

Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material

LUIZ GUILHERME MARINONI

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO
PARANÁ. ADVOGADO EM CURITIBA E BRASÍLIA

1. Introdução

Têm surgido questionamentos em torno da “relativização da coisa julgada material”, ou melhor, da possibilidade de “relativização” da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória. Tal problema, *que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais*, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal. Trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança.¹

A posição que até hoje prevalece está ligada à idéia de que o Direito – e a norma do caso concreto produzida pelo Judiciário – é válido porque foi assim declarado pelo ‘soberano’, e não porque é justo. Tal noção de Direito tem claras raízes na concepção de validade do Direito de Thomas Hobbes,² que por sua vez fundamenta a conhecida posição de Hans Kelsen. Tal noção manteve-se praticamente inalterada mesmo com bases teóricas

¹ Como explica Jürgen Habermas, “a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; (...) De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito (Jürgen Habermas, *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 245/246).

² Como escreve Norberto Bobbio, para Hobbes “o estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra os outros, no qual – segundo a fórmula hobbesiana – existe um ‘bellum omnium contra omnes’. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano” (Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico*, trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 35).

tão diversas quanto as de Hobbes e Kelsen.

Por já se haver superado as bases do positivismo normativista de Kelsen e Hart, afirmar-se secamente que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades. Pode-se afirmar com convicção que o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito. Prova disto, no âmbito da legitimidade das decisões judiciais, é a própria existência de hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória.

Entretanto, apesar de se reconhecer o primado do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema do direito, é certo que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais sempre seria obtível uma decisão justa ainda não possibilitam sua execução fática.³ Em outras palavras, ainda não existem condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo.

Diante disso, 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. Essa “desconsideração” geraria uma situação insustentável, como demonstra Radbruch citando a seguinte passagem de Sócrates: “crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?”⁴

Portanto, nunca foi tão atraente e importante estudar o *princípio da segurança dos atos jurisdicionais*. É o que se fará a seguir, evidentemente que mediante a exclusiva análise da problemática da questão da “relativização” da coisa julgada material.

2. As bases da tese da “relativização” da coisa julgada material

³ Somente para exemplificar, a ‘tese da resposta correta’ de Ronald Dworkin, uma das mais discutidas na atualidade, pressupõe a existência de um juiz sobrenatural: Hércules, o que de per se inviabiliza a utilização da teoria na prática. Sobre tal teoria, ver Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

⁴ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979, p. 184.

Um dos exemplos que a doutrina tem usado para dar fundamento à tese da “relativização” é o da ação de investigação de paternidade, cuja sentença, transitada em julgado, declarou que o autor não é filho do réu (ou o inverso), vindo depois um exame de DNA a demonstrar o contrário. Diante disso, e para tornar possível a rediscussão do que foi afirmado pela sentença transitada em julgado, argumenta-se que a indiscutibilidade da coisa julgada não pode prevalecer sobre a realidade, e que assim deve ser possível rever a conclusão formada.

O problema, aqui, não é o de saber se é possível pensar em sentenças que, por possuírem vícios de extrema gravidade, podem ser desconsideradas independentemente de ação rescisória, como a proferida contra quem não foi citado. Lembre-se, aliás, que Pontes de Miranda já sustentava, há muito tempo, a existência de sentenças nulas e inexistentes – *que dispensariam* rescisão, por meio de ação rescisória própria -, reconhecendo que “a sentença nula não precisa ser rescindida. Nula é; e a ação constitutiva negativa pode ser exercida ainda *incidenter*, cabendo ao juiz a própria desconstituição de ofício”⁵.

O que importa, nesse momento, é indagar se é possível e conveniente, diante de certas circunstâncias, dispensar a ação rescisória para abrir oportunidade para a revisão de sentenças transitadas em julgado. Tal possibilidade implicaria na aceitação de que a coisa julgada deve ser “relativizada”⁶.

Em favor da “relativização” da coisa julgada, argumenta-se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores*

⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 194.

⁶ Sobre o tema, ver os trabalhos de Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*; José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais*; e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, todos eles publicados na coletânea organizada por Carlos Valder do Nascimento sob o título de *Coisa Julgada Inconstitucional*, e publicada através da Editora América Jurídica (Rio de Janeiro, 2002).

protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho.

3. A importância da coisa julgada material

Contudo, não é possível esquecer a razão pela qual a jurisdição foi, por muito tempo, caracterizada pela coisa julgada material. Quando se afirma que a coisa julgada material não deve ser vista como característica fundamental da jurisdição, alude-se a provimentos que, embora não contenham carga declaratória capaz de fazer surgir coisa julgada material, são fundamentais para a efetividade da tutela dos direitos, como aquele que põe fim ao processo cautelar. Porém, note-se bem: *entender que a coisa julgada material não é característica da jurisdição não é o mesmo do que dizer que a jurisdição não deva zelar pela coisa julgada material peculiar ao processo de conhecimento.*

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. Nesse exato sentido é a lição Rosenberg-Schwab-Gottwald, quando defendem a idéia de que a “coisa julgada material é uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito”⁷

Ou seja, *de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente.* Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser

⁷ “materielle Rechtskraft ist notwendige Folge des Rechts auf Rechtsschutz durch die Gerichte. Sie findet ihre verfassungsgemäße Verankerung im Rechtsstaatsprinzip.” (Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15.^a ed.. München: Verlag C.H. Beck, 1993, p. 915). É preciso esclarecer que o princípio do Estado de Direito, como qualquer princípio jurídico, tende à sua realização dentro daquilo que é faticamente possível, atuando como mandato de otimização (Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86). Assim, não é porque tal princípio deve proteger os direitos fundamentais do cidadão e sua dignidade e, conseqüentemente, evitar decisões injustas, que se deve aceitar sua incompatibilidade com a tese da prevalência da coisa julgada material.

desconsiderada.

