Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 14 – abril/maio/junho de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: RELATIVIZANDO A "RELATIVIZAÇÃO"

Prof. Glauco Salomão Leite
Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP;
Professor de Direito Constitucional da ASCES, FIR e FACIPE;
Advogado.

Sumário: 1.0 Introdução. 2.0 Observações sobre a doutrina da "relativização" da coisa julgada. 2.1 Aproximação do conceito de "coisa julgada": extensão e limites da proteção constitucional. 2.2 O caráter casuístico da discussão. 2.3 A "justiça" como parâmetro para a "relativização" da coisa julgada. 2.4 Ponderação de valores absolutos? 3.0 Soluções possíveis do direito brasileiro para os casos de "flexibilização" da coisa julgada. 3.1 Hermenêutica acerca do termo inicial do prazo da ação rescisória. 3.2 Exame de DNA e investigação de paternidade. 3.3 A coisa julgada frente à Constituição. 4.0 Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas sobre as decisões judiciais trasitadas em julgado. 4.1 A doutrina da nulidade da norma inconstitucional e a coisa julgada. 4.2 A atenuação da doutrina da nulidade da norma inconstitucional e a proteção da coisa julgada no direito brasileiro 4.3 Regra geral de proteção da coisa julgada: é possível no Brasil? 4.4 Prazo para ação rescisória e declaração de inconstitucionalidade de normas. 5.0 Conclusões. 6.0 Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar, a partir de uma perspectiva crítica, a doutrina brasileira em prol do que se tem denominado "relativização" da coisa julgada. Tal doutrina parte de premissas controvertidas que podem, no limite, enfraquecer a norma constitucional protetora da coisa julgada.

Palavras-Chave: Coisa julgada, Relativização, Constituição.

Resume: The present work intends to analyse, from a critical perspective, the brazilian doctrine in favor of what´s been called res judicata "relativization". Such doctrine assumes controversial premises which can, in the limit, weaken protective constitutional rule of res judicata.

Key Words: Res judicata; Relativization; Constitution.

1.0 - INTRODUÇÃO

Tem-se observado o crescente debate acerca da chamada "flexibilização" ou "relativização" da coisa julgada. O cerne do problema diz respeito à possibilidade de a decisão judicial transitada em julgado ser desconstituída após o transcurso do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, em razão de ofensa a valores superiores encampados no sistema jurídico. As opiniões discrepantes a esse respeito já revelam o forte dissenso que impera sobre a matéria.

No entanto, o que tem motivado a presente investigação nesta seara são os pressupostos nos quais se apóiam aqueles que defendem a tese a favor da referida flexibilização da coisa julgada, especialmente os sustentados por Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Thedoro Júnior, Juliana Cordeiro de Faria e pelo Min. José Delgado. Consoante será demonstrado, algumas das premissas invocadas são bastante controvertidas, de tal sorte que, levadas às últimas conseqüências, podem importar não apenas em uma flexibilização da coisa julgada, mas sim na própria desconsideração desta garantia constitucional. Além disso, será visto que o próprio sistema jurídico-positivo brasileiro oferece respostas plausíveis para as situações da vida que impulsionaram a elaboração da doutrina em prol da flexibilização, e com resultados práticos semelhantes àqueles perseguidos pelos seus defensores, mas sem recorrer aos postulados que eles adotam. Em outros termos, ver-se-á como é possível solucionar os mesmos problemas enfrentados pelos defensores da flexibilização da coisa julgada, sem, contudo, aderir a esta posição, nem sustentar o caráter absoluto da coisa julgada.

O trabalho encerra uma investigação jurídico-dogmática de índole *predominantemente* constitucional. Diz-se *predominantemente* porque o instituto da coisa julgada também é previsto em diplomas infra-constitucionais, exigindo uma visão mais ampla que, sem negar a Constituição como ponto de partida, não se esgota nela.

A exploração de tais pontos não pretende encerrar o acalorado debate, nem apresentar soluções conclusivas ou definitivas ao problema ora colocado. Almeja-se, ao contrário, estabelecer um diálogo com posições divergentes e, se possível, oferecer novos subsídios para o avanço da discussão.

Eis, portanto, o perfil da presente pesquisa.

2.0 - OBSERVAÇÕES SOBRE A DOUTRINA DA "RELATIVIZAÇÃO" DA COISA JULGADA.

2.1 APROXIMAÇÃO DO CONCEITO DE "COISA JULGADA": EXTENSÃO E LIMITES DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.

Há muito tempo os processualistas, em especial, dedicam-se aos estudos sobre a coisa julgada. O entendimento geral acerca de sua caracterização é que a coisa julgada não consiste em um "efeito" da decisão, como propunha Liebman, mas sim em uma "qualidade" atribuída a esta decisão e aos seus efeitos, de sorte que eles não venham a ser alterados através de uma nova discussão da demanda[1]. Trata-se de atender a uma necessidade de ordem prática consistente no encerramento de uma discussão judicial após exauridas as oportunidades que as partes tiveram para se pronunciar.

Sob esta perspectiva, a coisa julgada se mostra como uma expressão normativa do princípio da segurança jurídica, promovendo a estabilidade das relações sociais na medida em que torna imutável e indiscutível a decisão passada em julgado e da qual não cabe mais recurso algum.

É de suscitar alguns questionamentos a idéia de que a coisa julgada, tal como prevista na nossa Constituição, é uma garantia dirigida apenas contra o legislador. Com base no enunciado constitucional previsto no art. 5º, inc. XXXVI, segundo o qual "*a lei* não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", alguns entendem que, por força do termo "lei", tão somente o legislador está proibido de praticar algum ato que viole a decisão judicial transitada em julgado. Assim, a única vedação estabelecida pela Constituição é a de que não pode o legislador criar uma lei cujos efeitos retroajam para ferir a coisa julgada.[2]

Esta é a opinião, por exemplo, do Min. José Delgado (2002: p.86), um dos propugnadores da *"relativização" da coisa julgada, para quem "o que a Carta política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso".*

Assumindo posição semelhante, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria asseveram tratar-se de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova. Por essa razão, a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil. Portanto, dizem os autores: *"Isto significa (...) que é ele (o princípio da intangibilidade da coisa julgada), no direito nacional, hierarquicamente inferior."* (2002: p. 141).

---

[1] Cf. DINAMARCO, 2002: p. 36.

[2] Salvo, de certo, quando se tratar de lei mais benéfica ao réu, hipótese em que se permite sua retroatividade.

É preciso refletir sobre os pontos levantados por esses autores. Primeiramente, se a coisa julgada tem ou não sede constitucional. Em segundo lugar, caso seja garantia prevista na Constituição, qual a sua extensão.

Quanto ao primeiro questionamento, parece não haver muita dificuldade no reconhecimento da dignidade constitucional da coisa julgada. Sustentar o oposto é simplesmente fechar os olhos perante o que está escrito no texto da Constituição. Aliás, as Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1967 continham enunciado idêntico ao que consta na atual Carta sobre a proteção da coisa julgada.

A circunstância de que a coisa julgada também vem referida em diplomas infraconstitucionais, tal como no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução ao Código Civil, não significa rebaixá-la a um escalão inferior. Em razão da supremacia normativa da Constituição, não se pode interpretar seus institutos a partir do direito infra-constitucional, pois, do contrário, estar-se-ia promovendo uma inversão na hierarquia das normas do sistema jurídico, sobrepondo leis infra-constitucionais à própria Constituição. A previsão da coisa julgada no texto da Constituição, ou seja, sua constitucionalização, faz com que os demais diplomas legais passem por uma filtragem hermenêutica, não podendo contrariar o disposto na Lei Maior.

Por isso, uma vez que a coisa julgada possui *status* constitucional e pode ser encarada como uma expressão do princípio da segurança jurídica, já que promove a estabilidade das relações sociais, as regulações infra-constitucionais com teleologia idêntica à da Constituição, são com esta compatíveis. Em outros termos, na medida em que, no tratamento da coisa julgada, os diplomas infra-constitucionais mantiverem a mesma orientação perseguida pela Constituição, qual seja, a segurança das relações sociais no campo dos pronunciamentos jurisdicionais, então há de considerá-las conformes a Lei Maior. É o caso da concepção da coisa julgada como sendo a decisão judicial da qual não mais comporte recurso (Lei de Introdução ao Código Civil, § 3º). Aqui, do mesmo modo, está-se a transplantar a estabilização das relações sociais para o campo da atividade jurisdicional. Nesta perspectiva, as normas infra-constitucionais referentes à coisa julgada que não forem contrárias à Constituição contribuem para um melhor delineamento desta garantia constitucional, havendo, por isso, a necessidade de uma constante interpretação sistemática entre preceitos constitucionais e legais.

Outrossim, não apenas a coisa julgada tem assento no texto constitucional, como também se trata de uma garantia constitucional protegida pelo rol das cláusulas pétreas. De fato, estando ela prevista no art. 5º da Constituição, que, por sua vez, está inserto no “Capítulo I” (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) abrangido pelo “Título II” (Dos direitos e garantias fundamentais), não há como lhe negar a natureza de *garantia constitucional fundamental*. Por isso, até mesmo o poder reformador deve obediência à coisa julgada.

No que tange à sua extensão, percebe-se que a Constituição pretendeu impedir a criação de lei nova capaz de atingir as decisões judiciais transitadas em julgado. Coibi-se o indesejável efeito retroativo de uma lei capaz de fulminar decisões judiciais já estabilizadas.

Além disso, no presente caso, a interpretação recai sobre um enunciado que, além de ser constitucional, estabelece uma garantia individual. Dessa forma, é preciso levar em conta os postulados de uma hermenêutica constitucional, com especial relevo para o da "maior efetividade possível" ou da "máxima eficácia". Uma interpretação restritiva no sentido de que apenas a "lei" não deve ofender a coisa julgada pode conduzir à idéia de que os demais poderes (Judiciário e Executivo) estão autorizados a produzir atos contrários a esta garantia constitucional. Assim, por exemplo, a garantia da coisa julgada não valeria contra os órgãos jurisdicionais, de modo que eles pudessem, a qualquer tempo, rever suas próprias decisões (já consolidadas e estabilizadas), perpetuando o litígio. Considerando que a garantia da coisa julgada é um corolário da segurança jurídica, desdobramento normativo desta, essa interpretação restritiva acarreta a frustração da norma constitucional, isto é, provoca a instabilidade e a incerteza no campo dos pronunciamentos judiciais.

Por essa razão, tem-se que atribuir uma interpretação capaz de extrair a maior eficácia da garantia constitucional no sentido da preservação das decisões já consolidadas, uma vez que a garantia constitucional de que se cuida é um consectário do princípio da segurança jurídica. Por isso, crê-se que seu âmbito de proteção não se circunscreve apenas à lei, mas a qualquer ato jurídico atentatório à estabilidade das relações sociais conferida pela decisão com o atributo da coisa julgada. Não sem razão, já alertava Gio Battista Hugo, citado por Ruy Barbosa, referindo-se às limitações que a *common law* impunha também ao Parlamento inglês, que *"um direito garantido contra um poder se deve igualmente reputar garantido contra os outros"* (1893: p. 24)

Cumpre ressaltar que o que foi afirmado acima não implica o reconhecimento de que a coisa julgada não admite temperamentos, como se fosse uma garantia absoluta em si mesma. A Constituição também alberga outros interesses e direitos dignos de proteção além daqueles assegurados pela garantia da coisa julgada. Diante desse quadro heterogêneo, é preciso harmonizar os comandos constitucionais a fim de manter sua unidade normativa.

