/1996⁷⁷.

Em contrapartida, a modulação em controle incidental não figura em nenhum dispositivo legal. Entretanto, tal modalidade vem sendo aplicada regularmente pelo STF, conforme reiteradas jurisprudências⁷⁸.

A declaração de constitucionalidade não será abordada de forma pormenorizada.

Uma vez que a “Lei n. 9868/99 trata a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade como duas fases de uma mesma unidade conceitual, *como se fossem ações em tudo idênticas, apenas com ‘sinal trocado’*. Desse modo, pela lógica da lei, julgar uma ação direta improcedente equivale a declarar que a lei é constitucional; e julgar uma

⁷⁶ *Idem*, p. 99.

⁷⁷ Cf. STF, ADIns 2.240-BA, Rel. Min Eros Grau DJU, 17 de maio 2007.

⁷⁸ Cf. STF, RE 266.994-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 21 de maio 2004 e STF, HC. 82.959-SP Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 23 de fev. 2006; cujas discussões envolveram a composição da Câmara municipal de um determinado Município, bem como, a progressão de regime em caso de crimes hediondos, respectivamente. (Barroso).

ação declaratória improcedente equipara-se a declarar a inconstitucionalidade da lei⁷⁹.

O último cenário que guarda afinidade com a modulação dos efeitos temporais seria àquele embasado na mudança da jurisprudência consolidada acerca de determinada matéria.

Parte da doutrina entende que esse enfoque é desmerecedor de qualquer debate, uma vez que seria inadmissível a retroatividade sobre situações jurídicas já consolidadas com apoio unicamente em viragens jurisprudenciais, haja vista, a flagrante insegurança jurídica que ocasionaria.

Apesar dos argumentos em contrário o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado quanto à modulação dos efeitos nos julgados que representam uma alteração em sua jurisprudência. Na maioria esmagadora das vezes tem-se modulado os efeitos temporais da decisão a fim de que sejam afetados apenas os processos ajuizados após a data em que o julgamento venha a ser concluído, principalmente nos casos em que o entendimento, objeto de alteração, perdura por longo tempo de forma pacífica da Corte.

3.3.3 A coisa julgada inconstitucional e a modulação dos efeitos temporais

É cediço, conforme informado alhures, que a lei ou ato impugnado, quando objeto de pronunciamento judicial permanece existente, válido e eficaz. Porém, nas hipóteses em que há o reconhecimento da inconstitucionalidade referente a uma determinada norma, esta norma é considerada como sendo nula de pleno direito. Nessa esteira, o Min. BARROSO⁸⁰ informa que a declaração de nulidade está alocada no plano da validade do ato jurídico, ou seja, é a sanção pela invalidade da norma. Como consequênciadisso, é possível assinalar que a lei ou ato normativo eivados de nulidade não deverão produzir quaisquer efeitos, isto é, vislumbra-se uma paralização deste no plano da eficácia.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit. p.226.

⁸⁰ *Idem*, p.228.

A partir dessas premissas é possível constatar o seguinte: a natureza dessa decisão é declaratória, porque visa o reconhecimento de uma situação de (in)constitucionalidade, preexistente à propositura da ação direta.

Sendo o vício de inconstitucionalidade corroborado no acórdão que julgou a ação direta de inconstitucionalidade, surge um importante questionamento: a inconstitucionalidade da norma ou ato normativo conduz à invalidade de todos os atos que dela extraíram o seu fundamento (efeito *extunc*) ou, ao revés, desencadearia efeitos apenas prospectivos (efeito *ex nunc*) ?

Uma parcela da doutrina, como por exemplo Alfredo Buzaid e Accioly Filho, creem que a inconstitucionalidade seria um vício congênito à lei, e, portanto, o efeito de sua decisão retroagiria ao momento do seu ingresso no mundo jurídico, alcançando todos os atos consequentes e derivados desta.⁸¹

Desse modo, esta decisão seria capaz de anular de forma automática a decisão transitada em julgado que fora pautada em uma lei que, posteriormente, fora declarada inconstitucional pelo STF por meio de ação direta.