Nesse sentido, não parece que a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento para o que se pretende ver como “relativização” da coisa julgada. *Ora, o próprio sistema parte da idéia de que o juiz não deve decidir desse modo, mas não ignora – nem poderia – que isso possa ser feito. Tanto é que prevê a ação rescisória, cabível em casos tipificados pela lei.*

O que aconteceu, *diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema*, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.

Mesmo sem adentrar em complexos temas da filosofia do direito, pode-se logicamente argumentar que as teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça.

4. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material

O nosso sistema não reserva apenas ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de inconstitucionalidade da lei. Como é sabido, os juízos de primeiro e segundo graus também podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento do mérito.

A idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença (transitada em julgado) que nela se fundou, gera algo que se

poderia chamar de “*controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado*”.

Ou melhor, a hipótese seria de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade *para apanhar a coisa julgada*. Isso é o mesmo do que aceitar que a sentença que se fundou em lei reputada constitucional, e foi proferida em processo que observou todas as garantias processuais das partes, pode ser nulificada por decisão do Supremo Tribunal Federal *que, mais tarde, declare a mesma lei inconstitucional*. Como está claro, o que importa é saber se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pode retroagir para atingir a coisa julgada material.

Não há dúvida que, no direito brasileiro, entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que tal decisão não possui caráter desconstitutivo, e por isso não apenas revoga a lei. A sua natureza é declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, vale dizer, um estado já existente⁸.

Acontece que essa tese (da retroatividade dos efeitos) deve ser vista com cautela, uma vez que não há sentido em admitir que uma teoria, apenas porque idônea em “determinado sentido”, possa ser aceita como adequada em “outro” apenas para que o seu arcabouço lógico-formal não seja abalado. Esse “outro sentido”, de que se fala, diz respeito exatamente àquelas situações que não devem ser atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, salientou a necessidade de se temperar a tese da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade para se deixar imunes as situações jurídicas fundadas em ato praticado de boa fé⁹. Aliás, mesmo no Estados Unidos, país em que a expressão “lei inconstitucional” chegou a ser considerada uma contradição em termos diante da expressiva afirmação de que *the unconstitutional statute is not law at all*¹⁰, existem sinais de

⁸ “Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo” (Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 163).

⁹ RTJ, v. 97, p. 1369.

¹⁰ Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99, *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fevereiro/2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>.

abrandamento da força da teoria da eficácia *ex tunc*.¹¹

Recentemente, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1.999 - que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” –, estabeleceu no seu art. 27 que, “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 em que venha a ser fixado”¹².

Há quem afirme, porém, que “o vício da inconstitucionalidade gera invalidade do ato público, seja legislativo, executivo *ou judiciário*”, e assim uma “sentença nula de pleno direito”, que pode assim ser reconhecida “a qualquer tempo e em qualquer procedimento”, por ser “insanável” o vício nela contida¹³.

Tal entendimento deve supor que a coisa julgada sempre pôde ser atingida pelos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, na melhor das hipóteses, que a coisa julgada poderá ser alcançada quando a decisão declaratória de inconstitucionalidade não a ressalvar, nos termos do referido art. 27 da Lei 9.868/99.

Acontece que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar - aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação -, já era imune a tais efeitos. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1.995, já dizia que “*a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade*”¹⁴, enquanto que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, muito antes de 1.999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla “*uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada*

¹¹ Eduardo Garcia de Enterría, Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, *Revista de Direito Público*, v. 92, p. 5.

¹² Ver Gilmar Ferreira Mendes, Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei, *Revista Jurídica Virtual*, n. 6, novembro/1999. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br>.

¹³ Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 21, p. 558.

¹⁴ Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 169.

erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, §3^{o15}). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão”¹⁶.

É certo que, após a edição do art. 27 da Lei 9.869/99, alguém poderia dizer que a coisa julgada será atingida pelos efeitos *ex tunc* se não for expressamente ressalvada na decisão que declarar a inconstitucionalidade. Então vejamos: tal artigo tem nítida inspiração no art. 282^o, 4, da Constituição da República Portuguesa, que é assim redigido: “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 ns. 1 e 2”. A semelhança entre as duas normas é indisfarçável¹⁷. Enquanto que o art. 27 da lei brasileira alude a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, a norma da Constituição portuguesa fala expressamente em “segurança jurídica” e em “razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo”.

