A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Maria Fernanda Souza Carvalho, Bacharela em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe, Aprovada no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Social da Bahia em parceria com o Curso Ciclo Renovando Conhecimento.

RESUMO: Este presente artigo recai sobre a área do Direito Processual Civil, ramo do Direito Público, tendo como foco, prioritariamente, a possibilidade da revisão de decisão judicial transitada em julgado, após o decurso do prazo legal de dois anos em razão da supremacia da Constituição e da aplicação da Teoria da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; princípio da segurança jurídica; relativização da coisa julgada; coisa julgada inconstitucional; injustiça das decisões judiciais.

ABSTRACT: This presented article work brings a theme which lies on the Civil Procedure Law field, from the Public Law area, in which the focus is the review possibility of a judicial decision in the jury, after the legal term of 2 years according to the Constitution supremacy and to the application of the justice theory.

KEYWORDS: *Res judicata*; principle of legal certainty; res judicata relativization; unconstitutional *res judicata*; injustice of decisions.

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica conceitua e preserva a coisa julgada a nível constitucional e infraconstitucional como instituto imprescindível para a efetividade do princípio da segurança jurídica, guardião da estabilidade necessária das relações jurídico-sociais tuteladas pelo Poder Judiciário após a prestação

jurisdicional por meio de decisão transitada em julgado.

O tema em tela coaduna-se com a necessária e inevitável evolução do Direito, sobretudo do Direito Processual Civil, ante a dinâmica da sociedade para a garantia dos direitos fundamentais, da soberania da Constituição e da busca pela materialização da justiça.

Nesse sentido, buscar-se-á reconhecer a possibilidade da revisão da coisa julgada material depois de transcorrido o prazo legal para o ajuizamento da ação rescisória, disposta no artigo 485, do Código de Processo Civil.

Demonstrada a possibilidade constitucional e legal da relativização da coisa julgada material, estudar-se-á se a imodificabilidade e a imperatividade do instituto processual podem ser questionadas em situação não recepcionada no rol do supramencionado artigo em caso de decisão judicial fundamentada em norma jurídica declarada posteriormente inconstitucional, como é permitido nos embargos à execução contra a Fazenda Pública do artigo 741, inciso II cumulado com o parágrafo único, e na impugnação ao cumprimento de sentença do artigo 475 – L, inciso II cumulado com o parágrafo § 1º, todos do CPC, inovações estas trazidas pela Lei n° 11.232/2005.

A relativização da coisa julgada suscita também a revisão de julgados após o interstício de dois anos nos casos de tutela jurisdicional injusta como, por exemplo, em decisões de processos de investigação de paternidade e de indenização de desapropriação pautada em laudo pericial fraudulento ou ilegal.

Portanto, visar-se-á demonstrar que a desconsideração da coisa julgada material é solução para determinadas hipóteses diante da supremacia dos direitos fundamentais e de outros princípios sobre a segurança jurídica, haja vista como afirma Sandra de Cássia Viecelli Jardim (2006, p. 58), "assim como é de fundamental importância para a ordem jurídica o respeito ao instituto da coisa julgada, também existem outros princípios constitucionais de igual importância que merecem prestígio".

2. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

O sistema jurídico põe limite à propositura da ação rescisória no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença meritória e nas situações expressamente positivadas, o que surge a indagação sobre a possibilidade de desconstituir a coisa julgada depois de transcorrido aquele

lapso decadencial em casos excepcionais.

Há alguns anos vem se desenvolvendo na processualística civil o reconhecimento "ilegal" da revisão da coisa julgada material após o transcurso do prazo de dois anos para o ajuizamento da impugnação rescisória por meio da relativização ou, como defende Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 467), desconsideração da coisa julgada. A relativização dos efeitos preclusivos da coisa julgada passou a ser suscitada nos exemplares e pontuais casos de investigação de paternidade e de desapropriação de imóvel supervalorizado com a imposição de injusta indenização contra a Fazenda Pública, os quais serão tratados mais adiante.

A possibilidade da revisão de decisão transitada em julgado e de seu consequente questionamento no tocante ao dogma absoluto de sua autoridade dá-se mediante a conveniência e a especificidade de determinadas situações na pauta dos ideais da justiça, constitucionalidade e legalidade da tutela jurisdicional e efetividade dos direitos e das garantias fundamentais.