Essa aplicação irrefletida da teoria das nulidades pode ensejar gravíssimos abalos na ordem jurídica, sendo inconcebível defender a anulação sumária das sentenças que tiveram o seu trânsito em julgado, ou seja, foram investidas pela imutabilidade da *res iudicata*. É óbvio que a complexidade do caso não comporta a inconsequência de um “efeito dominó” que destrua todas as situações jurídicas consolidadas derivadas da lei declarada inconstitucional.

A respeito dessa complexa questão THEODORO JÚNIOR critica aqueles que advogam pela nulidade irrestrita da declaração de inconstitucionalidade:

Alguns menos desavisados e apegados a soluções matemáticas existentes no passado certamente deixarão de vislumbrar, neste tópico, qualquer problemática, limitando-se a simplesmente aplicar a fórmula definida da eficácia retroativa do reconhecimento do vício da inconstitucionalidade.⁸²

(...)

⁸¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Ob. Cit., p. 228.

⁸² *Idem*, p. 230.

Isto porque a adoção pura e simples da retroatividade dos efeitos da decisão proferiria no juízo declaratório implicar a negação de uma série de garantias e princípios consagrados no direito.⁸³

Nesse sentido o Pretório Excelso, de forma reiterada, atenuou em vários julgados, a posição radical da teoria da nulidade.

Para esse fim, tem lançando mão do art. 27 da Lei n. 9.868/1999, supratranscrito, segundo o qual o STF, por maioria de dois terços dos seus membros, poderá restringir os efeitos retroativos da decisão declaratória de inconstitucionalidade quando pautado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

3.3.4 A modulação dos efeitos temporais e a coisa julgada : os arts. 741 parágrafo único e 475-L, §2º do CPC

Inicialmente a Medida Provisória n. 2.180-35/2001 inseriu o parágrafo único ao art. 741 do Diploma Processual Civil, que *a posteriori*, fora modificado pela Lei n. 11.232/2005 que alterou consideravelmente a sistemática sobre a qual se desenvolvia o processo de execução, bem como, estipulou a fase de cumprimento de sentença aos títulos executivos oriundo de processo cognitivo exauriente e equiparados (caso da sentença arbitral, por exemplo).

Os arts. 475 –L, § 2º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, são dispositivos de correspondência imediata a coisa julgada inconstitucional, como é possível verificar, *ad litteram*:

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

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também *inexigível* o *título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*

⁸³*Idem*, p. 231.

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

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, *considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.*

Os mecanismos verificados nestes artigos permitem ao executado alegar que a sentença está radicada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.⁸⁴ Através desta oposição o Executado busca a declaração de inexigibilidade do título executivo judicial, em razão do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma, a qual faz parte da sentença. Nada obstante, ressalta-se que esse título judicial que porventura tenha a sua inexigibilidade declarada, é válido, apesar de ser inexigível após o acolhimento da tese de arguição de inconstitucionalidade do Executado.

Com efeito, haja vista os dispositivos em comento, poderá o executado opor à execução através da impugnação, forte no art. 475-L, § 1º. Como também, poderá a Fazenda Pública, em sede de procedimento especial, opor embargos arguindo a inconstitucionalidade da lei que sustenta o título executivo judicial, com o intuito de declará-lo inexigível, no molde do art. 741 parágrafo único.

Outrossim, esses dispositivos foram alvos de ferrenhas críticas, visto que a interpretação literal dos artigos, *sub examine*, permitem que sejam declarados inexigíveis os títulos executivos judiciais, em virtude de declaração incidental de inconstitucionalidade (controle concreto de constitucionalidade), que tradicionalmente possui eficácia *inter partes* (entre as partes). Aliás, é válido pontuar que o limite subjetivo da decisão incidental de inconstitucionalidade apenas terá eficácia contra todos e vinculante nos casos em que o Senado Federal suspender a execução da norma conforme preceitua o art. 52, X da CRFB/1988.⁸⁵

Além da não observância da competência do Senado Federal, MARINONI aduz a seguinte advertência:

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

⁸⁵ Idem, p. 124.