Deixe-se claro que a Constituição portuguesa admite a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade (art. 282^o, 1). Entretanto, e como é óbvio, a Constituição portuguesa, quando diz que o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” o exigirem, não parte da premissa de que a coisa julgada material, para ser ressalvada, depende de a decisão de inconstitucionalidade ter restringido os seus efeitos em relação a ela. Na verdade, o sistema da Constituição portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade assim declarar. Com efeito, segundo o art. 282^o, 3, da Constituição

¹⁵ Trata-se da Constituição Federal anterior.

¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 280. Sublinhe-se, aliás, a seguinte afirmação de Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, baseada na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes: “De outra parte, *admite-se pacificamente* que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, por si só, não destrói a coisa julgada resultante de uma sentença que se haja fundado naquela norma”. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível na Internet: www.ucpel.tche.br

¹⁷ Lenio Luiz Streck, por exemplo, ressalta expressamente a semelhança do art. 27 da Lei 9.868/99 com o art. 282^o, 4, da Constituição portuguesa (Lenio Luiz Streck. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 543.

portuguesa, “*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*”¹⁸.

Ou seja, em relação à coisa julgada os efeitos não retroagem, o que pode acontecer somente em hipóteses excepcionais, expressamente declaradas pelo Tribunal Constitucional. Como explica Canotilho, “quando a Constituição (art. 282º /3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *reversíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado (...) Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito”¹⁹.

No direito português, o art. 282º/3 da Constituição portuguesa estabelece *uma exceção* ao princípio da intangibilidade da coisa julgada. “Nas hipóteses de casos julgados em matérias de ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social, a exceção à ressalva do caso julgado pode justificar-se em nome do *tratamento mais favorável aos indivíduos* que foram sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenacionais. A exceção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional. Note-se que esta exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado *não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade*. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser *expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da*

¹⁸ Ver Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 258 e ss.

¹⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1004. Em sentido contrário Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex-Jurídica, 1993, p. 83.

norma”²⁰.

Advirta-se, porém, que, no direito brasileiro, a mesma doutrina constitucional que ressalvava a coisa julgada em face da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, excluía desse temperamento a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma penal desfavorável²¹.

Por outro lado, e agora em outra dimensão, é preciso dizer que, na hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Na verdade, a tese da retroatividade em relação à coisa julgada esquece que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei - que pode ser negada por ser nula -, *mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto*²².

5. A ação rescisória no caso de declaração de inconstitucionalidade

É importante evidenciar, ademais, que a admissão da ação rescisória, sem uma adequada compreensão da importância da coisa julgada material, também importa em admissão de que a declaração de inconstitucionalidade a destrói²³. Ou seja, quando se imagina que, no

²⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6^a ed, cit., p. 1005.

²¹ Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 169.

²² Cabe argumentar que uma decisão jurisdicional pode se fundar em dois textos legais, mas apenas um ser declarado inconstitucional. Nesse caso, como é evidente, nem aquele que aceita a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada pode deixar de ver a absoluta distinção entre a decisão e o texto de lei, admitindo a absoluta intangibilidade da decisão jurisdicional.

²³ Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina entendem que, no caso de decisão de inconstitucionalidade, nem mesmo a ação rescisória é necessária, pois a decisão é juridicamente inexistente. Dizem: “segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria *juridicamente inexistente*, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão nesse sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar autoridade de coisa julgada. *O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação das sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do art. 495 do CPC*” (Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 43). Como se vê, esse autores entendem que a ação que

caso de declaração de inconstitucionalidade, a desconstituição da coisa julgada está sujeita apenas à mera propositura da ação rescisória, admite-se que a declaração de inconstitucionalidade retroage para apanhar a coisa julgada. A diferença, *que nada tem a ver com a substância do problema*, é a de que, no caso de ação rescisória, a desconconsideração da coisa julgada não seria efeito *automático* da decisão de inconstitucionalidade.

Portanto, se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um *mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado*. Como é sabido, o art. 485, V, do CPC, afirma que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “violar literal disposição de lei”. Trata-se de hipótese que, em uma interpretação ajustada àquele que não se conforma com a decisão transitada em julgado, pode simplesmente eliminar a garantia constitucional da coisa julgada material. Ou seja, se o surgimento de interpretação divergente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de ação rescisória, estará sendo desconSIDERADO exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 343, que afirma não caber “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Em um dos acórdãos que deram origem a essa Súmula, frisou o seu relator, o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, que “a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal”. Lembrou, ainda, que “a Justiça nem sempre observa, na prática cotidiana, esse salutar princípio, que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais”²⁴.

Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que tal Súmula somente se aplica à interpretação controvertida da lei infraconstitucional. Afirma-se, nessa linha, que a Súmula n. 343 se reporta à interpretação controvertida da lei, e não à matéria

levou à sentença proferida com base na lei inconstitucional (*para eles uma “lei que não era lei”*) não transita em julgado porque terá faltado à ação a possibilidade jurídica do pedido - uma de suas condições.

²⁴ “Ementa: Para corrigir interpretação de lei, possivelmente errônea, não cabe ação rescisória” (STF, 2ª. Turma, Rel. Min. Victor Nunes Leal, RE 50.046).

constitucional, que, pela sua supremacia jurídica, “não pode ficar sujeita à perplexidade”²⁵.