Assim, as hipóteses de desconstituição da coisa julgada através de ação rescisória previstas pelo legislador ordinário são legítimas, pois, em tais situações, verificou-se a necessidade de se mitigar esta garantia para atender outras exigências igualmente tuteladas pela ordem constitucional[3]. Dessa maneira, apoiando-se na terminologia presente nos debates atuais do Direito Constitucional, pode-se falar em uma ponderação de interesses realizada pelo legislador infra-constitucional, que teve que proceder a um sopesamento entre a estabilidade das relações sociais assegurada pelo intangibilidade da decisão

[3] Cf. art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil que cuidam da ação rescisória.

transitada em julgado e a necessidade em se garantir o devido processo legal através de uma prestação jurisdicional isenta das vicissitudes e artifícios devidamente antecipados pelo Código de Processo Civil como hipóteses para rescisão da decisão judicial[4]. Como esse diploma legal é anterior à Constituição Federal, cuida-se de uma ponderação de interesses feita pelo legislador e que foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Nesse passo, interessa observar que a coisa julgada, no direito brasileiro, já é mitigada pelos instrumentos da ação rescisória em seara civil e da revisão criminal em matéria penal, o que demonstra a impropriedade terminológica dos que propõem sua "flexibilização" ou "relativização".[5] Assim, ao se defender uma "flexibilização" da coisa julgada, a rigor, pretende-se ampliar as hipóteses legais já existentes para a sua desconstituição.

Pelo exposto, e nessa primeira aproximação, é preciso acentuar que a coisa julgada é uma garantia individual prevista pela própria Constituição e que se dirige não só ao legislador, vedando-lhe a criação de lei com efeitos retroativos capazes de anular as decisões judiciais anteriores, mas também aos demais poderes, proibindo a desconstituição dessas decisões fora das hipóteses permitidas pelo próprio sistema jurídico.

2.2 O CARÁTER CASUÍSTICO DA DISCUSSÃO.

A defesa contundente por uma maior mitigação da intangibilidade das decisões judiciais é motivada, não raro, pela novidade ou mesmo pelo caráter inusitado de que se revestem determinados casos concretos. Diante de situações como estas, para as quais, aparentemente, as construções dogmáticas disponíveis não oferecem soluções adequadas, surge a necessidade de se reformular a compreensão que se tem sobre certos institutos jurídicos. Em relação à coisa julgada, o próprio Cândido Rangel Dinamarco (2002: p.56), defensor da tese em prol da relativização, reconhece que há um *"indisfarçável casuísmo em todo o elenco de casos em relação aos quais foi aceito algum meio de mitigar os rigores da coisa julgada.".* Apesar dessa constatação, propõe uma "reconstrução dogmática" dos princípios e conceitos derivados da discussão sobre a coisa julgada.

---

[4] Segundo José Afonso da Silva (2000: p. 437) "a proteção da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. (...) A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória".

[5] Nesse sentido, advertiu José Carlos Barbosa Moreira (2005: p.91): "É que, quando se afirma que algo deve ser relativizado, logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda relativizar o que já é relativo. Ora, até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser *absoluto* o valor da coisa julgada material: para nos cingirmos, de caso pensado, aos dois exemplos mais ostensivos, eis aí, no campo civil, a ação rescisória, e, no penal, a revisão criminal, destinadas ambas, primariamente, à eliminação da coisa julgada".

O autor aponta certas decisões que dariam ensejo à desconstituição da coisa julgada, tais como a que autoriza a exclusão de um Estado-membro do pacto federativo; a que condena um indivíduo a dar a outrem, em cumprimento a cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne em conseqüência de uma dívida não honrada; ou a que condena uma mulher a servir como prostituta ao autor em decorrência de contrato (DINAMARCO, 2002: p. 56).

Com o devido respeito ao processualista, as situações por ele apontadas pouco contribuem para uma melhor sistematização do tema, por serem pitorescas e longe da realidade. Ainda que tais casos fossem levados a sério como autênticos exemplos em que se admitiria a flexibilização da coisa julgada, esta tese careceria de maior relevância prática, haja vista que tais situações são raramente verificadas no cotidiano do Judiciário. Na ilustração feita pelo referido processualista, verifica-se o que Lênio Streck denomina "profundo déficit de realidade" ao promover uma ficcionalização do mundo jurídico-social em relação aos problemas reais que efetivamente existem e que reclamam soluções pertinentes[6].

No entanto, merecem destaque aquelas situações que efetivamente reclamam uma análise mais detida e que, por vezes, animam a construção da tese a favor da relativização da coisa julgada. Assim, não raro costuma-se invocar questões judiciais que envolvem relações de filiação, nas quais, com base em exame de DNA realizado após os 2 anos do trânsito em julgado da decisão, constatou-se erro na decisão judicial que havia reconhecido vínculo entre pessoas que, na verdade, não eram parentes. Em tais casos, há conseqüências relevantes que recaem sobre aspectos psicológicos e emocionais dos envolvidos, sem olvidar dos efeitos patrimoniais e sucessórios decorrentes de um vínculo dessa natureza.

Além deste, há ainda o caso em que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo havia sido vencida em processo de desapropriação indireta, tendo acordado o valor indenizatório com os autores. Após terem sido pagas algumas parcelas do débito, descobriu-se que a área desapropriada já pertencia ao

[6] No dizer de Lênio Streck ("O Caso dos Gêmeos 'Xipófagos' (Sic) e outras Histórias". Disponível na internet em: <www.ihj.org.br>. Acesso em 20 de outubro de 2005), "Simbolicamente, os manuais que povoam o imaginário dos juristas representam com perfeição essa crise. Há, pois, um profundo déficit de realidade. Os próprios exemplos utilizados em sala de aula, ou nos próprios manuais, estão desconectados daquilo que ocorre em uma sociedade complexa como a nossa. Além disso, essa cultura estandardizada procura explicar o direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais. Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social. Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do "estado de necessidade" constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) utilizando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) "sobem em uma tábua" e, na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade...!). A pergunta fica mais "sofisticada" quando o professor resolve discutir o "foro de julgamento" de Caio (entra, então, a relevantíssima discussão acerca da origem da referida tábua, como se pudesse haver outra flutuando em alto-mar, além daquela que, com certeza, despregou-se do navio naufragado...!) No caso, devem existir muitas tábuas – talvez milhares – em alto-mar, para que um dos personagens, nascidos para servirem de exemplo no direito penal, agarre-se a ela".

próprio Estado de São Paulo, não havendo necessidade de pagamento algum a título de indenização. Nesta situação, a defesa do erário público constitui o alvo das preocupações.

Por fim, existem aquelas decisões judiciais que fixam indenizações com base em laudos periciais baseados em erros de fato. Pois bem, em todas estas situações, o cerne do problema consiste no transcurso do prazo de 2 anos da ação rescisória, contados do trânsito em julgado da decisão, o que, em princípio, inviabilizaria a desconstituição do julgado.

É a partir de casos como os referidos que os autores sustentam uma maior flexibilização dos "rigores" da coisa julgada, ressaltando, inclusive, que, nessas hipóteses, deve ser desconsiderado o prazo decadencial de 2 anos para o ajuizamento da ação rescisória, de modo que ela pudesse ser manejada a qualquer tempo. Apóiam-se, para tanto, em diversas linhas de argumentação. Todavia, a sugerida "reconstrução dogmática" se funda em parâmetros controversos, conforme será analisado. Sustenta-se que não há necessidade de uma "reconstrução dogmática" da coisa julgada, pois o ordenamento jurídico brasileiro contempla respostas plausíveis para os casos acima relatados, afastando elaborações teóricas fundadas em premissas que não são facilmente aceitas.

2.3 A "JUSTIÇA" COMO PARÂMETRO PARA A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

Na presente discussão, os principais autores na defesa da flexibilização utilizam a "justiça" como referência ou parâmetro de conformidade da coisa julgada. Segundo o Min. José Delgado (2002: p. 95), *"a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania."*. Na mesma linha, assevera Dinamarco (2002: p. 39) que *"não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas".* Por fim, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria (2002: p. 139) afirmam *que "a idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo direito uma decisão que contém séria injustiça"*. Assim, consoante os autores, as decisões judiciais, ainda que protegidas pela garantia da coisa julgada, não poderiam subsistir quando fossem afrontosas à justiça.

Estas posições acabam assumindo, ainda que implicitamente, a existência de um forte antagonismo entre, de um lado, a segurança jurídica, representada pela manutenção da coisa julgada, e de outro, a justiça, representada pela sua flexibilização. Cuida-se de uma radicalização pouco justificável, como se a garantia constitucional da coisa julgada já carregasse, insitamente, a marca da injustiça. Como ressalta Souto Maior Borges, ao expor as várias formas de manifestação da segurança jurídica em nosso direito, *"o art. 5º da CF de 1988 é um outro nome normativo da segurança jurídica, todo ele o é. E*

nenhum dispositivo isolado seu. Mas a segurança jurídica é, também ela, um instrumento de justiça."[7]. Além disso, nas hipóteses em que o direito autoriza a rescisão da coisa julgada, ele não o faz contra a segurança, mas em favor da segurança, a fim de que, por exemplo, a decisão judicial constituída com base em um laudo que falseou a realidade dos fatos seja desconstituída (FERRAZ JR., 2005: p. 271).

Outrossim, a "justiça" é critério bastante vago e mesmo perigoso para servir de parâmetro para a relativização da coisa julgada. Ressalte-se que será sempre uma nova decisão judicial que desconstituirá a decisão reputada "injusta". Assim, diante da subjetividade de "justiça", a parte vencida no processo poderá sempre argumentar que a nova decisão também será injusta e, portanto, passível de revisão. Logo, cada decisão passa ser contrastada com o valor "justiça"[8].

Ocorre que muito já foi escrito sobre o tema "justiça" e esta parece ser uma discussão interminável. O grau de subjetivismo na formulação de seu conceito é tão acentuado que acaba se tornando um parâmetro imprestável para servir de controle da coisa julgada. Pior ainda quando se fala em "grave injustiça", pois, como se não bastasse a dificuldade na construção de um conceito racional de "justiça", ainda seria necessário precisar a sua "intensidade" para fins de saber o que é a "leve" ou "média" injustiça.