Toda celeuma acerca da desconstituição da intangibilidade da autoridade da coisa julgada é resumida por Willian Felipe Camargo Zuqueti (2009, [n.p.]) ao afirmar que "é o valor justiça que será o contraponto do valor segurança, sendo o primeiro a base da teoria da relativização da coisa julgada e o segundo o fundamento da repulsa a tal teoria". A divergência sobre o tema em destaque tem o seu núcleo na mudança de visão sobre a coisa julgada, tendo em vista a tradicional compreensão de que este instituto processual é uma garantia constitucional disciplinada pelo Direito Infraconstitucional, chancela legítima de caráter político e social em razão da concessão de segurança às relações jurídicas agasalhadas pelos efeitos preclusivos da decisão passada em julgado, por ser o mais alto nível de estabilidade conferida aos atos do Estado-juiz.

Simone Sá Portella (2009, [n.p.]) afirma que o direito fundamental à estabilidade das decisões judiciais, por se tratar de direito constitucional, só pode ser desconsiderado quando em conflito com outro direito fundamental ou quando houver disciplina legal.

Sabe-se que a ação rescisória somente pode ser utilizada para rescindir a decisão meritória nos casos previstos no CPC, sob a justificativa de ser realizada interpretação literal, sob pena de afronta à autoridade da coisa julgada material, tendo em vista que a rescisão da decisão irrecorrível trata-se de uma exceção à imodificabilidade de seu conteúdo. No entanto, surge a controvérsia da desconstituição dessa decisão em hipótese não reconhecida

para o ajuizamento de demanda rescisória como, por exemplo, a coisa julgada inconstitucional, questão que será tratada mais adiante.

A doutrina e a jurisprudência têm admitido a possibilidade de flexibilização da coisa julgada em homenagem a outros valores e princípios, posto que o progresso da Ciência do Direito volta-se para uma nova mudança de consciência em prol da valorização da verdade real. Destaca-se que em sociedade de seres humanos livres, pautada na democracia, a justiça está acima da segurança, ideia orientadora para o atendimento dos intuitos sociais do processo e das exigências do bem comum. Na verdade, o que almejou o legislador constituinte de 1988 não foi apenas assegurar o acesso à justiça, contudo, outrossim, o acesso à ordem jurídica justa ou, redundantemente, "acesso à justiça justa".

Por essa razão, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 9) sintetiza o estudo da relativização da coisa julgada em dois aspectos os quais são que a garantia deste instituto processual não pode ultrapassar os seus efeitos e deve ser colocada em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e outros institutos jurídicos a fim de se efetivar a justiça no processo civil.

A discussão sobre a desconsideração da coisa julgada recai sobre casos extremos de manifesta injustiça, ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, sendo nessas situações que a tese relativista da autoridade deste instituto jurídico demonstra que suas características absoluta e intangível podem ser danosas por comprometer os fins públicos do Estado Constitucional e de Direito.

O vocábulo ou verbo relativizar não é encontrado na maioria dos dicionários brasileiros. Porém, para a corrente relativista, a palavra *relativizar* não corresponde a relativo, todavia significa desmitificar a coisa julgada, ou seja, não torná-la absoluta em todas e quaisquer hipóteses, sem deixar de reconhecer o seu fundamento jurídico, pois o Direito está em constante evolução com a sociedade, sendo que este instituto processual tem moldadas as suas dimensões de acordo com o tempo e o espaço, ou seja, o tratamento conferido à coisa julgada diferencia-se das legislações de outrora em relação às legislações presentes, bem como se diferencia em outros ordenamentos jurídicos em relação ao Direito pátrio.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003 apud WAMBIER et al., 2007, p. 528-529) criticam a expressão *relativização da coisa julgada*, considerando-a desmitificação da tradição de reconhecer a coisa julgada como dogma absoluto:

> [...] a expressão "relativização da coisa julgada" pode sugerir que a coisa julgada "se opere em relação a uns e não a outros, quando não é esse o fenômeno a que a doutrina vem querendo referir-se. Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece, o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo [...]".

O que a tese relativista advoga é que a consciente e prudente flexibilização da coisa julgada regula a harmonia de determinados princípios, valores e fins públicos constitucionais e infraconstitucionais tão ou mais importantes do que a definitividade/estabilidade das decisões judiciais.