Se a Súmula n. 400 do Supremo Tribunal Federal - que dispõe que a “decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário” – não deve prevalecer, pois a função do Supremo Tribunal Federal é a de ditar a interpretação da Constituição, *isso não pode levar à tese extrema de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, deve se voltar ao passado para fazer prevalecer o seu entendimento em relação a todos aqueles que já tiveram os seus litígios solucionados pelo próprio Poder Judiciário. Semelhante idéia levaria à instituição de um “controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado”, ou melhor, na aceitação de que o controle da constitucionalidade da lei pode levar ao uso da ação rescisória como mecanismo para uniformizar a interpretação da Constituição, o que é pouco mais do que absurdo.*

Imaginar que a ação rescisória pode servir para unificar o entendimento sobre a Constituição é desconsiderar a coisa julgada. Se é certo que o Supremo Tribunal Federal deve zelar pela uniformidade na interpretação da Constituição, isso obviamente não quer dizer que ele possa impor a desconsideração dos julgados que já produziram coisa julgada material. Aliás, se fosse verdade, como pensam aqueles que não admitem a aplicação da Súmula n. 343, que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deve implicar na desconsideração da coisa julgada, *o mesmo deveria acontecer quando a interpretação da lei federal se consolidou no Superior Tribunal de Justiça. Não se diga, como já fez o Superior Tribunal de Justiça, que a diferença entre as duas situações está em que, no caso da declaração de inconstitucionalidade, a coisa julgada se funda em lei inválida, enquanto que “uma decisão contra a lei ou que lhe negue vigência supõe lei válida”²⁶.*

Ora, ninguém mais nega – e o art. 27 da Lei 9.869/99 é a prova mais eloquente disso - que, em razão de a decisão de inconstitucionalidade ter, em princípio, eficácia *ex tunc*, não é possível a manutenção de situações anteriores fundadas na lei declarada inconstitucional (na lei inválida). *Se isso é evidentemente possível, não é correto argumentar que a coisa julgada material²⁷, quando fundada em lei declarada inconstitucional, não deve ser*

²⁵ STF, 1ª. Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, RE 101.114-9.

²⁶ STJ, 2ª. Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Resp n. 127.510.

²⁷ Que não precisa nem ao menos ser ressalvada pela decisão de inconstitucionalidade para ser preservada.

considerada pelo simples fato de ter se baseado em uma “lei inválida”²⁸.

Isso quer dizer que ou a Súmula n. 343 não vale para nada – nem mesmo para as leis infraconstitucionais – ou ela deve ser aplicada também à matéria constitucional. Mas, pensar na eliminação da Súmula n. 343 significa dar extensão desmedida ao art. 485, V do CPC²⁹, equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação da sua própria essência³⁰.

A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário³¹ – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio –, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle sobre as situações pretéritas.

Não é possível esquecer, porém, o teor do novo parágrafo único do art. 741 do CPC, segundo o qual o executado poderá, por meio de embargos à execução, afirmar a inexigibilidade do título judicial (sentença) “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”³².

Trata-se de dispositivo baseado em uma falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se a

²⁸ STJ, 2.^a Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Resp n. 127.510.

²⁹ Nessa linha, é correta a análise de Leonardo Greco, no sentido de que rescisória que ressuscite questão de direito ampla e definitivamente resolvida no juízo rescindendo, com fundamento no art. 485, V do CPC, viola claramente a garantia da coisa julgada (Leonardo Greco, Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>).

³⁰ Com efeito, as decisões que abordaram incidentalmente questão constitucional cuja interpretação era controvertida nos tribunais não podem ser simplesmente riscadas da realidade, sob pena de desautorizarem os juízes e ignorarem a necessidade de segurança para a estabilidade da vida das pessoas.

³¹ A Corte Européia de Direitos Humanos, por exemplo, freqüentemente ressalta a importância do respeito à coisa julgada no Estado Democrático de Direito. Ver Mario Chiavario, *Diritto ad un processo equo*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi). Padova: Cedam, 2001, p. 170 e ss. Como não poderia deixar de ser, o Direito Comunitário Europeu também exige o respeito à coisa julgada. Como ensinam Paolo Biavati e Federico Carpi, “l’aver conferito ai giudici la giurisdizione su determinate materie comporta necessariamente l’attribuzione non solo dell’efficacia obbligatoria, ma anche della stabilità dei contenuti delle relative pronunce. (Paolo Biavati e Federico Carpi, *Diritto Processuale Comunitario*, 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 240).

³² Ver Eduardo Talamini, Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, *Revista de Processo*, v. 106, p. 38 e ss; Araken de Assis, Eficácia da coisa julgada inconstitucional, *Revista Jurídica*, v. 301, p. 18.

coisa julgada fosse um valor menor e insignificante.

Entende-se que tal parágrafo faz referência à declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado ou incidentalmente. No primeiro caso, o executado somente poderia se valer da decisão do Supremo Tribunal Federal quando a decisão não houvesse ressalvado a coisa julgada. Na segunda hipótese, os embargos somente teriam cabimento quando o Senado, após a decisão *incidenter tantum*, tivesse retirado a norma do ordenamento jurídico, imprimindo a essa retirada eficácia *ex tunc*. Afirma-se, ainda, que os embargos podem ser manejados quando a sentença aplicou ou interpretou o texto legal de modo já considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal³³. Nesse sentido, alude-se à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” e à “interpretação conforme a Constituição”, que constituem instrumentos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos³⁴.