Portanto, pretende-se, através das regras dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não apenas desconsiderar o poder de o juiz controlar a constitucionalidade, como ainda fazer prevalecer a interpretação sucessiva do Supremo Tribunal Federal sobre todas as decisões, cobertas pela coisa julgada, em que os juízes ordinários legitimamente exprimiram os seus juízos de constitucionalidade. Trata-se assim, não apenas de mecanismo que viola a garantia da coisa julgada material, porém, mais precisamente, de um gigantes aparato repressivo voltado à nulificação de todo e qualquer juízo de constitucionalidade quando esteja de acordo com pronunciamento ulterior do Supremo Tribunal Federal.⁸⁶

Todavia, tramita atualmente pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 8.046/2010 que contém a proposta do novo Código de Processo Civil. Neste projeto, mais precisamente, em seu art 511, §§. 5º e 6º estão presentes importantes mudanças relativas a esta questão.

Em primeiro lugar, o art. 511, § 5º restringe a possibilidade de pronunciamento de inexigibilidade do título executivo judicial apenas àquelas sentenças contrapostas às decisões do Pretório Excelso oriundas do controle de constitucionalidade concentrado ou àquelas prolatadas de forma incidental que observaram a competência constitucional do Senado Federal.⁸⁷

Em segundo lugar, consta também nesse Projeto de Lei, em seu art. 511, § 6º, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão em atenção à segurança jurídica. Sendo assim, de forma semelhante do que acontece com as ações de controle concentrado de constitucionalidade, será permitido modular os efeitos da decisão em sede incidental⁸⁸

Logo, pode-se concluir que o ordenamento jurídico pátrio, no que tange à natureza jurídica do ato normativo declarado inconstitucional, adotou a teoria da nulidade absoluta com temperamentos, uma vez que há hipóteses, tanto no controle concentrado quanto no difuso, em que se convalida certo período de vigência do ato inconstitucional, atribuindo à decisão efeitos *ad futurum* (para o futuro), haja vista a necessidade de se resguardar a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas.

⁸⁶ *Idem*, p. 130.

⁸⁷ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Ob. Cit. p. 218.

⁸⁸ *Ibidem*.

CAPÍTULO IV

4. OS TRIBUNAIS: O ENFRENTAMENTO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A jurisprudência pátria apresenta um nível de resistência ainda muito elevado frente à teoria da flexibilização da coisa julgada inconstitucional. Contudo, é imperioso registrar a existência de decisões que a admitem. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal⁸⁹ já se pronunciaram algumas vezes acerca de casos em que decisões judiciais investidas pela intangibilidade da coisa julgada foram flexibilizada por causa do atrito entre bens jurídicos constitucionais dotados de imprescritibilidade e indisponibilidade, como é o caso dos direitos à identidade genética e à segurança nas relações familiares.

Além disso, questão afeta a configuração da coisa julgada inconstitucional diz respeito à modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade tendo em vista que este instituto tem o condão de, muitas das vezes, inconstitucionalizar a coisa julgada quando não se excetua a incidência da regra geral da Teoria da Nulidade através da aplicação do referido instituto.

Terminada essas considerações é assaz pertinente comunicar que serão aventados alguns julgados em que a *res iudicata* foi objeto de relativização no todo ou em parte, bem como alguns casos em que se vislumbrou a modulação dos efeitos da decisão de (in)constitucionalidade com vistas a desvendar o temperamento da Suprema Corte quando esta se pronuncia sobre essas questões de ordem, sendo o caso do:

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. *Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar*. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. *A LC 70/91 é*

⁸⁹ O Supremo Federal inclusive fez contar em seu informativo n. 622 julgado em que a coisa julgada fora desconsiderada frente à necessidade de se buscar a verdade material da identidade genética da parte autora nas ações de repetição de investigação de paternidade.

apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. (STF - RE: 377457 PR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/09/2008, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

Neste julgado o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade e a legitimidade da revogação da isenção da COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) das Sociedades Civis introduzida pela Lei n. 9.430/1996, inclusive com o reconhecimento da repercussão geral da matéria (art. 543-B, CPC) *bem como o afastamento da modulação dos efeitos desta decisão* (logo apresenta eficácia *extunc*), desse modo, surge uma nova controvérsia nesta questão: *a da convivência de acórdãos transitados em julgado em sentido contrário ao posicionamento adotado pelo STF, por terem, à época dos seus julgamentos, declarado a inconstitucionalidade da supressão da isenção, desonerando as Sociedades Civis de profissão regulamentada da incidência do tributo.*

Pertinente se faz esclarecer que o artigo 56 da Lei n. 9.430/1996 revogou expressamente a isenção que a Lei Complementar n. 70/1991 concedia às sociedades civis. Afirmava-se que a lei instituidora da COFINS seria uma Lei Complementar e que o dispositivo legal que revogava a isenção (Lei n. 9.430/1996) por ela concedida estaria inserido em uma Lei Ordinária. Sendo este o motivo da sua inconstitucionalidade, haja vista a ocorrência de uma suposta violação ao Princípio da Hierarquia das Normas. Conquanto, o STF firmou o posicionamento de que a Lei Complementar n. 70 possuiria natureza material de Lei Ordinária e por isso não haveria violação alguma ao Princípio da Hierarquia das Normas.

Esse contexto atingiu vários julgados nos quais já se havia formado a coisa julgada material e que eram opostos ao posicionamento do Supremo, uma vez que preconizavam que seria legítima a isenção da COFINS às Sociedades Civis de trabalho regulamentado por inexistir norma capaz de revogar o dispositivo da LC n. 70 que conferia o benefício da isenção.

Desse modo o STF declarou ser constitucional o afastamento da isenção do tributo em comento, logo possibilitou ao Fisco a cobrança dos créditos tributários⁹⁰ não pagos em razão das decisões judiciais que determinavam ser legítima a isenção conferida às Sociedades Civis.

⁹⁰Apenas em relação àqueles sobre os quais não se havia incidido o fenômeno jurídico da prescrição.

Nessa perspectiva percebe-se configuração da coisa julgada inconstitucional, haja vista a repercussão pretérita da decisão do Pretório Excelso que asseverou a constitucionalidade da Lei 9430/1996.

Pode-se vislumbrar, nessa perspectiva, a dificuldade que os ministros tiveram para definir-se haveria ou não viragem jurisprudencial, enquanto discutiam a questão de ordem fundada na aplicação da modulação dos efeitos da decisão. Muitos ministros aventaram que a decisão não alterava a jurisprudência da Corte, já que ratificava a posição da ADC-1/1993 quando da não distinção hierárquica da Lei Ordinária com a Lei Complementar, desse modo não haveria necessidade de modular os efeitos; outros pontuavam que era necessário modular os efeitos a fim de resguardar a segurança jurídica e a boa fé do contribuinte que fora ao judiciário em busca de uma tutela jurisdicional, e a obteve em seu favor e de forma legal.

Em seguida passa-se à análise do meritório julgado da lavra do Pretório Excelso em que se discutia a flexibilização da *res iudicata* decorrente de julgado em que a ação de investigação de paternidade foi extinta, com fulcro na existência de coisa julgada, por haver demanda anterior na qual foi impossível o exame de DNA:

Ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTORBENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF - RE: 363889 DF. , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO.)

No início do trabalho, foi identificado como problematização premente, as decisões judiciais que relativizam a *res iudicata*, concedendo a possibilidade de nova apreciação sobre o mérito da causa, ainda que já fosse constituída a coisa soberanamente julgada (na palavras de José Frederico Marques), isto é, já se esgotara o prazo decadencial da ação rescisória.