A sistemática de consideração da autoridade da coisa julgada como dogma absoluto do processo civil é mitigada quando transgride valores que estão além da relevância da segurança jurídica precursora da pacificação social.

Nessa acepção, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2010, p. 31-32), de forma mais ponderada, admite a relativização da coisa julgada apenas naquelas situações excepcionais, a quem ele denomina de teratológicas, cujo cumprimento da decisão judicial resultaria em grave lesão a valores éticos e garantias constitucionais.

Nesse tom, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 314-315) reforça que as sentenças que afrontam valores humanos, éticos, sociais e políticos não se legitimam para evitar a perpetuação de conflitos, inconstitucionalidades gravíssimas e injustiças manifestas, tratando-se de excepcionalíssimas hipóteses que merecem ter abrandada a coisa julgada.

Em que pese os argumentos suscitados, a flexibilização da coisa julgada trata-se de tema que divide opiniões favoráveis e contrárias. Nessa compreensão, Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 56-57), como alguns doutrinadores, aponta os seus perigos:

> A sinalização de êxito na desconstituição de sentença transitada em julgado sem a devida previsão legal significará que os litígios se tornarão intermináveis. [...] Seria intolerável para o sistema conviver com

> soluções de conflitos intermináveis, já que quantas vezes for o inconformismo com o teor da decisão, natural de qualquer sucumbente, quantas vezes será a proposta de renovar a atividade estatal – jurisdicional.

Refutando o raciocínio exposto, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 22), um dos capitães da corrente relativista, defende que "evitar a propagação de litígios, sim, mas evitá-la sem prejuízo a esses valores [princípios, valores e fins públicos constitucionais e infraconstitucionais]".

Deduz-se que a corrente relativista da flexibilização da coisa julgada não infere a apologia à eliminação deste instituto processual, pois não deixa de reconhecer o seu valor jurídico-político para a definitividade das relações jurídico-processuais como precursora da ordem e paz sociais. Contudo, ante determinados valores éticos, princípios, direitos, garantias e fins públicos, concretizados na ordem constitucional, legal e política, em casos extremados e de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas, a autoridade da coisa julgada, geradora da segurança jurídica, cede seu espaço de importância para estas situações excepcionalíssimas. Trata-se de tendência da nova processualística civil, concatenada com os horizontes constitucionais e da Teoria da Justiça.

A teoria da relativização da coisa julgada raciocina este instituto processual como valor relativo a depender do caso posto em exame, e não como valor absoluto do sistema jurídico, compreendido pela consciência tradicional, visto que a justiça das decisões da tutela jurisdicional é valor de maior sublimidade que deve ser preservado em função do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, CF/88).

2.1. FUNDAMENTOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O fundamento da relativização da coisa julgada prima pelos ideais de justiça das decisões judiciais, o que leva a doutrina e os órgãos do Judiciário a repensar o conceito de acesso à justiça como apenas receber tutela jurisdicional na ofensa ou na ameaça de ofensa a direito perante a apreciação e o julgamento de uma questão posta *sub judice*, mas como a prestação de tutela jurisdicional legal, constitucional e justa, garantidora da primazia dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios e regras

constitucionais e infraconstitucionais. Trata-se de nova consciência que se opõe à ilegitimidade da perpetuação das injustiças a evasiva de impedir a infinidade de inseguranças.

A ponderação de valores com arrimo em juízo de proporcionalidade e razoabilidade poria na balança a segurança jurídica, de um lado, e a justiça, de outro. A segurança jurídica, como fundamento primordial da intocabilidade da coisa julgada material, pode ser posta em detrimento ante a supremacia de outros valores tão ou até mesmo mais relevantes do que a mesma como regras e princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais. Não se pode tornar o princípio da segurança jurídica óbice à persecução da justiça por meio da aplicação do princípio da justiça das decisões judiciais, derivado do direito de acesso à prestação jurisdicional, devendo-se, no choque entre princípios, harmonizá-los e não revogá-los.