Embora já tenho sido demonstrado que a decisão declaratória de inconstitucionalidade não atinge a coisa julgada, é conveniente ressaltar, aqui, a sua natureza de princípio constitucional, que se impõe sobre as normas infraconstitucionais que a tentem invalidar. Nessa perspectiva, não haveria como deixar de entender essa norma como inconstitucional³⁵. Entretanto, em uma operação de salvamento da norma, cabe a interpretação no sentido de que esse parágrafo único somente pode ser invocado no caso em

³³ Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 74-76.

³⁴ A diferença entre as duas últimas reside no fato de que a interpretação conforme deve ser utilizada nos casos de leis *manifestamente inconstitucionais* e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto nas hipóteses de leis *em princípio compatíveis* com a Constituição. A interpretação conforme estabelece uma única interpretação *conforme* a Constituição, declarando que *todas as outras são com ela incompatíveis*. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade *de algumas interpretações*, preservando-se a literalidade do texto legal. Na declaração parcial de nulidade os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública ficam proibidos *de realizar determinadas interpretações*, enquanto que, na interpretação conforme, *estabelece-se uma única interpretação cabível*. Em ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode julgar parcialmente procedente o pedido para declarar inconstitucionais todas as interpretações possíveis, exceto uma, estabelecida expressamente no acórdão, ou para declarar inconstitucionais algumas interpretações, nele hipotetizadas. No primeiro caso há interpretação conforme, que possui efeitos *erga omnes* e vinculante sobre todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, impedindo-os de dar interpretação diversa. No segundo caso há declaração parcial de nulidade, também com efeitos *erga omnes* e vinculante, proibindo os juízes e a Administração Pública de adotar qualquer uma das interpretações declaradas inconstitucionais. (Ver Eduardo Fernando Appio. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002).

³⁵ Nesse sentido a conclusão do estudo de Leonardo Greco, intitulado de Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>

que a sentença impugnada se fundou em lei ou em ato normativo declarado inconstitucional, ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, *no caso em que pode prosperar a própria ação rescisória fundada em violação do texto constitucional, vale dizer, na hipótese de ausência de controvérsia jurisprudencial sobre a questão constitucional.*

6. O laudo pericial que discrepa da realidade

Resta tratar dos casos em que, posteriormente ao encerramento do processo, verifica-se falta de identificação entre o afirmado na sentença e a realidade. A fim de defender a tese de que a coisa julgada não pode discrepar da realidade, Dinamarco faz menção a um sistema bastante diverso, afirmando que no direito americano importa mais a realidade que a estabilidade. Porém, não parece ser essa a posição defendida pela doutrina americana mais abalada, que reconhece que “o propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da Corte tenham estabilidade e certeza”³⁶

Nesse campo é necessário grande cuidado, pois o oportunismo daqueles que já tiveram seus direitos rejeitados pode servir de estímulo a pretensões que desejem reavivar a discussão de fatos já analisados, ou mesmo de provas já produzidas e valoradas. E isso, lamentavelmente, não tem sido incomum, pois têm surgido, na prática, casos em que, por exemplo, a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia que julga exorbitante, mas que é resultado de laudo pericial que foi devidamente discutido em contraditório. Se a Fazenda Pública supõe, diante de certo caso concreto, que o valor a que foi condenada a pagar é indevido ou excessivo, não é por isso que poderá pretender rever o laudo pericial que, discutido plenamente em contraditório, chegou a tal valor. O problema do funcionamento indevido dos corpos jurídicos não pode ser resolvido mediante a simples tentativa de rediscussão de sentença acobertada pela coisa julgada material. Nesse aspecto, é de se salientar que nenhuma das teorias que tratam do tema enfrentou a questão do art. 474 do

³⁶ “the purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is important that judgements of the court have stability and certainty” (Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr., John Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4.^a ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992, 581).

CPC, princípio basilar de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível.

Se o laudo, no caso exemplificado, tiver se fundado em prova falsa, caberá ação rescisória, em conformidade com o art. 485, VI do CPC. Isso porque a prova falsa, aí, dá constituição à própria perícia, na qual a sentença se fundou para chegar ao valor imposto à Fazenda Pública. Entretanto, *há nítida e gritante diferença entre perícia que se serviu de prova falsa e perícia que chegou a um resultado destoante daquele que se poderia chegar através de nova prova pericial.*

7. O exame de “DNA” capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade

Porém, também cabe ação rescisória se, depois da sentença, a parte obtiver documento novo, “cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (art. 485, VII, CPC). A hipótese, como é evidente, não abre ensejo para a simples revisão do fato, uma vez que só admite a rescisão da sentença quando a parte puder apresentar documento cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar resultado favorável.

Contudo, o caso exemplar da investigação de paternidade não se enquadra perfeitamente na moldura da norma antes descrita, pois um laudo de DNA não é exatamente um documento. Não obstante, o objetivo do legislador, ao se referir a documento novo, *foi o de viabilizar a rescisão no caso de prova de que não se pôde fazer uso, capaz de conduzir a julgamento favorável.* Se é assim, nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um “documento novo”.