A dificuldade é redobrada na medida em que se percebe que a sociedade contemporânea é marcada por um elevado grau de complexidade, albergando valores muito heterogêneos e contraditórios entre si. Diante de um pluralismo axiológico, torna-se tarefa árdua, senão impossível, oferecer uma concepção de "justiça" e supor que ela corresponde ao que os demais indivíduos entendem como justo, ou seja, que a idéia de "justo" para um, pode ser generalizada para os demais. Seguindo essa linha de pensamento, as propostas de uma fórmula de "justiça", pautadas em um subjetivismo irracional apenas, podem assumir inclusive um perfil autoritarista, ao sobrepor uma noção de "justiça" às demais noções seguidas pelos outros indivíduos.

Cumpre observar que o que se disse anteriormente não significa uma crítica à utilização de valores no campo do direito. Aliás, assumir esta posição seria se opor ao curso da história, haja vista que uma das principais

---

[7] O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In.: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, p.03, disponível no site www.direitopublico.com.br.

[8] Interessante a observação de Ovídio Baptista (2004: p. 108), ao ressaltar mais uma falha na tese dos autores a favor da relativização da coisa julgada: "(...)outro equívoco consiste na ilusão de que a sentença, ao destruir a coisa julgada 'abusivamente' formada, ou a sentença que seja, aos olhos do litigante inconformado com o seu resultado, 'ilegal', ou enfim que contenha 'injustiça', possam tornar-se - em virtude uma milagrosa intangibilidade renascida – protegida pela coisa julgada que a segunda sentença acabara de destruir, de modo que elas próprias se tornassem inimpugnáveis a novos ataques. A coisa julgada cederia à injustiça na primeira sentença, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos. A injustiça destruiria a 'primeira coisa julgada', mas a sentença que a reconhecesse seria, *ipso iure*, justa e não abusiva! Porém qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta 'segunda coisa julgada'? (...) Por ventura, a coisa julgada...?"

características do constitucionalismo do séc. XX, especialmente a partir do segundo pós-guerra, é a ampla inserção e o reconhecimento da normatividade dos valores nos textos constitucionais, sob a forma de princípios jurídicos[9]. Pois bem, a objeção se dirige ao *modo* como os autores que defendem a tese da flexibilização utilizam a "justiça" como premissa para tomada de decisão para a desconstituição da coisa julgada. Seu uso consiste em um verdadeiro apelo, mera exortação, sem a menor objetividade possível na elucidação e justificação de seu conteúdo. Parte-se de um silogismo em que a premissa maior consiste em *"a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada".* Logo, se certa decisão causa (grave) injustiça, apesar de acobertada pela garantia constitucional da coisa julgada, ela deve ser anulada. O problema, mais uma vez, é dizer o que é "justiça", ou seja, a justificação da própria premissa que apóia o raciocínio. Referindo-se à ausência de justificação das premissas na aplicação do direito, observa Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994: p. 315):

> *"Já Aristóteles, afinal, notara que, se era fácil relativamente identificar a premissa maior – o princípio ético vinculante para o comportamento: a justiça deve ser respeitada – era extremamente difícil justificar e aceitar que o conflito descrito na premissa menor (a ação x é injusta) constituísse um caso particular contido na generalidade da premissa maior. Ou seja, a aceitação geral de que a ação x é injusta e, portanto, deve ser rejeitada. É preciso dizer o que é a justiça e provar que a ação x é um caso de ação injusta. Eis o problema da subsunção".*

Dessa forma, a utilização do valor "justiça" no debate sobre relativização da coisa julgada visa mais propriamente à persuasão do "auditório" do que oferecer um critério minimamente racional e objetivo para a desconstituição do julgado[10]. De fato, uma das características dos valores, dentre os quais certamente se encontra a justiça, é o fato de eles serem altamente agregadores de consenso. Dificilmente alguém se oporia à idéia de que viver com "segurança", "paz" e "harmonia" é um objetivo "justo". Porém, as controvérsias poderiam surgir se uns sustentassem que deveria ser proibida a venda de armas de fogo aos cidadãos civis como forma de manter a sociedade segura e em paz, e outros, por outro lado, que, em razão da ineficiência do Estado na proteção dos indivíduos, deveria ser assegurado a estes o direito a comprar armas de fogo como meio de igualmente preservar sua segurança contra criminosos. Em outras palavras, com base nos mesmos valores, é possível respaldar opiniões diametralmente opostas. Assim, quanto mais abstrato o discurso empreendido, maior a tendência ao consenso, e, quanto mais concreto, maior o dissenso. Por essa razão, a utilização do valor "justiça"

[9] Sobre a importância dos princípios constitucionais na adaptação das Constituições às transformações sociais, cf. LEITE; LEITE: 2003, pp. 155 e ss.

[10] Nota-se que nem mesmo os defensores da tese da relativização da coisa julgada oferecem um conceito operacional de "justiça", com base no qual a decisão judicial fosse avaliada.

pelos defensores da tese da relativização ostenta a natureza de um expediente de retórica, com a finalidade precípua de conferir "legitimidade" à tese por eles sustentada e, com isso, receber grande número de adeptos. Por outro lado, é insatisfatória enquanto critério para tomada de decisão.

Conseqüentemente, perante a referida dificuldade conceitual, a idéia de "justiça" acaba se reduzindo a um intuicionismo individual, propiciando um quadro de despotismo judicial. De fato, na medida em que a coisa julgada seria desconstituída com base nesse conceito ideal e pouco preciso de "justiça", na prática, a noção de "justiça" prevalecente seria a do julgador, isto é, uma concepção de "justiça" segundo sua própria ordem de valores, o que gera graves riscos à sua inerente submissão à ordem jurídico-positiva. Por via de conseqüência, a idéia de uma interpretação jurídica pautada em uma argumentação racionalmente controlável é substituída por uma forma de decisionismo e arbitrariedade judiciais.

Neste caminhar, a tese da flexibilização que toma a "justiça" ou "injustiça" da decisão como parâmetro para a relativização da coisa julgada pode conduzir à perpetuação das discussões judiciais com o inevitável aniquilamento da garantia constitucional da coisa julgada. Em síntese, a busca pela decisão "justa" poderia se arrastar "*ad eternum*" com o conseqüente esvaziamento normativo da garantia constitucional[11].

2.4 PONDERAÇÃO DE VALORES ABSOLUTOS?

Outro argumento invocado em prol da flexibilização da coisa julgada também consiste em um suposto resultado de uma ponderação de valores, em que a segurança jurídica teria cedido diante dos "valores absolutos" da legalidade, moralidade e, mais uma vez, da justiça[12]. Embora se reconheça a diferença entre princípios jurídicos e valores[13], o método da ponderação

[11]Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira (2005: p. 100), pontua: "Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redunda em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto: mal comparando, algo como uma sinfonia não apenas *inacabada*, como a de Schubert, mas *inacabável* – e bem menos bela.". Cf. também Luiz Guilherme Maninoni (Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material, p. 02. Disponível no site www.professormarinoni.com.br, acesso em agosto de 2005.) segundo o qual, "(...) a falta de critérios seguros e racionais para a 'relativização' da coisa julgada material, pode, na verdade, conduzir à sua '*desconsideração*', estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça.".

[12]É o que afirma José Augusto Delgado (2002: p. 96) "Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica".

[13]O que separa os valores dos princípios jurídicos é o caráter axiológico dos primeiros e o caráter deontológico dos segundos. Assim, o modelo de um valor é "*x é melhor*", enquanto que o de um princípio é "*x é devido*". Cf. ALEXY, 1997: p. 147.

aplicado à ponderação de princípios é idêntico ao da ponderação de valores[14]. Além disso, esta ponderação teria sido realizada através do "super-princípio da proporcionalidade" (DELGADO, 2002: p. 113). Não será feita aqui uma abordagem sobre a teoria dos princípios, nem sobre as questões atinentes ao princípio da proporcionalidade. O intuito é demonstrar o problema em se falar de ponderação de princípios (ou valores) absolutos.

No cenário jurídico contemporâneo, a abordagem de problemas ligados à colisão de princípios passa pela referência obrigatória a dois autores: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Suas teses, como se sabe, foram amplamente difundidas no Brasil, sendo objeto de debates sob várias perspectivas. Limitar-nos-emos a expor, sucintamente, como estes autores compreendem a colisão de princípios.

Partindo da premissa de que regras e princípios são espécies de "normas jurídicas", para Dworkin (1997: p. 77) os princípios apresentam uma dimensão que falta nas regras, qual seja, a dimensão do *peso* ou da *importância*. Assim, os princípios não têm a pretensão de delimitar exaustivamente as condições em que serão aplicados. Na verdade, eles apontam uma direção, que deverá ser apreciada no caso concreto à luz do peso relativo dos princípios envolvidos. Dessa forma, ainda que presentes as condições estabelecidas para a aplicação de um princípio, isso não significa que ele deverá ser definitivamente aplicado, pois poderá haver outros princípios incidentes na mesma situação, porém acenando para uma decisão oposta da inicial, de modo que será necessário avaliar o *peso* de cada princípio envolvido, a fim determinar qual deles será aplicado. A determinação da importância de cada princípio só poderá ser feita à luz da situação concreta que reclama uma solução, exigindo do aplicador um verdadeiro exercício de sopesamento entre os princípios concorrentes no caso específico. Saliente-se que não se trata de simples *escolha*, mas sim de um ato de decisão vinculado às variáveis fáticas do caso, com o escopo de encontrar a solução mais adequada.

Robert Alexy assume a mesma premissa de Dworkin, ou seja, que regras e princípios são espécies de normas jurídicas, mas ele avança em suas especulações construindo o conceito de *mandamentos de otimização*. Segundo Alexy (1997: p. 86), a diferença entre esses dois tipos de normas é de índole *qualitativa*. Os princípios, sustenta ele, são normas que impõem que algo seja realizado na maior medida do possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Daí ele afirmar que os princípios são *mandamentos de*

[14]"Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre si en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de princípios y de una ponderación de princípios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden ser reformaluados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin perdida de contenido." (ALEXY, 1997: p. 138)

otimização, uma vez que podem ser cumpridos em diversos graus a depender das referidas possibilidades fático-jurídicas.

Na colisão de princípios, a decisão por um deles não elimina o outro. Muito pelo contrário, é dever do aplicador auferir a máxima efetividade dos princípios em questão (daí serem *mandamentos de otimização*), de modo a restringir apenas o estritamente necessário para salvaguardar um bem jurídico que, no caso específico, carece de maior proteção. Contudo, mesmo o princípio que foi afastado naquela situação específica continuará vigente e eficaz na ordem normativa, vinculando condutas positiva e negativamente. Assim, mudadas as circunstâncias do caso concreto e estando os mesmos princípios envolvidos no conflito, aquele que teve que ser afastado no primeiro caso poderá prevalecer nessa nova situação, porque houve alterações nos elementos constitutivos do caso concreto (ALEXY, 1997, p. 89)[15]. Isso evidencia, mais uma vez, que aplicação de um princípio não bane o outro princípio com ele conflitante do sistema jurídico[16]. Ambos permanecerão no ordenamento jurídico desencadeando seus efeitos jurídicos regularmente.