Ainda são reconhecidos como fundamentos da relativização da coisa julgada: a garantia deste instituto processual concedida pela proteção constitucional em face somente do princípio da irretroatividade da lei para atingir fatos pretéritos, considerados casos julgados; a aplicação dos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da instrumentalidade; a jurisdição consubstanciada na verdade dos fatos, ou seja, na verdade real; a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença; a eficácia de direitos e garantias fundamentais (elemento a ser tratado nas decisões injustas das ações de estado da pessoa – investigação de parentalidade).

A tese relativizadora também elenca a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença, pois como ensina Humberto Theodoro Jr. (2010, p. 549) somente quem transita em julgado é o dispositivo, também denominado de conclusão, e não sua fundamentação.

Os fatos suscitados no processo compõem a doutrinariamente denominada causa de pedir remota, que juntamente com as questões de direito, as chamadas causa de pedir próxima, formam os fundamentos da demanda, considerados elementos da ação. É a partir da apreciação do sustentáculo fático que será definida a relação jurídica posta *sub judice*, sendo a via eleita para se conhecer e declarar a situação jurídica do processo e se tornando, assim, verdade no processo. Porém, por não decorrer a coisa julgada da verdade dos fatos, aquele fato considerado verdadeiro em um feito pode ser inverídico em outro.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado (2005 apud SILVA JR., 2009, p. 69) argumenta também a ausência de trânsito

em julgado da verdade dos fatos da sentença, a justa indenização nas desapropriações e as desigualdades das relações tributárias como possíveis alegações da flexibilização da coisa julgada.

Ademais, José Augusto Delgado (2007, [n.p.]) enuncia razões para a fundamentação da relativização da coisa julgada já tratadas como a inconstitucionalidade, a ilegalidade, a injustiça e a ausência de trânsito em julgado da verdade dos fatos da sentença, mas mostra também a conveniência da especificidade de outros motivos como a imoralidade pública e privada, a falta de sintonia da verdade formal com a verdade real, a responsabilidade social do Poder Judiciário no regime democrático, a aplicação dos princípios da razoabilidade, da isonomia, da separação de Poderes e da dignidade da pessoa humana, e a valorização da cidadania.

Eduardo Juan Couture (1978 apud DINAMARCO, 2001, p. 17-18; JARDIM, 2006, p. 50; PAVARINA, 2005, p. 56; SILVA JR., 2009, p. 84) indica como um dos fundamentos da relativização da coisa julgada também a *coisa julgada delinquente* consubstanciada em *fraude processual*, com base no caso do fazendeiro rico, que em trama ardil com o advogado da parte autora, prejudica suposto filho havido com a sua empregada em investigação de paternidade ao fraudar o processo, transitando em julgado a sentença de improcedência, cominando, assim, com o não reconhecimento da paternidade[1]. Esse exemplo apontado pelo processualista uruguaio representa que a autoridade absoluta da coisa julgada é prejudicial ao livre e pleno exercício dos direitos fundamentais ao conhecimento da verdadeira origem biológica, à filiação e de seus demais direitos, entre estes os de ordem patrimonial (alimentos, herança etc.), os quais são tão ou mais relevantes do que a segurança jurídica de uma relação jurídico-processual estabilizada pelo trânsito em julgado de decisão injusta e descombinada da verdade real.

[1] Eduardo Couture (COUTURE apud DINAMARCO, 2001, p. 17-18; PAVARINA, 2005, p. 56; SILVA JR., 2009, p. 84) estudou o caso do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para forrar-se às responsabilidades de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluiado não recorreu. Mais tarde, chegando à maioridade, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.

Com base em interpretação *a contrario sensu* da ementa da decisão abaixo do STJ, conclui-se que este Tribunal acolhe a desconsideração da coisa julgada nas situações extraordinárias em virtude de sentença nula ou inexistente, mas reconhecendo também que há membros do próprio órgão que não admitem a relativização em hipótese alguma:

> Ação de nulidade (querella nullitatis). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência). 1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma. 2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade. 3. A admissão, em casos que tais, da querella nullitatis contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade. 4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial. (STJ, 6ª Turma, REsp 893477/PR – Recurso Especial 2006/0227512-4, Relator Ministro Nilson Naves, data do julgamento 22/09/2009).