Todavia, o problema vai além, pois quando se pensa que a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão que se almeja rescindir – como quer o art. 495 do CPC –, surge uma questão adicional, uma vez que a decisão da ação de investigação de paternidade pode ter transitado em julgado há mais de dois anos do momento em que se tornar possível o exame de DNA.

Não há como deixar de observar, é certo, que quando se pensa em documento novo,

supõe-se documento existente à época da ação, mas que não pôde ser utilizado, e que esse raciocínio não pode ser empregado diante do DNA, pois esse não constitui documento *ou algo que existia na época da ação*. O exame de DNA *é um meio técnico novo* para se pôr em evidência um fato que foi afirmado na ação, ou uma prova pericial que não pôde ser realizada para demonstrar o fato afirmado, *por consistente em técnica que ainda não podia ser utilizada*.

Entretanto, se o prazo não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença que se quer impugnar, *porque não se trata de algo que já existia na época do processo extinto, mas de um meio que passou a existir não se sabe quanto tempo após o trânsito em julgado*, aparece uma nova questão: é certo deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade, seja autor ou réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da *definição* da relação de filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando *indefinida* a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria algo que *sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos*³⁷. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição³⁸.

Como é óbvio, não se pretende afirmar que a evolução tecnológica não possui importância para a descoberta da relação de filiação. O que se deseja evidenciar é que a

³⁷ Lembre-se, apenas para animar a reflexão, que já existem meios técnicos capazes de colocar em dúvida os resultados dos próprios exames de DNA. É que o método *que vem sendo empregado* para a análise do DNA, o tradicional PCR (*Polymerase Chain Reaction*), é de *menor precisão* do que o novo método RFLP (*Restriction Fragment Length Polymorphism*). *Será que isso seria um indício de que em futuro próximo poderemos chegar a admitir uma terceira ação para desconsiderar a segunda coisa julgada e fazer prevalecer o resultado da primeira ação?*

³⁸ Atente-se para a lição do Professor Barbosa Moreira: “A segurança das relações sociais exige que a autoridade da coisa julgada, uma vez estabelecida, não fique demoradamente sujeita à possibilidade de remoção. Ainda quanto às sentenças eivadas de vícios muito graves, a subsistência indefinida da impugnabilidade, incompatível com a necessidade da certeza jurídica, não constituiria solução aceitável no plano da política legislativa, por mais que em seu favor se pretendesse argumentar com o mal que decerto representa a eventualidade de um prevalecimento definitivo do erro. O legislador dos tempos modernos, aqui e alhures, tem visto nesse o mal menor. Daí a fixação de prazo para a impugnação; decorrido certo lapso de tempo, a sentença torna-se imune a qualquer ataque. É o que acontece na generalidade dos ordenamentos contemporâneos” (José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 214).

eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular *a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações.*

Seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a *imediate intervenção legislativa.*

Como essa ação possui relação com *a evolução da tecnologia*, ou melhor, com uma forma de produção de prova impensável na época em que o artigo 485 do CPC passou a reger a ação rescisória, *é imprescindível que esse artigo seja alterado para deixar clara a possibilidade do uso da ação rescisória com base em laudo de DNA, bem como o seu prazo.*

8. A desnecessidade de se aludir à regra da proporcionalidade

a) Como está claro, o problema da ação de investigação de paternidade tem relação com o fenômeno da evolução tecnológica. *Isso demonstra que não se trata de balancear a coisa julgada material com o direito já levado ao juiz, mas sim de admitir que a parte, diante de limitações técnicas da época em que o processo foi instaurado, não teve a oportunidade de demonstrar o seu direito.*

A impossibilidade de o legislador acompanhar a velocidade do progresso da tecnologia não pode levar à conclusão de que o juiz pode definir, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, os direitos que não se submetem à coisa julgada material.

É verdade que há, no direito contemporâneo, uma tendência em aumentar os poderes do juiz, com o objetivo de lhe conferir a possibilidade de tratar adequadamente do caso concreto. Antigamente, em razão da necessidade de limitação do poder do juiz, derivada da garantia de liberdade dos cidadãos, o controle do poder judicial era feito através da lei, que definia o que podia, e o que não podia, ser feito. Isso ocorria, para se dar um exemplo bem claro, com a expressa previsão legal dos meios executivos que podiam ser utilizados pelo juiz, dando-se ao cidadão a garantia de que sua esfera jurídica jamais seria invadida através

de um meio de execução não tipificado na lei. Com o passar do tempo, verificou-se que, diante das diferentes situações litigiosas, não seria possível dar tutela adequada aos direitos apenas através dos meios executivos previstos pela lei, os quais obviamente eram desenhados em abstrato, desconsiderando a diversidade das situações conflitivas. Em razão disso, o art. 84 do CDC e o art. 461 do CPC deram ao juiz a possibilidade de trabalhar com a medida executiva adequada ao caso concreto ou com aquilo que esses artigos expressamente chamam de “medidas necessárias”. Tais artigos, como é óbvio, privilegiaram a “justiça do caso concreto”, cientes de que, para uma tutela mais perfeita dos direitos, era indispensável atribuir maior poder ao juiz. Ou melhor, apostaram no juiz, ainda que esse – diante de sua própria condição humana – lamentavelmente possa ser arbitrário. Porém, justamente em razão de que o juiz obviamente não pode deixar de ser controlado, o que mudou foi apenas a forma de controle do juiz, que antes era feita através da lei e agora deve ser realizada através da regra da proporcionalidade, especificamente das suas sub-regras da adequação e da necessidade.