Diante destas noções, verifica-se uma contradição ao se referir a uma "ponderação" de valores absolutos, pois o sopesamento entre eles pressupõe exatamente o seu caráter relativo e sua convivência conflitual. Em outras palavras, por não serem absolutos é que os princípios podem ser ponderados. Admitir, portanto, que certos princípios são absolutos importa em suprimir o método da ponderação na solução de colisão de normas principiológicas, pois sempre que houver um eventual conflito, os princípios absolutos hão de prevalecer invariavelmente. Não haveria sopesamento a partir das circunstâncias fáticas. Vale ressaltar que a "prevalência" de um princípio sobre o outro *no caso concreto* não é o mesmo que considerá-lo "absoluto" sobre a outra norma principiológica que foi afastada nesta situação.

A rigor, tratar um princípio como sendo absoluto tem como conseqüência a sua conversão em "regra", submetendo-o ao método do "tudo ou nada". Por outro lado, a prevalência de um princípio em determinada situação decorre de

[15]Salienta Alexy que, na resolução de colisão de princípios e tendo em conta as variáveis da situação, estabelece-se entre eles uma *relação de precedência condicionada*. Para ele, "La determinación de la relación de precedência condicionada consiste em que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales um principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedência puede ser solucionada inversamente.". (1997: p. 92.).

[16]Apenas a título de ilustração, vale lembrar o caso ocorrido na Alemanha. Tratava-se um indivíduo condenado à pena de prisão por assassinato de sentinelas em um quartel militar. Quando estava prestes a cumprir a pena, tomou conhecimento que um canal de televisão pretendia transmitir um documentário sobre aquele crime. Em um primeiro momento, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu a tensão entre a "proteção da personalidade" (P1) e a "liberdade de informação" (P2), princípios com a mesma posição hierárquica. Em um segundo momento, o Tribunal adotou a posição no sentido de que, no caso de "informação atual sobre fatos delitivos" (C1), haveria uma precedência genérica da liberdade de informação sobre a proteção da personalidade. Porém, em um terceiro e definitivo momento, o Tribunal decidiu que "em caso de repetição de uma informação de um delito grave, que não responde aos interesses atuais de informação" (C2), a proteção da personalidade tem precedência. Daí decidiu pela não exibição do filme por comprometer a ressocialização do indivíduo.

seu maior *peso neste caso específico* e não de uma superposição abstrata e anteriormente estabelecida. Tanto assim que, como se disse, alteradas as variáveis do caso concreto, o princípio que prevaleceu em um primeiro momento poderá ceder em um segundo instante, o que afasta seu caráter absoluto.

Poder-se-ia até compreender a opção de considerar certos princípios absolutos em nossa ordem jurídica. O que se questiona é que, se são absolutos, não podem ser "ponderados". Ser princípio absoluto é algo que não se coaduna com o método da ponderação, referido expressamente pelos autores para flexibilizar a coisa julgada.

> ***É importante destacar que a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy não toma em conta o maior ou menor grau de fundamentalidade que determinado princípio representa para sistema. O princípio pode até ser um mandamento nuclear do sistema, um de seus pilares, mas também poder não o ser, pois o que caracteriza a norma como sendo um princípio é a sua estrutura e forma de aplicação (mandamentos de otimização) e não sua fundamentalidade (Cf. SILVA: 2003, p. 613). Dessa forma, algumas normas que, pela sua fundamentalidade, são consideradas princípios, tais como legalidade, irretroatividade das leis, são, na concepção de Alexy, regras jurídicas, pois não encerram mandamentos de otimização e sim deveres definitivos. Para exemplificar, suponha que certo tributo é criado por decreto do Chefe do Executivo federal, quando, pela regra da legalidade em seara tributária, a exação deveria ser instituída mediante lei em sentido estrito (lei ordinária ou complementar, conforme caso). Assim, ou o tributo foi criado por lei em sentido estrito, sendo, portanto, válido, ou foi criado através de outro veículo normativo, pelo que será inválido. Não há meio-termo.***
>
> ***Do mesmo modo, a regra da anterioridade tributária exige que o tributo seja cobrado no exercício financeiro seguinte àquele em que foi instituído por lei, nem mais, nem menos[17]. Não existe um meio-termo: ou a lei tributária produz efeitos no mesmo exercício financeiro em que foi criada, hipótese em que a anterioridade foi violada; ou ela apenas produz efeitos no exercício seguinte, hipótese em que foi respeitada. É neste sentido que a anterioridade é uma regra jurídica, pois impõe um dever definitivo e não um dever apenas prima facie.***

Outrossim, e apesar de todas as considerações feitas acima, supondo que a ponderação poderia ter sido realizada para flexibilizar a coisa julgada, não se demonstrou *como* ela foi feita, isto é, não foi revelado o *caminho*

[17] Salvo as exceções constitucionalmente previstas no art. 150, VI, "d", § 1º.

seguido para concluir pelo afastamento do princípio da segurança jurídica, o que resultaria na desejada flexibilização.

De certo que o princípio proporcionalidade[18] tem sido empregado exatamente para conferir certa racionalidade à ponderação, especialmente com o manejo de seus três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com isso, tenta-se diminuir o grau de subjetivismo do intérprete e tornar o resultado da ponderação mais controlável[19]. No entanto, na defesa pela flexibilização da coisa julgada, faz-se uma mera alusão ao "super-princípio" da proporcionalidade, sem justificar, por via de uma argumentação jurídica racional, o afastamento da segurança jurídica como conclusão da ponderação realizada. Não se verifica a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, mas tão-somente uma referência abstrata a ele, o que revela sua utilização simplesmente retórica pelos autores.

Em síntese, apenas se destaca qual o *resultado* da ponderação (afastamento da segurança jurídica e conseqüente flexibilização da coisa julgada), sem expor o raciocínio que conduziu a esta conclusão[20].

Pelo exposto, crê-se que, na defesa da relativização da coisa julgada, a utilização desses referenciais teóricos os reduz a lugares comuns na retórica por eles sustentada.

[18] Não discutiremos aqui a natureza do "princípio da proporcionalidade" e sua identidade ou não com o "princípio da razoabilidade". Pretende-se apenas apontar a forma como os defensores da tese da flexibilização têm aplicado o referido princípio.

[19] É exatamente a partir da proporcionalidade que Alexy tenta refutar as críticas de Habermas quando este afirma que a ponderação é um método irracional e que acarreta desqualificação normativa dos direitos fundamentais. Para as respostas de Alexy a Habermas, Constitutional rights, balancing and rationality. In.: *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2003.

[20] Crítica semelhante tem sido dirigida à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2002: p.31) "O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula '*á luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*', o ato deve ser considerado inconstitucional.(...)Apesar de salientar a importância da proporcionalidade ´para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais´, o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. (...) Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle de constitucionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.".

3.0 SOLUÇÕES POSSÍVEIS DO DIREITO BRASILEIRO PARA OS CASOS DE "FLEXIBILIZAÇÃO" DA COISA JULGADA

3.1 HERMENÊUTICA ACERCA DO TERMO INICIAL DO PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA.

Discussão bastante complexa diz respeito ao prazo decadencial de 2 anos para a ação rescisória (art. 495, CPC). Como foi visto acima, nos casos em que há uma decisão causadora de "grave injustiça", os autores defendem que não há que se falar em prazo da ação rescisória, de modo que esta ação pode ser ajuizada a qualquer tempo. Crê-se não ser possível desconsiderar pura e simplesmente este prazo, como se ele sequer existisse em nosso ordenamento. Além de se tratar de uma interpretação não autorizada pelo sistema jurídico, pois esta exegese se contrapõe por completo ao texto normativo, funda-se em premissas controversas, o que já foi discutido nos tópicos anteriores.

Porém, é de se indagar se, por exemplo, descoberto documento novo (art. 485, inc. VII, do CPC), após os 2 anos do trânsito em julgado da decisão, capaz de alterar a decisão judicial a favor da partida vencida na lide, seria possível desconstituir o julgado através de ação rescisória? De acordo com a literalidade do enunciado normativo do art. 495 do Código de Processo Civil, pelo qual *"o direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão",* a resposta seria negativa. Assim, a ação rescisória não poderia ser manejada.

Defende-se a idéia de que, nem sempre, o termo inicial do prazo da ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado da decisão. É que se trata de um prazo decadencial que, por definição, diz respeito ao exercício de um direito. Para que este direito possa ser exercitado pelo seu titular, mister se faz que este atenda aos requisitos previstos pelo próprio sistema jurídico. Então, uma vez preenchidos tais requisitos, é que o titular pode efetivamente usufruir seu direito assegurado juridicamente. Mas, ao mesmo tempo, abre-se contra este titular o prazo decadencial. Assim, a decadência atinge o próprio direito em virtude da inércia de seu titular, que não exerceu seu direito no prazo estabelecido em lei. É pelo não-exercício do direito no prazo legalmente estabelecido que a própria ordem jurídica cuida de fulminá-lo, por força do desinteresse da parte.

Pois bem, no caso acima, o que autoriza a parte a ajuizar a ação rescisória é o *documento novo*. Apenas a partir do instante em que ele se apossa deste documento é que emerge o direito à rescisão da sentença. Dessa forma, e nisto consiste a presente proposta hermenêutica, o termo inicial da ação rescisória é o preenchimento dos pressupostos para o exercício do direito que, no caso utilizado como exemplo, consiste no conhecimento do documento novo que afeta substancialmente o conteúdo da decisão, e não o simples trânsito em julgado da sentença. Sem este documento, a parte sequer tem direito ao ajuizamento da ação rescisória. Logo, não se poderia iniciar a

contagem de prazo antes deste documento, pela simples razão de que não se pode extinguir aquilo que ainda não existe.[21]

Crê-se que esta interpretação se ajusta com a própria teleologia do instrumento rescisório, pois não haveria como desconstituir uma decisão judicial se não houvesse um motivo ou razão para tanto (documento novo). Como bem observa Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2005: p. 274), as hipóteses previstas para a ação rescisória apontam *defeitos* no ato de julgar. Trata-se de situações em que houve *error in judicandum*. Pela rescisória se discute *o modo* pelo qual se formou o juízo acerca dos fatos e do direito, ou seja, o problema está na própria formação do juízo (FERRAZ JR., 2005: p. 274). Portanto, apenas quando se toma conhecimento de tais erros é que a parte tem condições para se valer da ação rescisória.

Além disso, conclusão idêntica pode ser extraída a partir de uma interpretação sistemática que considere as chamadas "condições da ação". É sempre oportuno rememorar que *"não se interpreta o direito em tiras"*[22]. Com efeito, sabe-se que uma das condições da ação, em nosso direito, é a existência do interesse de agir (art. 3º do CPC). Por "interesse de agir" compreende-se a *necessidade* de se buscar a tutela jurisdicional, a fim de obter uma resposta quanto ao direito a certa pretensão. Isto porque, como afirma Humberto Theodoro Jr. (2002: p. 52), *"o processo jamais seria utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica".* Deste modo, sem o mencionado documento novo, não haveria sequer interesse de agir para a parte, pois ela não disporia de novos elementos para a desconstituição da sentença.