Entre os casos que guardam maior periodicidade, e, que, praticamente se consolidaram na jurisprudência pátria: são os casos de repetição da ação de investigação de paternidade, com o propósito de relativizar a coisa julgada nos casos em que a “identidade genética” fora reconhecida à margem da realização do exame de DNA, ou, foi decretado extinto o processo, sem julgamento do mérito, por insuficiência probatória.

O caso colacionado acima consta no informativo nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Neste julgamento o plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discutia a possibilidade, ou não, de superação da *res iudicata* em ação de investigação de paternidade cuja sentença havia decretado a extinção do processo, sem resolução do mérito, por carência probatória. No presente caso, a mãe do autor não tinha, à época da propositura da ação, condições econômico-financeiras para custear a prova pericial do exame de DNA.

In casu, a repercussão geral da questão discutida foi reconhecida pelo plenário do STF, tendo em vista o conflito entre o princípio da segurança jurídica, pautado na coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, materializada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5º, LXXIV). Nessa perspectiva, foi reconhecida a transcendência e a relevância das questões decididas.

No que tange a modulação dos efeitos da decisão é importante colacionar a interpelação do Ministro Luiz Fux enquanto o Min. Gilmar Mendes proferia o seu voto:

Senhor Presidente, só uma observação. Vossa Excelência tem toda a razão. A jurisprudência, o resultado de um julgamento, tem uma repercussão que nós não podemos desconhecer. Então, antigamente, havia a presunção *pater is est*. Era uma presunção - como hoje o pai que não faz o exame também tem a presunção - de paternidade. *Evidentemente, se não balizarmos, as Varas de Família vão virar um tumulto; ou seja, os pais que foram considerados pais pela presunção podem querer também fazer exame de DNA para reabrir, e os filhos também. Então, realmente, temos que balizar, porque tudo hoje tem que ter modulação temporal, senão o ordenamento jurídico fica um fator de grave insegurança.*⁹¹

O Min. Luiz Fux reabriu a discussão entorno da questão de ordem em comento, todavia os outros Ministros⁹² entenderam que a questão estava bem delineada, por ser um caso dotado de singularidade que não ensejaria a ocorrência de uma viragem jurisprudencial.

Dessa forma, atribuiu-se eficácia retroativa do julgado tendo vista as peculiaridades do caso concreto, conforme se denota do respectivo trecho:

Nós vamos balizar de acordo com o caso concreto. Então, o beneficiário da justiça gratuita pode realizar o DNA, pode reabrir instância e realizar prova nas hipóteses em que ele teve obstada essa realização em razão de ter sido julgado improcedente o pedido.⁹³

De igual forma foi a lavra do julgado oriundo da nossa Corte Especial:

Ementa:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES.

DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o

⁹¹ STF - RE: 363889 DF. , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO, VOTO do Min. Gilmar Mendes p. 9

⁹² Os Mins. Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Carmén Lúcia e outros.

⁹³ STF - RE: 363889 DF. , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO, VOTO do Min. Gilmar Mendes p. 14

exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, "*sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA)*", porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. *Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.*

III – *A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus.* Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. *Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade*".

IV – *Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.* (STJ, Resp. n. 226436 –PR, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; D.J.U: 04/02/2002.)

Sendo assim, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça tem procurado atender os fins sociais do processo e às exigências do bem comum, não reconhecendo o princípio da segurança jurídica, materializado pela imutabilidade da coisa julgada, com algo que deve ser apreciado como em fim em si mesmo, sob uma ótica absoluta. Não obstante, é imprescindível aduzir que a jurisprudência neste tribunal tem sido vacilante ao ponto de ter vários precedentes dispondo ao contrário no que tange a prevalência da coisa julgada sobre o real estado de filiação. Todavia, a partir da decisão do Pretório Excelso, o R.E. n. 363.889⁹⁴, objeto de repercussão geral, é possível vislumbrar uma consolidação jurisprudencial nos Tribunais Superiores, a fim de prestigiar o real estado familiar em detrimento da imodificabilidade emanada pela coisa julgada. Nestes julgados tem-se realizado um juízo de ponderação, avaliando os dois bens jurídicos colidentes. Nota-se que a fundamentação dos acórdãos tem ressaltado a natureza do direito ao reconhecimento do estado de filiação como

⁹⁴ Cf. citação *supra*.

sendo imprescritível, indisponível e personalíssimo, como bem assevera o art. 27do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹⁵.