*Mas, o que aqui interessa é perguntar se a proporcionalidade pode ser admitida como critério para a “relativização” da coisa julgada. Como é evidente, a proporcionalidade, nesse caso, não poderia ser pensada como adequação ou necessidade, mas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra hermenêutica que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado. Seria o caso, em outras palavras, de aplicar um método de “ponderação” dos bens, e não de simples harmonização, lembrando-se que “ponderar” é o mesmo do que sopesar para definir o bem que deve *prevalecer*, enquanto que “harmonizar” indica a necessidade de contemporizar para assegurar “a aplicação coexistente dos princípios em conflito”.*³⁹

*Entretanto, a ponderação somente deve ser utilizada em situações excepcionais, em que não exista outra alternativa. Ou seja, a ponderação não só é um método complementar, mas talvez, como diz Enrique Alonso García, o mais criticado de quantos existem*⁴⁰.

Ressalte-se que a ponderação não é um método de interpretação. Como explica

³⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed, cit., p. 1227.

⁴⁰ Enrique Alonso García. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 426.

Canotilho, “a atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a *ponderação* visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, *obter a solução justa para o conflito de bens*”⁴¹.

b) Para aceitar como *plausível* a alusão à proporcionalidade em face da ação de investigação de paternidade, a contraposição não estaria sendo feita entre o direito à descoberta da relação de filiação e a coisa julgada material *em abstrato, mas sim no caso concreto, considerado o surgimento do meio técnico do DNA como capaz de dar nova conformação à decisão transitada em julgado.*

*Porém, não há qualquer possibilidade ou razão para apelo à “harmonização” quando o que está em jogo é o surgimento de meio técnico capaz de modificar o julgamento. Como já foi dito, se o exame de DNA pode alterar o julgamento que se formou na sentença acobertada pela coisa julgada, o correto é interpretar tal exame como um “documento novo” que não pôde ser utilizado, mas que é capaz, por si só, de “assegurar um pronunciamento favorável” (art. 485, VII do CPC).*⁴²

O prazo da ação rescisória deve decorrer a partir da ciência da parte a respeito da existência dessa técnica - *e não, evidentemente, do trânsito em julgado.* Ademais, diante da *natureza* da prova do momento dessa ciência, *cabará ao réu* da rescisória demonstrar que o autor teve tal ciência há mais de dois anos.

Como se vê, basta somente adequar o conceito de “documento novo” – desenvolvido em época já distante – à realidade da sociedade contemporânea, isto é, à descoberta do exame de DNA. Ao que se saiba, *essa forma de interpretar o texto legal nada mais é do que uma obrigação do intérprete.*

Lembre-se, com efeito, que o enunciado da norma não se confunde com a norma jurídica, que é o *resultado da interpretação.* O juiz deve ler o texto legal em face da sociedade em que vive, adequando-o às novas realidades. Ao interpretar o texto o juiz chega a uma conclusão – ou resultado -, que nada mais é do que a norma jurídica. Nessa perspectiva, *se o texto da norma pode envelhecer, ele deve ser reavivado através da*

⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed., cit., p. 1223.

⁴² Não é preciso que o autor junte, com a petição inicial, o exame de DNA, bastando que esse exame seja requerido como prova pericial.

*interpretação judicial, que estabelece a norma jurídica. Desse modo, a normatividade deve ser vista como um “processo”, e não como uma qualidade do texto. Ela não é; ela age*⁴³.

c) Ora, se a interpretação é suficiente para realçar o significado que a regra processual deve possuir diante da descoberta do método “DNA”, chega a ser incompreensível a razão para se pensar na aplicação da proporcionalidade ou da ponderação no caso de coisa julgada material.

A menos que se imagine que é possível contrapor, em abstrato, um direito – ainda que protegido constitucionalmente - à coisa julgada material, como se ao juiz pudesse ser dado o poder de dizer que determinado direito não se sujeita à coisa julgada material. Ou seja, é de todo insustentável dizer, por exemplo, que a justa indenização se sobrepõe à coisa julgada material.

A coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como um sub-princípio que lhe dá conformação. Não há como aceitar a tese de José Augusto Delgado⁴⁴ e Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria⁴⁵, no sentido de que a garantia da coisa julgada material, insculpida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, dirige-se apenas ao legislador, impedindo-o de legislar em prejuízo da coisa julgada. Ora, como é evidente, a coisa julgada é garantia constitucional do cidadão diante do Estado (em geral) e dos particulares. Não é por razão diversa que, na doutrina portuguesa, fala-se em “princípio da intangibilidade do caso julgado” como garantidor da “segurança jurídica”⁴⁶.

A coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão a qual adere. Ela é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é apenas o seu objeto. Não há dúvida que os direitos podem, conforme o caso, ser contrapesados para fazer surgir a decisão jurisdicional adequada⁴⁷, mas a própria decisão não pode ser oposta a um direito, como se ao juiz pudesse ser conferido o poder de destruir a própria estabilidade do seu poder, a qual, antes de tudo, é uma garantia do cidadão.