Assim, os argumentos da tese dos defensores da desconsideração da autoridade da coisa julgada material podem ser compreendidos no sentido de que:

> Adotar a tese da intangibilidade da coisa julgada seria ignorar a dinâmica da própria vida consistente na mudança, movimento, rotatividade da sociedade em que estamos inseridos. As decisões judiciais como obras materializadas por um ser humano não são perfeitas; por muitas vezes estarão repletas de patologias, contrariarão a lei, violarão direitos e garantias individuais, ferirão mortalmente a Magna Carta (ZUQUETI, 2009, [n.p.]).

Compreende-se que a autoridade da coisa julgada como cláusula assecurativa da estabilidade das relações jurídicas amparadas por decisões judiciais irrecorríveis devido ao seu trânsito em julgado não é uma garantia dogmática absoluta para sua imodificabilidade nas hipóteses de vícios inconvalidáveis ou transrescisórios como, por exemplo, ilegalidades, inconstitucionalidades e injustiças patentes.

Destarte, trata-se a mitigação da coisa julgada de questão merecedora de construção de novos discursos jurídicos sobre a supremacia da Constituição, a justiça dos atos jurisdicionais e a efetividade de direitos e garantias fundamentais em cima da desconstrução e reconstrução de discursos conservadores e positivistas acerca da autoridade da coisa julgada, tendo em vista a produção de reflexos relevantes nas relações jurídicas estabilizadas ilegal, injusta e/ou inconstitucionalmente pela norma jurídica individual de decisão judicial transitada em julgado.

3. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

As hipóteses de coisa julgada inconstitucional poderiam se traduzir na sentença fundada em lei declarada posteriormente inconstitucional em sede de controle concentrado, em sede de controle difuso, desde que o Senado Federal suspenda sua execução, ou súmula vinculante do artigo 103 – A, da CF/88. Cabe ainda lembrar que o artigo 485, do CPC não prevê hipótese de rescindibilidade com fulcro na coisa julgada ao arrepio da Constituição, ou seja, coisa julgada inconstitucional.

O fundamento seria que uma lei declarada inconstitucional, segundo toda a tramitação legal para tal declaração, é inconstitucional desde sua concepção, portanto, nula. Logo, a decisão judicial fundamentada em lei nula também é nula, não sendo acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Para Fábio Passos de Abreu e Gaspar Feitosa de Gouveia Filho (2009, [n.p.]), a norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional é norma inexistente juridicamente, sendo, portanto, pura e simplesmente um fato jurídico.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 233-234) compreendem que declarada inconstitucional a norma jurídica e tendo a decisão efeitos retroativos, deve-se considerar que a lei nunca existiu, ou seja, nunca integrou o ordenamento jurídico. Nesse sentido, já se pronunciou o STJ:

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. TITULARIDADE. NOMEAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA PARA A DESCONSTITUIÇÃO DO ATO. ADVENTO DA LC 183/99. EFEITOS 'EXTUNC' E 'ERGA OMNES' DA DECLARACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. A superveniência da LC nº 183/99, conferindo ao Governador do Estado de Santa Catarina a atribuição exclusiva de prover e desprover os cargos das serventias extrajudiciais, não afasta a competência do Presidente do Tribunal de Justiça para desconstituir ato seu, nomeando os respectivos titulares sem concurso público, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF. 2. Lei inconstitucional é lei natimorta; não possui qualquer momento de validade. Atos administrativos praticados com base nela devem ser desfeitos, de ofício pela autoridade competente, inibida qualquer alegação de direito adquirido. 3. Afronta à CF, arts. 2º e 102, I, 'a', não configurada. 4. Embargos rejeitados. (STJ, EDROMS 10527/SC – Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 1999/0006135-7, 5ª Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, data de julgamento 03/02/2000).

Em defesa dessa possibilidade, Marco Antonio Corrêa Monteiro (2008, [n.p.]) entende que a desconsideração da coisa julgada em virtude de inconstitucionalidade não afronta o princípio da segurança jurídica, haja vista que se firma em critérios objetivos na medida em que se efetiva a supremacia da Constituição.

Nesse sentido, Lyts de Jesus Santos (2009, [n.p.]) assevera que "a coisa julgada inconstitucional é tema bem menos tormentoso, por ser mais objetivo" e continua ao argumentar o seguinte:

> Na relativização da coisa julgada inconstitucional sempre se deverá dar prevalência ao que decidido pela Suprema Corte, enquanto que nas outras hipóteses,

> segundo se defende, dever-se-ia estabelecer uma ponderação de interesses. Sim, sempre se deve dar prevalência ao texto constitucional em detrimento da coisa julgada. A segurança jurídica é apenas um dos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico. Nada obstante sua relevância, não se pode fazer dela princípio máximo da ordem constitucional, pois a Constituição não o fez.