Outro julgado que envolve o instituto da modulação dos efeitos temporais e a teoria da coisa julgada inconstitucional é o paradigmático *HC 82.959-SP*, cuja ementa é transcrita logo abaixo:

Ementa:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (*STF - HC: 82.959-SP*, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

No presente julgado requerer-se-ia a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, para permitir a progressão de regimes em se tratando de crimes hediondos. Nesse diapasão, foi vislumbrado a violação ao princípio da individualização da pena, garantido constitucionalmente, razões essas que levaram o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucionalidade do referido dispositivo, atribuindo efeitos pro futuro (*ex nunc*) à decisão, e, com efeito, não acarretando consequências jurídicas às penas já exaradas na data do julgamento em comento. Desta feita, entendeu-se que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos pretéritos afligiria a segurança jurídica do sistema, tendo em vista que não teria como o Estado retroceder no tempo e beneficiar aqueles que cumpriram com as suas condenações penais durante todo o íterim em que se admitia constitucional a Lei de Crimes Hediondos. Conquanto, obtempera-se que, mesmo em se tratando de declaração incidental de inconstitucionalidade, o Pretório Excelso assinalou que esta apresenta carga vinculante e, em decorrência disso, deveriam seus efeitos ser restringidos.

⁹⁵ “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA. 1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido. 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado. 3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia. 4. *Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica*. 5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas. 6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica. 7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes. 8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau(STJ - REsp: 240712 SP 1999/0109732-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 15/02/2000, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.04.2000 p. 38 RDR vol. 19 p. 233)

No julgado em apreço o Estado de São Paulo conseguiu anular liminarmente a sua condenação por sentença, já transitada em julgado, que julgou procedente a ação de desapropriação indireta *em relação a terreno de sua propriedade*. De forma concisa, anulou-se o absurdo através desse Recurso Especial, haja vista a documentação cartorial acostada nos autos. Não sendo possível reconhecer a imodificabilidade do absurdo pela *res iudicata* em detrimento de toda a coletividade, apenas a pretexto de privilegiar a segurança jurídica. Além do mais através desta sentença foram criados direitos reais inexistentes, não sendo plausível tal situação.

Ademais, neste caso reconheceu-se que foi violado de maneira direta o princípio da moralidade pública, pois a Fazenda Pública de São Paulo estava sendo obrigada a indenizar a desapropriação da sua própria propriedade.

Por último, cita-se o julgado da relatoria do eminente Min. Wilson Alves de Souza que demonstra de forma clara a necessidade de se fazer valer a supremacia da Constituição, a despeito de já se haver formado a coisa julgada, nos casos nos quais o *status libertatis* do

indivíduo é suprimido por prisão civil inconstitucional, como é o caso da prisão do depositário infiel⁹⁶.

Ementa:

PROCESSUALCIVIL, CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE CONVERTIDO EM AÇÃO DE DEPÓSITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DETERMINANDO A ENTREGA DO BEM SOB PENA DE PRISÃO CIVIL NOS TERMOS DO ART. 904 DO CPC. DECISÃO POSTERIOR À COISA JULGADA QUE INDEFERE REQUERIMENTO DA EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. O negócio jurídico de financiamento de bem móvel em alienação fiduciária não passa de contrato civil envolvendo dívida. Apreensão de prisão civil sob o fundamento de que havia contrato de depósito não passa de desvirtuamento violentador da Constituição Federal para propiciar meio coercitivo de prisão civil por dívida, o que agride a consciência jurídica dos povos civilizados.