Mas, ressalte-se, o termo inicial do prazo da ação rescisória também pode ser o próprio trânsito em julgado da decisão, bastando que neste momento já possa ser exercido o direito pelo seu titular. É o que ocorre na

[21] Neste sentido, observam Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003: pp. 204 e ss):"Parece-nos possível sustentar-se, de lege lata, que, em alguns casos, o prazo do art. 495 do CPC não começaria a correr do trânsito em julgado da decisão rescindenda. É ilógico e injurídico que um prazo corra contra alguém, sem que seja possível, juridicamente, que este alguém tome alguma providência. É impensável que corra um prazo extintivo de direito contra o seu titular, sem que este tenha ciência da lesão. Ou antes mesmo da lesão ocorrer.(...) Afirma o referido preceito legal (art. 495 do CPC) que 'o direito (...) se extingue em 2 (dois) anos'. Ora, parece curial que não se extingue direito que sequer tenha nascido. A interpretação adequada desse dispositivo legal, assim, parece exigir que, antes, surja o elemento suficiente para o ajuizamento da ação para, só depois, se permitir a fruição do prazo para o seu exercício. (...) Não fosse assim, as hipóteses referidas nos incs. VI e VII do art. 485 somente incidiriam se o autor da ação rescisória, por sorte, obtivesse sentença proferida em processo criminal ou um documento novo dentro do prazo de dois anos, o que nem sempre é possível. (...) As conclusões a que chegamos podem em nosso sentir, ser extraídas do próprio sistema hoje existente. Todavia, ante a relevância do tema, ideal seria que o legislador as incorporasse, já que são inteiramente harmônicas com o sistema e com as aspirações que levaram ao 'movimento' da 'relativização' da coisa julgada.. Cf., também, MARINONI, Luiz Guilherme. "Sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material", p. 18. Disponível no site www.professormarinoni.com.br, acesso em agosto de 2005.

[22] Segundo Eros Grau (2005, p. 40) "Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. (...) Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.".

hipótese de violação à literal disposição de lei (art. 485, inc. V, do CPC)[23]. A partir do trânsito em julgado da sentença, já é possível identificar se houve ou não violação à literal dispositivo de lei. Então, aqui, por se tratar de uma questão exclusivamente jurídica, o prazo começa a fluir do trânsito em julgado da decisão.

A partir deste entendimento acerca do termo inicial do prazo da ação rescisória, diversas situações invocadas para apoiar a necessidade da flexibilização da coisa julgada poderiam ser resolvidas. É o caso, antes mencionado, da desapropriação indireta promovida pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em que se descobriu, posteriormente, que a área desapropriada já lhe pertencia. Pois bem, nesse caso, a sentença se fundou em um erro de fato que só foi constatado através de documento novo que certificou que o Estado de São Paulo era mesmo o proprietário da área. Assim, e seguindo a exegese referida, a contagem para ação rescisória só iniciaria a partir do conhecimento deste documento novo. Além disso, vale ressaltar que, como o objetivo maior, neste caso, era evitar prejuízos ao erário público, em razão do pagamento indevido de indenizações a terceiros, se comprovada a prática de ilícito por algum agente público que tiver concorrido para esta desapropriação desnecessária, é possível responsabilizá-lo para ressarcir a Fazenda Pública. E esta ação é, por expressa disposição constitucional, imprescritível (art. 37, § 5º).

Portanto, crê-se que apenas com a realização dos pressupostos necessários ao exercício do direito, é que se inicia a contagem do prazo decadencial da ação rescisória, o que nem sempre coincide com o trânsito em julgado da sentença. Logo, sustenta-se uma interprtação restritiva acerca do termo inicial da decadência para a ação rescisória.

3.2 EXAME DE DNA E INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Um caso que sempre impulsiona a tese a favor da flexibilização da coisa julgada consiste na hipótese de um exame de DNA capaz de inverter o resultado de uma decisão proferida em uma ação de investigação de paternidade. Assim, após o trânsito em julgado da decisão e decorridos os 2 anos para o ajuizamento da rescisória, descobre-se, através do referido exame, que o vínculo familiar anteriormente reconhecido em sentença, a rigor, não existia.

Para tais casos, poder-se-ia aplicar o art. 485, inciso VII, do CPC, pelo qual se permite utilizar a ação rescisória quando o autor obtém “documento novo”, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Então, o laudo do exame de DNA seria enquadrado no conceito de “documento novo” para fins de ação

[23] Voltaremos a discutir este ponto mais adiante, ressaltando que esta hipótese também abarca a violação à Constituição.

rescisória. Partindo-se da premissa anteriormente lançada, o prazo para a ação rescisória apenas começaria a correr quando da ciência deste "documento novo", e não do mero trânsito em julgado da sentença.

Apesar de se admitir, em tese, esta via, crê-se que, nesta hipótese, a situação é um tanto peculiar, uma vez que envolve direitos de personalidade, abarcados pelo conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). Cuida-se do direito fundamental à filiação, ou seja, ao conhecimento da verdade acerca da paternidade do indivíduo. Tanto é assim que o legislador, ao atuar como concretizador da Constituição, expressamente estabeleceu que *"O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer tempo contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."* (art. 27 da Lei n. 8069/90). (destaque nosso). Por tais razões, é que as ações de filiação não se submetem a quaisquer prazos, por força, a toda evidência, da natureza do próprio direito em discussão[24].

Portanto, também para as situações em que se discute relações de filiação, o próprio direito positivo brasileiro oferece as soluções adequadas, não havendo a necessidade em se sustentar uma maior relativização da coisa julgada com base nos critérios utilizados pelos seus propugnadores.

3.3 COISA JULGADA FRENTE À CONSTITUIÇÃO

Em apoio à relativização da coisa julgada, costuma-se invocar o magistério de Paulo Otero, professor português. Ao tratar da necessidade de submeter as decisões judiciais a um controle de constitucionalidade, afirma o autor que a exclusão de qualquer exame desta natureza representa inverter a regra de subordinação dos Tribunais à Constituição ou, quando muito, conferir-lhe um alcance limitado de mero dever jurídico imperfeito. Assim, conclui que, a inexistência de um controle das decisões judiciais significa *"proclamar como divisa do Estado de Direito a seguinte ideia: todos os poderes públicos constituídos são iguais, porém, o poder judicial é mais igual que os outros."* (OTERO, 2003: p. 36). No entanto, é mister indagar: será que as decisões judiciais estão, no

[24] Tais especificidades também foram referidas pelo STF. No RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, o Tribunal assim entendeu que:"A Lei 8.560/92 expressamente assegurou ao *Parquet*, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, *a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação*. Dele decorrem *direitos da personalidade* e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai." (...)"A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. *Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação* (CF, artigos 226, §§ 3º , 4º , 5º e 7º ; 227, § 6º)." (destaque nosso).

direito brasileiro, à margem de qualquer controle perante o texto constitucional, especialmente após seu trânsito em julgado?

Antes do seu trânsito em julgado, as decisões judiciais são objeto de inúmeros recursos através dos quais elas são avaliadas sob várias perspectivas, ou seja, já existe um controle que se estabelece no próprio desenrolar do processo judicial pelas instâncias revisoras. De certo que as instâncias revisoras estão habilitadas, senão obrigadas, a promover um exame da decisão judicial a partir de sua adequação com as normas constitucionais. No entanto, poder-se-ia argumentar no sentido de que tais decisões judiciais nem sempre são apreciadas sob o prisma de sua legitimidade constitucional. Ocorre que o próprio sistema jurídico disponibiliza um instrumento através do qual as decisões judiciais são contrastadas diretamente com a Constituição. Trata-se do conhecido recurso extraordinário, previsto no art. 102, inc. III da Constituição Federal[25]. Portanto, além do controle efetuado pelas demais instâncias revisoras, a decisão judicial ainda pode ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal no que tange à sua conformidade com a Constituição. Este breve olhar no direito positivo brasileiro já teria o condão de afastar as observações feitas pelo autor lusitano, pois as decisões judiciais, no ordenamento pátrio, sofrem sim controles constantes quanto à sua validade perante a Constituição.

Porém, além disso, este controle perante o texto constitucional pode ser feito inclusive após o trânsito em julgado da decisão judicial. Como se sabe, uma das hipóteses para o ajuizamento da ação rescisória é aquela em que a decisão ofende literal disposição de *lei* (art. 485, V, do CPC). Tem-se entendido que o termo "lei" compreende inclusive a Constituição[26]. Dessa forma, a ação rescisória se afigura como mais um instrumento para impugnar uma decisão judicial que atente contra a Constituição.

Portanto, fora os recursos em geral que permitem um controle das decisões frente à Constituição, ainda existem o recurso extraordinário e a ação rescisória como formas específicas para este desiderato. Deste modo, são preservadas as idéias de supremacia e força normativa da Constituição.

Diante deste quadro de possibilidades para se questionar a legitimidade constitucional das decisões judiciais, inclusive quando transitadas em julgado, considera-se improcedente a afirmação segundo a qual tais decisões não se submetem a um controle perante o texto da Constituição. Por isso, crê-se que a defesa por uma maior flexibilização da coisa julgada se apóia, neste particular, em uma tentativa de encontrar a "resposta correta" ou a "mais acertada" para o caso concreto.

---

[25]Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição

[26]Neste sentido, MOREIRA, 2005: p. 103; WAMBIER; MEDINA, 2003: p. 39.

Entretanto, para afastar a tese da resposta correta, vale ressaltar que a decisão judicial é resultado de um processo complexo de interpretação jurídica. Parte-se da distinção hoje assente na doutrina entre "texto" ou "enunciado" da norma e norma propriamente dita[27]. Nessa linha de raciocínio, a norma jurídica (no caso, a decisão judicial) é fruto da interpretação levada a cabo a partir do texto normativo, ou seja, é a significação atribuída pelo intérprete ao enunciado prescritivo.

No entanto, uma vez que a linguagem dos enunciados constitucionais é marcada por um elevado grau de plurivocidade semântica, particularmente no que tange aos princípios jurídicos, eles comportam diversas possibilidades hermenêuticas. Assim, é possível atribuir significações diferentes ao mesmo enunciado constitucional, bastando que o intérprete compreenda de forma distinta os signos que integram este mesmo enunciado. Isso equivale a dizer, em última análise, que, tomando por base o mesmo texto de direito positivo constitucional, podem surgir várias normas jurídicas, isto é, essas normas se apresentam como alternativas semanticamente possíveis (AARNIO, 1990: p. 23). Por isso que a interpretação não é apenas um ato cognitivo, mas também um ato volitivo, pois cabe ao intérprete escolher umas das possíveis exegeses que o enunciado comporta.

A partir dessas premissas, fica claro, então, que não há que se falar da "resposta correta" ou da "decisão correta" para o caso concreto, pois ela será apenas uma "resposta possível" dentre outras que poderiam ser igualmente adotadas[28].