⁴³ Cf. Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 87.

⁴⁴ José Augusto Delgado, *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, cit.

⁴⁵ Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 21, p. 549-550.

⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed., cit., p. 287.

⁴⁷ Ver Alberto Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 2002.

A coisa julgada sempre pôde ser relativizada nos casos expressos em lei, como, por exemplo, na hipótese de documento novo de que a parte não pôde fazer uso, mas que seja capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 485, VII do CPC). Trata-se de hipóteses em que se admite a relativização da coisa julgada em virtude de certas circunstâncias, que não são relativas apenas a um direito em especial, mas sim a situações que podem marcar qualquer direito. Ou melhor, os casos de ação rescisória não abrem margem para a desconstituição da coisa julgada em razão da especial natureza de determinado direito, mas sim em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição.

Isso quer dizer que não é um direito em específico, mas sim uma dada situação excepcional, que pode exigir que se dê maior atenção ao tema da coisa julgada. Nesse caso, entretanto, como se não se tratará de considerar o direito material objeto da decisão acobertada pela coisa julgada material, mas sim uma circunstância que impede a idoneidade da decisão jurisdicional acerca do direito, não existirá como pensar em contrapesar esse direito com a coisa julgada, mas sim em uma interpretação da regra processual capaz de atender as situações que pulsam da realidade e não podem deixar de ser impostas às categorias jurídicas.

d) Note-se que a idéia de se dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto.

Contudo, a própria razão de ser da coisa julgada impede que se imagine um sistema desse tipo, em que o juiz possa analisar, diante do caso concreto, se ela deve, ou não, prevalecer. Um sistema aberto não se concilia com a natureza da coisa julgada material.

Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a etemização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da “demora da justiça”, caminhando em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea. Aliás, dizer que a “justa indenização” ou o “interesse público” podem se sobrepor à coisa julgada material é algo difícil de compreender quando se deseja retirar os prazos deferidos à Fazenda Pública, que são costumeiramente acusados de “privilégios inconcebíveis”.

Se não é possível adotar a proporcionalidade, pois isso seria abrir mão da própria coisa julgada material - que é princípio inerente à atual concepção de Estado de Direito -, é necessário que os operadores do direito compreendam, de vez por todas, que têm o dever de ajustar os textos legais às necessidades da vida. Dessa forma não será difícil eliminar os óbices que, em uma leitura fria e descompromissada do texto legal, impedem que a ação rescisória tenha um rendimento adequado.

9. Conclusão

As teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar novamente, quando a idéia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, *pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão.*

A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, *mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (l'uomo della strada), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere CANARIS.*⁴⁸

⁴⁸ Sobre a inconsistência de uma teoria jurídica, ver Claus Wilhelm-Canaris, *Función, estructura e falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro, Madrid: Civitas, 1995. É de se ressaltar que talvez nem mesmo seja possível a construção de uma teoria da decisão correta. Nesse sentido argumenta Habermas que “uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o

O grande filósofo alemão GUSTAV RADBRUCH há muito já criticava a inconsistência que advém da falta de uma concepção adequada de justiça, quando dizia que a “disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. *Pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crença opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada dum maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos*”.⁴⁹

É óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal. Mas, na sua falta, não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material,⁵⁰ sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores dos que as pontuais e raras levantadas pela doutrina. Aliás, a essa mesma conclusão chegou o autor da mais moderna teoria da justiça da atualidade, o recentemente falecido JOHN RAWLS, quando escreveu que “a única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor; analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”.⁵¹

O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*. Curitiba: Juruá, 2002.

ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”, *Revista Jurídica*, v. 301.

auxílio de uma teoria, por mais forte que seja” (Jürgen Habermas, *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 282).

⁴⁹ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 178.

⁵⁰ Manter-se a atual concepção, mas sempre buscando adaptá-la à realidade com interpretações adequadas e reformas legislativas.

⁵¹ No original: “the only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice” (John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1996, p. 4).

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto Processuale Comunitario*, 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- BOBBIO, Norberto Bobbio. *O positivismo jurídico*, trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura e falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro, Madrid: Civitas, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. “Diritto ad un processo equo”, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (a cura di Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi). Padova: Cedam, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- DELGADO, José Augusto. “Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais”, *Coisa Julgada Inconstitucional*, coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”, *Coisa Julgada Inconstitucional*, coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia. “Justicia Constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, *Revista de Direito Público*, v. 92.
- GARCÍA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- GRECO, Leonardo. “Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior”. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

- HABERMAS, Jürgen Habermas. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, 2.^a ed.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*, 4.^a ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99”, *Revista Diálogo Jurídico*, n. 11, fevereiro/2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: uma proposta de projeto de lei”, *Revista Jurídica Virtual*, n. 6, novembro/1999. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex-Jurídica, 1993.
- PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Armado Editor, 1979.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1996.
- ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprobrecht*, 15.^a ed.. München: Verlag C.H. Beck, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. “Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade”, *Revista de Processo*, v. 106.
- THEODORO JR., Humberto; e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, *Coisa Julgada*

Inconstitucional, coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Editora América Jurídica, 2002.

VESPAZIANI, Alberto. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*. Padova: Cedam, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.