2. *Sea sentença passada em julgado não atenta para fazer prevalecer a Constituição frente à lei, é possível relativizar a coisa julgada, desconsiderando-a para fazer prevalecer a Constituição Federal e preservar a liberdade individual.*

3. Agravo improvido. (TRF-1, AG 1997.01.00.045683-8 / RO Relator: Wilson Alves de Souza (conv.); 3ª Turma Suplementar; DJ: 30/01/03)

⁹⁶ Conforme RE 466.343 (DJe 5.6.2009) - Voto do Ministro Gilmar Mendes - Tribunal Pleno. E a subsequente súmula vinculante n. 25: é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indubitável que a segurança jurídica deve ser preservada pelo Estado, pois este ideal é notoriamente um imperativo do bem comum, quando parte-se da premissa de que os jurisdicionados devem estar investidos de uma previsibilidade mínima acerca da aplicação das normas e dos postulados conformadores do ordenamento jurídico nacional. Com efeito, observou-se que a segurança jurídica pode ser entendida sob dois enfoques um objetivo e outro subjetivo, sendo que o primeiro seria os predicados necessários e já consolidados na ordem jurídica, que por si só, já ensejam certa previsibilidade; o segundo representa a ausência de dúvida dos destinatários nas normas formadoras da ordem jurídica.

Em relação à instrumentalização da segurança jurídica constatou-se que a coisa julgada seria entre os institutos jurídicos processuais àquela de maior destaque, já que a coisa julgada torna imutável a decisão não suscetível mais de recurso, não permitindo a discussão eterna das controvérsias, sendo uma qualidade atribuída à sentença com vistas a concretizar a própria autoridade e eficácia da jurisdição.

Apesar da intangibilidade da coisa julgada ser um consectário lógico da promoção da segurança jurídica, e, sob uma perspectiva mais abrangente: a paz pública. Um grande problema assola o instituto quando a coisa julgada torna imodificáveis situações absurdas que atentam contra princípios e garantias fundamentais, sendo inconcebível conferir a *res iudicata* o condão de criar outra realidade fazendo do quadrado o redondo e do falso a verdade.

Nestes casos dever-se-ia utilizar dos institutos processuais cabíveis para desconiderá-la através da utilização da Ação Rescisória (art. 485 do CPC), bem como da Ação de Declaratória de Nulidade nos casos em que estejam envolvidos bens jurídicos indisponíveis e imprescritíveis⁹⁷, ou se for o caso declarar a inexigibilidade do título executivo judicial por estar indo de encontro ao juízo de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º do CPC). É apropriado, nesse viés, acentuar

⁹⁷ Sendo os casos das sentenças que julgaram algumas ações de investigação de paternidade improcedente por falta de elementos probatórios suficientes, e, por inexistir, ou, por não ser notório ao tempo do desenvolvimento da demanda o Exame de DNA, fora decidido algo diametralmente oposto à verdade real, concretizando uma identidade biológica incongruente com a realidade. Assim, para esses casos, deve-se propor a Ação Rescisória extemporânea (após esgotado o prazo decadencial de 2 anos), apesar da sua natureza ser constitutiva negativa ao invés de declaratória, ou Ação Declaratória de Inexistência de Sentença (Querela Nullitatis Insanabilis), tendo em vista a imprescritibilidade e a indisponibilidade dos direitos relacionados ao estado de filiação, art. 27 de E.C.A.

que a desconSIDeração da coisa julgada por inconstitucionalidade deve ser abordada a partir de uma dosimetria adequada de parcim nia e cautela, visto que a garantia   coisa julgada é pressuposto imediato para o saudável desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, por conseguinte, para que ocorra a declaração de inexistência do título executivo judicial em sede embargos   execução ou na impugnação, em fase de cumprimento de sentença, deve ocorrer uma significativa alteração jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, sob pena de fragilizar o sistema jurídico nacional e tirar a própria razão de ser do controle difuso de constitucionalidade que confere total legitimidade aos magistrados pertencentes aos outros órgãos jurisdicionais para que decidam as controvérsias incidentais de constitucionalidade postas ao seu juízo.