Quando o legislador constituinte de 1988 dispôs sobre a inalterabilidade da coisa julgada no artigo 5º, inciso XXXVI, para assegurar a tão digna e essencial segurança jurídica, seu desiderato foi o de preservar este instituto processual da retroatividade da lei nova a fim de garantir aos jurisdicionados a conclusão da solução da lide. Contudo, se a coisa julgada for inconstitucional, poderá ser sujeita à desconsideração, ainda que ultrapassado o prazo decadencial da ação rescisória.

Lyts de Jesus Santos (2009, [n.p.]) constata 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" e "o texto constitucional é claro: a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se de uma proteção forjada pelo constituinte em face da atuação do Poder Legislativo".

Em defesa do tema, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 21) leciona o seguinte:

> Em primeiro lugar, há situações em que as normais consequências da coisa julgada podem comprometer certos escopos de disposições constitucionais ou legais, de modo que, quando isso acontecer, ulteriores demandas sobre a mesma matéria devem ser admitidas.

A autoridade da coisa julgada jamais poderá sufocar a autoridade da Constituição, pois esta protege aquele instituto processual. Compreender o contrário é transformar a coisa julgada em instituto superior à própria Constituição, o que seria um contrasenso diante da consubstanciação contemporânea de Estados Constitucionais em que o Estado-Legislação, o Estado-Administração e o Estado-Jurisdição se curvam aos princípios, regras

e valores constitucionais, devendo todo e qualquer ato estatal ser nulo e banido da ordem político-jurídica se contrário à Lei das Leis.

Da mesma forma que os atos dos Poderes Executivo e Legislativo devem ser produzidos de acordo com o texto constitucional, as decisões judiciais também devem sê-lo. Trata-se do princípio da constitucionalidade de todos os atos do Poder Público que lhes confere validade se amoldados à Constituição.

Além disso, não poderia ser dado tratamento diferente, ainda que os membros do Poder Judiciário ingressem pela via da meritocracia (concurso público de provas e títulos – artigo 93, inciso I, da CF/88), visto que toda a máquina estatal deve se adequar à superioridade hierárquica da Constituição.

Destarte, a decisão judicial que contrarie a Constituição não pode produzir a eficácia preclusiva da coisa julgada, pois a sua desarmonia com a maior norma do ordenamento jurídico gera um desacato aos valores da justiça e da cidadania.

A autoridade da coisa julgada não pode vencer a lei no que cerne à inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais importante do que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é isenta, qualquer que seja o tempo escoado desde sua entrada em vigência aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a decisão judicial passada em julgado formadora da coisa julgada inconstitucional também não está livre de controle de constitucionalidade.

Infelizmente há a disseminação da consciência de que os mecanismos de controle de constitucionalidade não são aplicáveis aos atos prestadores de tutela jurisdicional, uma vez que controle de constitucionalidade repressivo[2] é, em regra, exclusivo do Poder Judiciário. Ao que parece o Judiciário é olvidado do controle de constitucionalidade e considerado função do Estado incapaz de prolatar decisão que afronte a Carta Constitucional, o que é compreensão incoerente. Os provimentos jurisdicionais não recebem

[2] Alexandre de Moraes (2007, p. 682-683) explica que o Direito Constitucional brasileiro adotou o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário como regra na retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo já editados quando contrários à Constituição Federal, pelo Poder Judiciário, sendo reservado ou concentrado (via de ação), e difuso ou aberto (via de exceção ou defesa). Excepcionalmente, a CF/88 dispõe sobre o controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Legislativo na hipótese do artigo 49, V (competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa), e na hipótese do artigo 62 (possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar medida provisória com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista).

tratamento especializado com privilégio do Direito para serem postos em nível superior ao dos atos dos demais Poderes, pois o artigo 2º, da CF/88 prevê implicitamente a igualdade entre os três Poderes da Federação.