Aplicando tais noções na discussão objeto deste estudo, entende-se que a persistência pela busca da solução correta para caso concreto, subtraindo inclusive o prazo decadencial da ação rescisória, pode conduzir, na verdade, não à mera relativização da coisa julgada, mas sim à sua total desconsideração. Isto porque, como se afirmou antes, será sempre uma nova decisão judicial que reconhecerá que a decisão anterior ofendia à Constituição. Em outras palavras, será uma nova interpretação sobre os enunciados constitucionais, marcadamente abertos e imprecisos, que irá prevalecer sobre a interpretação anterior já consolidada. Assim, com as constantes modificações sobre a "verdadeira" interpretação constitucional, este processo tenderá ao infinito, com a inevitável quebra da garantia constitucional da coisa julgada.

---

[27] Concebendo a diferença entre "texto" e "norma", tomando esta como o resultado da interpretação do texto: CANOTILHO, 2002: p. 1.204 e ss; MÜLLER, 2000: p. 53 e ss.; GRAU, 2002: p. 20., CARVALHO, 1999: pp. 18 e ss.

[28] Defendendo a idéia da única resposta correta (the one right answer), Dworkin apresenta o super-juiz Hércules que, em meio a valores morais, diretrizes, princípios e regras consegue "descobrir" a resposta correta para cada caso, inclusive para os "casos difíceis" (hard cases). Segundo Aarnio (1990: p.31), "Este juez (Hércules) lo sabe todo, dispone de tiempo ilimitado para tomar la decisión, su información sobre el caso y sobre los argumentos relevantes es ilimitada, es incluso capaz de hacer las elecciones mas difíciles y, esto es importante para imparcialidad, es capaz de cambiar su rol con otros sin ningún límite. Resumiendo: Hercules J. es uma persona ideal que opera en la situación ideal de habla que tiene como tarea tomar las 'mejores' deciosiones jurídicas 'posibles'.".

É por isto que se entende que a discussão acerca da adequação constitucional da decisão judicial transitada em julgado se submete ao prazo de 2 anos da ação rescisória, sob pena de esta garantia constitucional ser afetada em seu próprio núcleo essencial, vale dizer, na estabilização das relações sociais tratadas em Juízo.

4.0 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS TRASITADAS EM JULGADO.

Uma questão assaz importante diz a respeito à repercussão da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em sede de controle concentrado-abstrato pelo STF, sobre as decisões judiciais já transitadas em julgado que nela se fundaram. Considerando a expansão da doutrina da nulidade da lei inconstitucional em vários países, interessa discutir seu estágio atual, isto é, se ela se mantém em toda sua inteireza ou se houve temperamentos ao longo do tempo. O tratamento de tais questões é relevante para o presente trabalho, pois, caso se reconheça que ainda prevalece a doutrina da nulidade da norma inconstitucional ensejando uma eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, os atos que nela se pautaram, incluindo as decisões judiciais, não poderiam prevalecer, devendo ser desconstituídos.

Além disso, importa saber se o direito brasileiro, tal como sói ocorrer em outros ordenamentos estatais, conforme será visto, contempla uma regra geral que ressalva as decisões judiciais abrangidas pelo manto da coisa julgada dos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

4.1 A DOUTRINA DA NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E A COISA JULGADA

Como se sabe, ao longo da história constitucional, formaram-se dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade de normas: o norte-americano e o austríaco.

É no sistema norte-americano de jurisdição constitucional que surge e se consolida a doutrina da nulidade da norma inconstitucional. Nesse modelo, a norma incompatível com a Constituição é absolutamente nula e ineficaz desde sua origem, razão pela qual o juiz apenas reconhece o vício pré-existente, declarando sua inconstitucionalidade. Assim, sintetizando essa doutrina, diz-se que “the inconstitutional statute is not law at all”. Desse modo, a sanção atribuída ao vício de inconstitucionalidade é a nulidade da norma, incapacitando-a de produzir efeitos desde seu nascedouro.

Completamente diversa é a doutrina desenvolvida para o modelo austríaco de jurisdição constitucional, criado com a Constituição de 1920. De acordo com Hans Kelsen (1998: p. 230), idealizador desse modelo, a norma é válida e produz efeitos até que uma decisão venha considerá-la inconstitucional. Desse modo, a norma não é nula *ab initio*, mas apenas anulável, de sorte que a declaração de inconstitucionalidade contida na decisão só opera efeitos para o futuro, preservando-se, com isso, todos os efeitos emanados da norma até então[29]. De acordo com esse raciocínio, a pronúncia de inconstitucionalidade tem um caráter constitutivo, e não meramente declaratório, de modo que o órgão incumbido de fiscalizar a constitucionalidade das normas atua como uma espécie de "legislador negativo", apenas excluindo do sistema normativo a norma contrária à Constituição.

Com base na afirmação de Marshall de que a doutrina exposta em seu voto deve estar presente onde houver constituição escrita, Ruy Barbosa (1893: p. 47) também sustentou que "toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nulla." Assim, também no Brasil se adotou a tese norte-americana da nulidade da norma inconstitucional.

No entanto, discorda-se da idéia segundo a qual a norma inconstitucional não existe e, portanto, não produz efeitos jurídicos. Parte-se da distinção dos três planos de manifestação do ato jurídico, ou seja, existência, validade e eficácia[30]. A inconstitucionalidade, enquanto um vício ou um defeito na norma, supõe a existência desta. Para que uma norma possa ser reputada válida, faz-se mister que ela exista primeiramente. A validade se refere à regularidade da norma às normas superiores que presidem a sua produção. Nessa perspectiva, apenas se poderá falar em validade após se reconhecer a existência da norma, que é uma questão prévia. Assim, não há sentido discorrer sobre validade ou invalidade daquilo que não existe juridicamente. Dessa maneira, uma norma pode existir e ser válida, bem como existir e ser inválida, no caso de ser incompatível com as normas superiores do ordenamento jurídico.

[29] Em outro texto, Kelsen (2003: p. 308) é incisivo a esse respeito: "Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. (...) O ato somente é 'nulo' se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser 'nulo' significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para ser objeto de julgamento por uma autoridade."

[30] Kelsen confunde os planos da existência e da validade. Assim, dizer que uma norma existe e, portanto, pertence a um dado sistema normativo, significa que ela é válida, enquanto não vier a ser eliminada por outra norma.

Além disso, a norma pode não ser válida, por contrariar uma norma superior, e, não obstante, produzir efeitos jurídicos, pois esta aptidão não está condicionada à adequação da norma no sistema jurídico.[31]

Portanto, segue-se a linha daqueles que entendem que a norma, apesar de ser inconstitucional, portanto, inválida, produz efeitos jurídicos até que sobrevenha um ato determinando o estancamento de tais efeitos. Sob essa perspectiva, costuma-se indagar pela solução a ser oferecida no caso de uma norma que, tendo sido pacificamente aplicada por largo tempo, vem a ser declarada inconstitucional com efeitos retroativos (Cf. CAPPELLETTI, 1999: p. 123).

Na medida em que se reconhece que a norma inválida pode ser eficaz, a sanção de nulidade com o conseqüente efeito "ex tunc" da declaração de inconstitucionalidade implica a pulverização de todos os efeitos advindos da norma reputada inconstitucional. Mais concretamente, todos os atos praticados com base na norma inconstitucional deveriam ser desconstituídos por força da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Logo, isso acarretaria, por via de conseqüência, a eliminação de qualquer decisão judicial proferida com base em uma norma posteriormente declarada inconstitucional. Por outros torneios, as decisões judiciais, ainda que protegidas pela garantia da coisa julgada, deveriam ser eliminadas do mundo jurídico em razão da declaração de inconstitucionalidade, com efeito retroativo, da norma legal que lhes serviu de fundamento.

No entanto, apesar da forte expansão da referida doutrina americana em vários ordenamentos que acolhem a jurisdição constitucional, observa-se um certo temperamento no sentido de não se atribuir efeitos retroativos absolutos à decisão de inconstitucionalidade.

4.2 A ATENUAÇÃO DA DOUTRINA DA NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO.

O dogma da nulidade da norma inconstitucional, apesar de consubstanciar o modelo tradicional no direito brasileiro, também sofreu mitigações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na década de setenta, o então Min. Leitão de Abreu, preocupado com as situações fáticas consolidadas com respaldo na norma inconstitucional, advogou a tese da

[31] Neste sentido, TAVARES, 2002: p. 121. Embora utilize o termo "perfeição" em vez de "existência", igualmente é esta a linha seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1997: p. 234) referindo-se aos atos administrativos. Afirma o autor que o ato pode ser "perfeito, *inválido* e eficaz quando, concluído seu ciclo de formação e *apesar de não se achar conformado às exigências normativas*, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes. Em sentido oposto se posiciona Elival da Silva Ramos (1994: ppp. 11-12), para quem, quando a sanção à inconstitucionalidade é a nulidade, a incompatibilidade da norma com a Constituição (plano da validade) repercute na sua capacidade para produzir efeitos (plano da eficácia). Assim, na concepção do autor, uma norma inválida não produz efeitos jurídicos.

anulabilidade, tal como sustentava Kelsen[32]. Dessa forma, preservar-se-iam os efeitos oriundos da norma inconstitucional. Todavia, essa tentativa não logrou alterar a orientação do STF, que prosseguiu aplicando a tese da nulidade absoluta. No entanto, a intenção do Min. Leitão de Abreu era propor uma relativização do dogma da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade para que determinadas situações concretas, especialmente aquelas constituídas de boa-fé, não viessem a ser atingidas[33].

Mas a partir da análise da jurisprudência do STF, é possível extrair algumas decisões em que certos efeitos emanados da norma declarada inconstitucional são salvaguardados. Assim, o STF reputou válidos atos praticados por oficial de justiça investido no cargo com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional.[34] Em outra decisão, o STF entendeu não ser devida a restituição de remuneração paga a magistrados fundada em lei declarada inconstitucional no período em que sua legitimidade não foi questionada[35]. Desse modo, ao reconhecer a ilegitimidade da lei, vedou-se a continuação do pagamento naqueles termos, mas não determinou a devolução dos valores já auferidos.

Acompanhando a tendência da jurisdição constitucional exercida não só no próprio âmbito do STF quanto em outros países, no que diz respeito à graduação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, as leis federais 9.868/99 e 9.882/99 trouxeram importantes dispositivos que consagram a mitigação da doutrina da retroatividade absoluta. No que se refere ao primeiro diploma legal, trata-se do art. 27, que assim dispõe:

> *"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."*[36].

[32] Cf. RE 79.343, Rel. Min. Leitão de Abreu.

[33] No Brasil, C. A. Lúcio Bittencourt (1949: pp. 148-149) já alertava para o problema da desconstituição de todos os efeitos gerados pela norma inconstitucional, ao dizer que: "É manifesto, porém, que essa doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumàriamente, por simples obra de um decreto judiciário."

[34] Cf. RE 79.620, Rel. Min. Aliomar Baleeiro e RE 78.594, Rel Min. Bilac Pinto.

[35] Cf. RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezeck.

[36] Este art. 27 da lei n. 9.868/99 guarda inegável semelhança com o art. 282, n. 4 da Constituição portuguesa, que estabelece o seguinte. "Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2".