Outrossim, mister se faz ressaltar que as situações as quais se pretende relativizar a *res iudicata* não se pode apenas alegar a ocorrência da injustiça da decisão ou exaltar o descumprimento de conceitos jurídicos indeterminados como a moralidade, é preciso haver uma fundamentação proporcional ao  nus argumentativo que esta celeuma faz jus. Não se pode esquecer que os julgados transitados em julgado já se incorporaram ao patrim nio jurídico dos envolvidos na demanda judicial, mesmo no dos sucumbentes, sendo que mudanças drásticas e habituais podem comprometer o real significado da palavra justiça, já que decisões múltiplas que são agraciadas com a eterna possibilidade de mudança muitas vezes podem ser entendidas como decisões injustas.

Desse modo, verifica-se a necessidade de se utilizar uma técnica de ponderação através dos princípios da instrumentalidade, da legalidade e da proporcionalidade ⁹⁸, bem como estipular quais direitos poderiam ser arguidos a qualquer tempo apesar de já haver ocorrido a cristalização da decisão, a fim de definir qual o bem jurídico mais relevante na lide em questão: a estabilidade da relação social e a segurança jurídica ou o julgamento justo prestigiando outro direito fundamental de maior importância *in casu*. Pertinente solução para essa questão seria a de permitir o ataque   coisa julgada são somente quando estejam envolvidos direitos dotados de imprescritibilidade e de indisponibilidade.

Percebe-se, *in fine*, a importância da técnica da modulação dos efeitos da decisão de (in)constitucionalidade na finalidade de proteger a segurança ou outros interesses sociais de relevada monta. Contudo, mais uma vez,   necessário zelo no emprego deste instituto que deve ser empregado apenas em situações excepcionais, por tratar situações iguais de forma

⁹⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *A Coisa Julgada Material e a sua Relativização*. Disponível em: http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/A_coisa_julgada_material_e_sua_relativizacao.pdf, p. 4.

diferente, com o propósito de resguardar a segurança jurídica e outros bens jurídicos de igual monta.

Pode-se verificar também que o STF tem aplicado de forma considerável o instituto da modulação dos efeitos temporais, seja em controle difuso ou concentrado. Em geral o Supremo tem balizado a eficácia dos seus julgados nas situações em que a lei inconstitucional vigorou e produziu efeitos por um período considerável, ou causaria um grande rombo no orçamento do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos para a Impugnação*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In*: Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (orgs.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições Preliminares de Direito Processual Civil*. Vol. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal: manifestações doutrinárias. *In*: Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado (orgs.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7.ed. Salvador, Bahia: Jus Podivm, 2012.

FRIEDE, Reis. CURSO DE TEORIA GERAL DO ESTADO (Teoria Constitucional e Relações Internacionais). 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Estado e o Predicado da Segurança Jurídica: Breves Reflexões*. Disponível em <http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/Estado_e_o_predicado_da_seguranca_juridica_-_breves_reflexoes.pdf> Acesso em: 04/01/2014.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *A Coisa Julgada Material e a sua Relativização*. Disponível em: http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/A_coisa_julgada_material_e_sua_relativizacao.pdf. Acesso em: 02 de jan. 2014.

GRECO, Leonardo. “*Artigo 09 A Declaração De Constitucionalidade da Lei Pelo STF em Controle Concentrado e a Coisa Julgada anterior – análise do Parecer 492 da Procuradoria Geral Da Fazenda Nacional*”. In: Rodrigo Almeida Magalhães e Edmundo Gouvêa Freitas (orgs.). *Processo, Direito e Modernidade Estudos em Homenagem ao Professor Antônio Pereira Gaio Júnior*. São Paulo: Paco Editorial, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires, Ada Pellegrini Grinover. ed. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRACO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

ROSSEAU, Jean Jacques. *Contrato Social*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo. Saraiva, 2002. p. 78.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*In:ROCHA,Carmén Lúcia Antunes (coord.)Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência* (um enfoque filosófico-jurídico). São Paulo: LTR, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. I, 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012