José Joaquim Calmon de Passos (2007 apud SANTOS, 2009, [n.p.]) manifesta-se da seguinte maneira sobre a natureza jurídica da decisão judicial:

> O imperativo do princípio da legalidade e o postulado, essencial à democracia, de que não há senhores nem súditos, todos iguais e submetidos à única vontade soberana e constitucionalmente formalizada (a lei em sentido lato) impõe a impugnabilidade e o controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente do Poder. Decidir sem possibilidades de controle é decidir de forma incompatível com o sistema democrático. O magistrado nem é um soberano, nem um Deus, sim um servidor. [...]. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle, a decisão, soberana seria a da autoridade, não a da lei, não a do povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. [...]. Num sistema democrático, deveríamos todos, quotidianamente repetir, como uma espécie de jaculatória cívica, que nada autoriza ver-se o magistrado como um homem diferente de todos os demais homens, mais sábio, mais puro, mais justo, mais informado, mais aparelhado, mais corajoso e mais isento. Por enquanto ainda não há um laboratório de que saiam, como produto, homens perfeitos. Daí terem os magistrados o mesmo estofo de que são feitos os legisladores e os administradores, os civis e os militares, os leigos e os clérigos, para ficarmos só nesses integrantes do espectro social.

Em compreensão oposta, Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 202-203) alega que não há no Direito brasileiro o controle de constitucionalidade das decisões judiciais a qualquer momento, mas somente podendo haver impugnação dos atos jurisdicionais proferidos contra a Constituição na apelação (artigo 513, do CPC), no recurso extraordinário (artigo 102, III, da CF/88) e na ação rescisória (artigo 485, do CPC). Ademais, argumenta esse processualista que ainda que não haja expressa

previsão de controle de constitucionalidade das decisões judiciais no rol do artigo 485, do CPC, a ação rescisória é cabível se houver afronta a texto expresso da Constituição, a princípio constitucional não positivado ou ao espírito ou ao sistema da CF, desde que dentro do prazo legal de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão atacada. Assim, mesmo que a decisão judicial tenha sido proferida em direção contrária à Constituição e tenha transcorrido o prazo decadencial, a coisa julgada não pode ser desconstituída porque gerou norma para o caso concreto.

Araken de Assis adverte sobre a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional (2008 apud SANTOS, 2009, [n.p.]):

> Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancarão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, *a priori*, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Ainda em sentido oposto, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 588) tenta expor o perigo da relativização da coisa julgada fora das situações taxativas do rol do artigo 485, do CPC, argumentando que a coisa julgada "é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la".

Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 20) argumenta que a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange tanto as matérias deduzidas como as dedutíveis, ainda que sejam questões de direito que o juiz poderia ter

conhecido de ofício, inclusive as de constitucionalidade. Para esse autor (2010, p. 75-76), o julgamento implícito (ou eficácia preclusiva), previsto no artigo 474, do CPC, objetiva proteger a declaração contida na sentença, pois se parte da presunção de que todas as matérias deduzidas e dedutíveis foram apresentadas pelas partes e pelo órgão jurisdicional, todavia não significando que os motivos da sentença transitam em julgado. Destarte, o mesmo doutrinador (2010, p. 77) conclui que ainda que a questão de constitucionalidade seja de conhecimento de ofício ou prejudicial, e, neste aspecto, assim, não faça coisa julgada material, a mesma não pode ser rediscutida em ação posterior diante da preclusão.

Em patrocínio à superioridade da Carta Magna, José Delgado (2002 apud ZUQUETI, 2009, [n.p.]) diz que:

> Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.

Ao que parece a compreensão transcrita acima é mais combinada com o novo paradigma de interpretação e efetividade da Constituição, que se tornou o centro normativo e axiológico de todo o sistema jurídico. Como assevera Luís Roberto Barroso (2005, [n.p.]), trata-se do fenômeno denominado de neoconstitucionalismo, o qual vem se desenvolvendo desde meado do século XX, com berço na Alemanha posterior à Segunda Guerra Mundial.

O neoconstitucionalismo preconiza a mudança de consciência filosófica, política e jurídica acerca da Constituição, que deixa de ser mero documento formal e político, e passa a ser o centro irradiador material e axiológico do sistema jurídico. Contudo, cabe compreender que a força normativa da Constituição não se expande apenas como referência para o Poder Legislativo, mas também para todos os demais Poderes do Estado.