Em relação ao segundo diploma legal, cuida-se do art. 11, que estabelece:

> *"Ao declarar a 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."*

Estes enunciados normativos geram importantes conseqüências no que tange à preservação das decisões judiciais transitadas em julgado. De fato, os referidos dispositivos permitem que o órgão exercente do controle de constitucionalidade das leis adote três modelos de declaração de inconstitucionalidade. Ele pode (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.

Pela primeira possibilidade, ou seja, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, crê-se que o STF, por exemplo, poderia determinar a não incidência de sua decisão sobre as decisões judiciais transitadas em julgado que se fundaram na norma ilegítima. Neste caso, a despeito de a pronúncia de inconstitucionalidade possuir eficácia retroativa, ela não atingiria decisões judiciais protegidas pela garantia da coisa julgada. Nesta situação, o STF deverá deixar consignado em seu acórdão, de forma expressa, essa proteção conferida às decisões judiciais.

Na segunda hipótese, isto é, caso a declaração de inconstitucionalidade apenas tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, isto é, para o futuro ("ex nunc"), nenhum efeito anterior brotado da norma poderá ser desconstituído. Com isso, a decisão do STF, no que diz respeito à eficácia da norma, apenas impede que ela continue produzindo efeitos daquele momento em diante, mas não afeta os efeitos já emanados. Por essa razão, as decisões judiciais que se pautaram na norma enquanto ela ainda gozava da presunção de validade não serão atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

A terceira hipótese é similar à anterior. De fato, caso o STF determine que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia apenas a partir de um determinado instante que ele próprio fixar na sua decisão, os efeitos emanados da norma até este momento não serão afetados. Assim, por exemplo, suponha que determinada norma vigorou entre os anos de 1998 a 2005, quando o STF reconheceu 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 1998 a 2003 não seriam

desconstituídos. Logo, as decisões judiciais transitadas em julgado nesse ínterim não sofreriam o impacto da declaração de inconstitucionalidade da norma.

Percebe-se, pois, que as situações descritas acima consubstanciam uma espécie de campo de proteção contra eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Assim, os efeitos compreendidos por este escudo não serão atingidos pela decisão do STF, incluindo-se as decisões albergadas pela garantia da coisa julgada.

Nada obstante, cumpre ressaltar que a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permitida pelos referidos displomas legais, supõe o atendimento a "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social". Logo, no direito brasileiro, a regra geral continua sendo a da nulidade da norma inconstitucional com eficácia retroativa, porém mitigada em situações excepcionais.

Pode-se perceber que nos casos em que o STF modula os efeitos de sua decisão, ele é convocado a promover uma ponderação de valores, avaliando as circunstâncias fáticas de cada caso[37]. Essa ponderação exige do STF uma argumentação racional que demonstre a necessidade em se mitigar os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade, sob pena de converter este permissivo legal em mero capricho da Corte.

Portanto, uma vez demonstrada a prevalência da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF poderá atenuar o rigor da doutrina da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, protegendo, consoante as situações verificadas acima, as decisões judiciais fundadas na norma inconstitucional.

4.3 REGRA GERAL DE PROTEÇÃO DA COISA JULGADA: É POSSÍVEL NO BRASIL?

Alterando um pouco a problemática, importa aferir se, mesmo em não se mitigando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que significaria a retroatividade plena dessa decisão, seria possível resguardar as decisões já transitadas em julgado. Em outras palavras, resta indagar se a despeito da retroatividade plena da declaração de inconstitucionalidade, o que implicaria a anulação de todos os atos praticados com base na norma, as decisões protegidas pela coisa julgada seriam ou não atingidas pela pronúncia de inconstitucionalidade.

Diante dessa problemática, alguns ordenamentos jurídicos, apesar de terem adotado a doutrina americana tradicional da nulidade do ato

[37] Neste sentido, BARROSO, 2004, para quem o mencionado art. 27 cuida da "formalização de um mecanismo de ponderação de valores".

inconstitucional, prevêem ressalvas aos efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade.

Para os fins do presente trabalho, importa destacar as constituições espanhola e portuguesa, que põem expressamente a salvo da declaração de inconstitucionalidade as decisões judiciais acobertadas pelo manto da coisa julgada.

O texto constitucional espanhol, em seu art. 161, 1, a, estabelece que: *"La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada."* A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, por sua vez, alarga um pouco o dispositivo constitucional, permitindo a desconstituição da coisa julgada quando, da declaração de inconstitucionalidade da norma, resultar situação mais favorável ao réu condenado em processos penais ou em um contencioso administrativo-sancionador[38].

Adotando regra de teor semelhante, a Constituição portuguesa, a despeito de assumir claramente a tese da nulidade do ato inconstitucional, também confere uma proteção especial aos "casos julgados" que se apoiaram em normas cuja inconstitucionalidade veio a ser reconhecida posteriormente pelo Tribunal Constitucional deste país com "força obrigatória geral". Em um primeiro momento, dispõe a Constituição portuguesa, em seu art. 282, n.1, que *"A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado."* Mais adiante, no n. 3 do mesmo artigo, reconhece que "Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.". De acordo com Paulo Otero (2003: p. 90), este artigo encerra uma convalidação expressa das decisões judiciais transitadas em julgado, criando um "princípio geral" de que a declaração de inconstitucionalidade das leis não pode retroagir para atingi-las.

Percebe-se, pelo exposto, que tanto no direito espanhol quanto no direito português, suas constituições cuidaram de prever uma regra expressa de proteção à coisa julgada, servindo de barreira à declaração retroativa da inconstitucionalidade das normas.

O direito brasileiro, entretanto, não contemplou regra de teor semelhante. Mesmo assim, há na doutrina quem sustente a preservação da coisa julgada, apesar de fundada em norma posteriormente declarada

[38]Cuida-se do art. 40, 1 do mencionado diploma legal, pelo qual: "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad."

inconstitucional. Desde cedo asseverava C.A. Lúcio Bittencourt (1949: p. 147) que da mesma forma como as relações jurídicas constituídas de boa fé não são canceladas por força da declaração de inconstitucionalidade da lei que lhes serviu de fundamento, também a coisa soberanamente julgada não perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. Ocorre que mesmo nestas hipóteses é o próprio Tribunal que reconhece, topicamente, a necessidade de se preservar determinados efeitos.

Pode-se perceber que é exatamente esta ponderação que o art. 27 da Lei 9.868/99 e o art. 11 da Lei 9.882/99, que evidentemente não existiam na época em que o autor supra-citado expôs sua posição, autorizam o STF a atenuar, em certos casos, a doutrina da nulidade da norma inconstitucional. Todavia, cumpre reiterar que ainda vigora, como regra geral, a doutrina da nulidade do ato inconstitucional, apenas que, a partir de uma análise das situações concretas, pode o STF mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando-se alguns efeitos produzidos pela norma para atender a princípios como boa-fé e segurança jurídica, este último a ensejar a manutenção da decisões já transitadas em julgado.

Bastante interessante é a posição de Clèmerson Merlin Clève (2000: p. 253), segundo o qual "a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão de inconstitucionalidade. É necessário, porém, excluir dessa limitação a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma penal mais favorável, pois a revisão criminal pode ocorrer a qualquer tempo.". Verifica-se que o autor defende, em sede doutrinária, aquilo que está positivado, em sua idéia essencial, nos sistemas jurídicos espanhol e português, ou seja, a ressalva da coisa julgada em relação à declaração retroativa de inconstitucionalidade, salvo quando for para beneficiar o réu. Além do mais, a referida "ressalva", como o próprio nome está a indicar, configura uma situação excepcional, autorizada apenas em razão da previsão expressa do texto constitucional. Tanto é assim que mesmo na doutrina portuguesa, há quem advirta que se não existisse a norma constitucional que ressalva os "casos julgados" da declaração de inconstitucionalidade, eles certamente seriam atingidos pela eficácia retroativa desta decisão, já que a ordem constitucional lusitana também acolheu a doutrina americana da nulidade da lei inconstitucional[39].

Desse modo, crê-se que a não introdução de norma jurídica semelhante em nosso ordenamento se afigura como um limite hermenêutico que não pode ser olvidado. De fato, o sistema de jurisdição constitucional pátrio consagrou a doutrina da nulidade do ato inconstitucional com a conseqüente eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. É esta a regra geral. Mas, como visto acima, ela é mitigada especialmente pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99 e pelo art. 11 da Lei 9.882/99, que permitem a modulação ou restrição dos

[39] Esta é a opinião de Paulo Otero (2003: p. 84): "Se não houvesse a 1ª parte do n. 3, o caso julgado seria sempre destruído com a declaração de inconstitucionalidade da respectiva norma, daí que a declaração do Tribunal Constitucional assuma um efeito constitutivo ao ressalvar os casos julgados fundados em norma ainda não declarada inconstitucional com força obrigatória geral, à data da respectiva decisão judicial."

efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Portanto, considerando que ainda vige a doutrina da nulidade do ato inconstitucional, atenuada pelos referidos dispositivos legais, não há como se deduzir uma regra geral de proteção das decisões judiciais calcadas na lei inválida. A ressalva da coisa julgada deve se pautar nos citados art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882/99, com os requisitos que elas estabelecem, e não em uma "norma implícita" que criaria um autêntico escudo protetor em favor das sentenças transitadas em julgado contra a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade.

Outrossim, o próprio princípio da isonomia milita a favor da desconstituição das decisões judiciais transitadas em julgado com base na lei inconstitucional. É que, do contrário, as pessoas que tiveram seus litígios já resolvidos em definitivo pelo Judiciário não se beneficiariam da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos "ex tunc", precisamente da lei que serviu de respaldo para a decisão que pôs termo aos seus conflitos.

É preciso ainda referir que não se pode confundir a proteção constitucional da coisa julgada contra uma lei que retroage no passado para atacá-la com os efeitos retroativos de uma decisão, proferida por órgão competente a quem incumbe defender a Constituição, que reconhece a inconstitucionalidade da lei que serviu de fundamento. No primeiro caso, pressupõe-se que a decisão judicial foi proferida em consonância com o sistema jurídico, razão pela qual não poderia o legislador, tempos depois, criar expediente legislativo para fulminar, retroativamente, a coisa julgada. No segundo, a própria decisão judicial se pautou em lei contrária à Constituição e, como ainda vige, em regra, a doutrina da nulidade da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade cassa o fundamento de validade da decisão judicial, qual seja, a lei nula. Isso, relembre-se, apenas se o próprio órgão competente não antenuar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, salvo as hipóteses de modulação temporal e restrição da declaração de inconstitucionalidade, quando se tratar de uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa ("ex tunc"), as decisões judiciais transitadas em julgado com fundamento na lei reputada inválida serão irremediavelmente afetadas, com a sua conseqüente desconstituição.

4.4 PRAZO PARA AÇÃO RESCISÓRIA E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.

Mesmo considerando a ação rescisória como meio adequado à desconstituição da decisão fundada em norma inconstitucional, verifica-se certa problemática com relação ao termo inicial do prazo para a sua propositura. Há quem sustente que decorrido o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória, contados a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, a superveniência de declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundou

a decisão já não terá o condão de afetá-la de modo algum (Cf. MENDES, 2004: p. 306; CLÉVE, 2000: p. 252). Ressalte-se que, nesse caso, o "trânsito em julgado" não se refere à decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei, mas sim à própria decisão judicial fundada na lei inválida. Assim, ter-se-ia a seguinte situação. A decisão judicial que se apoiou em lei inválida só seria rescindível se a declaração de inconstitucionalidade dessa lei ocorresse dentro do prazo de 2 anos contados da data do trânsito em julgado da decisão judicial. Dessa maneira, se a declaração de inconstitucionalidade ocorresse em instante posterior aos referidos 2 anos, a decisão judicial, ainda que supedaneada na lei inconstitucional, não mais seria afetada.

Discorda-se dessa posição. Ao nosso sentir, a abertura do prazo para o ajuizamento da ação rescisória apenas se dá a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei e não do trânsito em julgado da decisão judicial. Com efeito, se a própria razão ou fundamento para se anular a decisão judicial é o reconhecimento formal da invalidade da lei na qual ela se alicerçou, consubstanciada na declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, então somente a partir desse novo fato é que há de se iniciar o prazo da ação rescisória. Em outras palavras, apenas a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei é que o prazo deve começar sua contagem, pois é este pronunciamento em sede de jurisdição constitucional o motivo que impulsiona o ajuizamento da futura ação rescisória. Até o momento em que a lei veio a ser declarada inconstitucional, faltaria inclusive interesse de agir para a parte propor o instrumento rescisório.

Do contrário, instaurar-se-ia uma grave situação de insegurança jurídica e de desigualdade, haja vista que seriam criados dois regimes distintos a depender tão-somente da data da declaração de inconstitucionalidade[40]: um para as decisões judiciais transitadas em julgado até dois anos antes da declaração de inconstitucionalidade e outro para as demais decisões judiciais transitadas em julgado há mais de 2 anos da declaração de inconstitucionalidade. Com isso, apenas o primeiro grupo seria atingido pelos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade, ao passo que o outro permaneceria intangível, ainda que todas as decisões judiciais tenham se fundamentado na mesma lei inválida.

Por tais razões, crê-se que a declaração de inconstitucionalidade é o marco inicial do prazo decandencial da ação rescisória para desconstituir decisão pautada em norma tida por inválida pelo STF em sede de controle abstrato-concentrado.

[40] Ressalte-se que aqui se cuida de situação completamente diversa daquela prevista pelo art. 27 da Lei 9.868/99, pois, neste caso, a modulação ou restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade leva em conta "razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", ponderadas em cada situação concreta e motivadas na decisão de inconstitucionalidade.

5.0 CONCLUSÕES

0.1 A coisa julgada é uma garantia fundamental prevista pela própria Constituição e que se dirige não só ao legislador, vedando-lhe a criação de lei com efeitos retroativos capazes de anular as decisões judiciais anteriores, mas também aos demais poderes, proibindo a desconstituição dessas decisões foras das hipóteses permitidas pelo próprio sistema jurídico.

0.2 O valor "justiça" não é parâmetro seguro para orientar a flexibilização da coisa julgada, por força de seu caráter extremamente vago e impreciso. Por isso, a busca pela decisão "justa" poderia se arrastar eternamente, com o conseqüente esvaziamento normativo desta garantia constitucional. Sua adoção, ao revés, pode conduzir à perpetuação das discussões judiciais com o inevitável aniquilamento da garantia constitucional da coisa julgada.

0.3 É incongruente falar que, como resultado de uma ponderação de valores ou de princípios, a fim de respaldar a flexibilização da coisa julgada, prevalecem certos princípios absolutos, como a moralidade e a justiça, por exemplo. O método da ponderação supõe o caráter relativo dos princípios jurídicos. Dizer que um princípio é absoluto significa torná-lo uma regra, que, por sua estrutura, submete-se à lógica do tudo ou nada, e não ao método da ponderação ou sopesamento.

0.4 Apesar disso e supondo que a ponderação entre princípios absolutos poderia ter sido realizada para flexibilizar a coisa julgada, os autores que a defendem não cuidam em demonstrar *como* ela foi realizada, isto é, não revelam o *caminho* seguido para concluir pelo afastamento do princípio da segurança jurídica, o que resultaria na desejada flexibilização. Limitam-se apenas a fazer referência ao "super-princípio" da proporcionalidade, sem, contudo, expor, através de uma argumentação jurídica racional, a forma como o manejaram.

0.5 Crê-se que não há necessidade de uma flexibilização da coisa julgada nos moldes como a doutrina vem defendendo, pois o ordenamento jurídico brasileiro contempla respostas plausíveis para os casos concretos que impulsionaram a tese pela relativização.

0.6 Nem sempre o termo inicial do prazo da ação rescisória se inicia com o trânsito em julgado da decisão. É que se trata de um prazo decadencial que, por definição, diz respeito ao exercício de um direito. Assim, apenas com a satisfação dos pressupostos necessários ao exercício desse direito é que começa a fluir o respectivo prazo decadencial, pois não se pode extinguir um direito que sequer existe no mundo jurídico. Portanto, nas hipóteses, por exemplo, de ajuizamento de ação rescisória respaldada em documento novo cuja existência era desconhecida, apenas com efetiva descoberta deste documento é que a parte atende ao pressuposto necessário para o exercício do direito. Além disso, e a partir de uma interpretação sistemática, sem o

referido documento, não haveria sequer interesse de agir para a parte, pois ela não disporia de novos elementos para a desconstituição da sentença.

0.7 Nos casos de ação de investigação de paternidade pautada em exame de DNA, por se tratar de um direito fundamental, ou seja, o direito à filiação, o próprio legislador, ao atuar como concretizador da Constituição, expressamente estabeleceu que "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado a qualquer tempo contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." (art. 27 da Lei n. 8069/90). Logo, tais ações não submetem a quaisquer prazos, por força da própria natureza do direito em questão.

0.8 Ao contrário do que se costuma defender, as decisões judiciais não estão à margem de qualquer controle perante o texto constitucional. De fato, fora os recursos em geral que permitem um controle das decisões frente à Constituição pelas instâncias superiores, ainda existem o recurso extraordinário e a ação rescisória como formas específicas para este desiderato. Deste modo, são preservadas as idéias de supremacia e força normativa da Constituição. Nesta perspectiva, crê-se que a defesa por uma maior flexibilização da coisa julgada se apóia, neste particular, em uma tentativa de encontrar a "resposta correta" ou a "mais acertada" para o caso concreto. Todavia, parte-se da idéia segundo a qual a decisão judicial é um resultado, dentre outros resultados igualmente possíveis, de um processo de interpretação jurídica. Diante da plurivocidade semântica dos enunciados constitucionais, não há que se falar na "resposta correta", mas apenas em uma "resposta possível". Por essas razões, a persistência pela busca da solução correta para caso concreto, subtraindo inclusive o prazo decadencial da ação rescisória, pode conduzir, na verdade, não à mera relativização da coisa julgada, mas sim à sua total desconsideração. É por isto que se entende que a discussão acerca da adequação constitucional da decisão judicial transitada em julgado se submete ao prazo de 2 anos da ação rescisória, sob pena de esta garantia constitucional ser afetada em seu próprio núcleo essencial, vale dizer, na estabilização das relações sociais tratadas em Juízo.

0.9 No que tange aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei na qual se fundou da decisão judicial transitada em julgado, vale ressaltar que, a despeito de se ter adotado a doutrina norte-americana da nulidade da norma inconstitucional, este dogma tem sofrido, ao longo dos tempos, certos temperamentos.

10. Acompanhando a tendência da jurisdição constitucional exercida não só no próprio âmbito do STF quanto em outros países, no que diz respeito à graduação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, as leis federais 9.868/99 e 9.882/99 trouxeram importantes dispositivos que consagram a mitigação da doutrina da retroatividade absoluta. Com base neles, o órgão que efetua o controle de constitucionalidade das leis pode (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. Assim, através da modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é possível resguardar decisões judiciais já transitadas em julgado.

11. Todavia, ao contrário do que se verifica em outros países, não há uma regra geral de proteção das decisões judiciais calcadas na lei inválida. Considerando que ainda vige a doutrina da nulidade do ato inconstitucional, a ressalva da coisa julgada deve se pautar nas citadas leis 9.868/99 e 9.882/99, com os requisitos que elas estabelecem, e não em uma "norma implícita" que criaria um autêntico escudo protetor em favor das sentenças transitadas em julgado contra a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, porque esta cassa o próprio fundamento de validade da decisão judicial, qual seja, a lei inconstitucional. Assim, salvo as hipóteses de modulação temporal e restrição da declaração de inconstitucionalidade, quando se tratar de uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa ("ex tunc"), as decisões judiciais transitadas em julgado com fundamento na lei reputada nula serão afetadas, com a sua conseqüente desconstituição.

12. A decisão judicial transitada em julgado e que foi atingida pelos efeitos da declaração, em controle concentrado-abstrato, de inconstitucionalidade da lei que a respalda pode ser desconstituída através de ação rescisória. A abertura do prazo para o ajuizamento da ação rescisória apenas se dá a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei e não do trânsito em julgado da decisão judicial.

6.0 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. "La tesis de la unica respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico". In.: *Doxa*, n. 8, 1990.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1ª reimpr., Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____ . "Constitutional rights, balancing and rationality". In.: *Ratio Juris*, vol. 16, n. 2003.

BAPTISTA, Ovídio. "Coisa julgada relativa?" In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13, pp. 102-112.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material". In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, pp.91-121.

BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, José Souto Maior. "O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo". In.: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, disponível no site www.direitopublico.com.br. Acesso em abril de 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Safe, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – Fundamentos jurídicos da incidência.* 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.* 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

DELGADO, José. "Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a coisa julgada material". In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 3ª reimpr., Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Segurança jurídica, coisa julgada e justiça". In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3, Porto Alegre, 2005.

_____ . *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____ . *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Glauco Salomão; LEITE, George Salomão. "A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais". In: LEITE, George Salomão (org.) *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LÚCIO BITTENCOURT, C. A. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

MARINONI, Luiz Guilherme. "Sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material". Disponível no site www.professormarinoni.com.br, acesso em agosto de 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MÜLLER, Friedrich, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, Trad. Peter Naumman. 2ªed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 01, 2003.

. "O proporcional e o razoável". In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. "O Caso dos Gêmeos 'Xipófagos' (Sic) e outras Histórias". Disponível na internet em: <www.ihj.org.br>. Acesso em 20 de outubro de 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____ ; CORDEIRO DE FARIA Juliana. "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LEITE, Glauco Salomão. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: RELATIVIZANDO A "RELATIVIZAÇÃO". Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Texto originalmente publicado em Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 57, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

E-mail: glaucosalomao@gmail.com