A nova dogmática constitucional estabelece o dever de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional estar atrelado, formal e materialmente, à Constituição, bem como todos os atos estatais, até mesmo as decisões judiciais passadas em julgado, criadoras de normas jurídicas individuais do caso concreto, devem harmonizar-se às regras, aos princípios e aos valores constitucionais.

O Poder Judiciário tem como um dos seus papéis precípuos a proteção da Constituição, considerada instrumento legítimo e eficaz para a máxima realização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalizados. Essa proteção fundamenta-se no reconhecimento da jurisdição constitucional, como expõe Luís Roberto Barroso (2005, [n.p.]).

Destarte, o dever de interpretação da Constituição, o qual é exercitado por todos os membros do Poder Judiciário, ou seja, do juiz singular até o STF, configura a jurisdição da Constituição ou jurisdição constitucional, tendo todos os órgãos judiciários a permissão para furtar a aplicação da lei ou do ato normativo inconstitucional ou até mesmo desconsiderar a coisa julgada fundada em lei ou ato normativo inconstitucional.

Portanto, todo e qualquer ato estatal, inclusive as decisões judiciais, deve ser passível de controle de constitucionalidade a qualquer momento, pois todos os Poderes do Estado giram em torno da Constituição. Assim, são ineptas as alegações de segurança jurídica e de presunção de constitucionalidade das leis para fundamentar a validade de decisão judicial violadora da Constituição para legitimar a coisa julgada inconstitucional, ainda que não possa mais ser ajuizada, nos termos do CPC, ação rescisória.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 59) subdivide a coisa julgada inconstitucional em *lato sensu* e *stricto sensu* para fins didáticos. A coisa julgada inconstitucional *lato sensu* é qualquer sentença ou acórdão transitado em julgado que afronte a Constituição, mesmo que não haja decisão do Supremo Tribunal Federal que solucione a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Já a coisa julgada inconstitucional *stricto sensu* é aquela baseada em decisão do STF com eficácia *ex tunc*, o que seria o caso de ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

A desconsideração da coisa julgada inconstitucional pode ser arrimada pelos instrumentos constitucionais legais já dispostos no ordenamento jurídico.

Deve-se ressaltar que há parcela da doutrina contrária à retroatividade dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei, a qual

afirma que a Lei n° 9.868/99 (processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) ao determinar no artigo 27 que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem eficácia *ex tunc*, os seus efeitos podem ser restritos por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, podendo o STF 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. Para essa doutrina, a coisa julgada é uma restrição à retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Sandra de Cássia Viecelli Jardim (2006, p. 57) assevera o seguinte acerca da possibilidade de o STF estabelecer eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo:

> Caso o natural efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade de uma norma possa vir a pôr em risco valores como o interesse social e a segurança jurídica, será o caso do STF restringir os efeitos da declaração. Essa norma, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal estabeleça limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, permite também à Suprema Corte que realize o controle de constitucionalidade adaptado às condições sociais, o que é por demais importante, a fim de que sejam evitadas as situações anti-isonômicas decorrentes da aplicação não uniforme das normas.

Nesse nível, Luiz Guilherme Marinoni (2008, [n.p.]) alega que tal questão deve ser vista com cautela, uma vez que:

> 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 ideia levaria à instituição de um "controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado" [...].

Nessa esteira, constata-se que a possibilidade de o STF estabelecer eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo limita a eficácia retroativa gravosa, tendo em vista que protege a segurança jurídica das relações jurídico-sociais, sobretudo quando as questões envolvidas sejam de massa (coletivas) como, por exemplo, tributárias, previdenciárias, relações de consumo, entre outras.

Cabe ressaltar ainda no que cerne à reflexão sobre a coisa julgada inconstitucional acerca da impugnação ao cumprimento de sentença do artigo 475 – L, inciso II, combinado com o § 1º, e dos embargos à execução contra a Fazenda Pública do artigo 741, inciso II, combinado com o parágrafo único, todos do CPC, tratando-se de avanços introduzidos na processualística civil hodierna, pois agora o ordenamento jurídico positivo prevê a alegação da lei declarada inconstitucional posteriormente na execução de título judicial. Trata-se de indagações de relativização proposta por vias atípicas de desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Cabe ainda destacar que no âmbito do processo do trabalho, pode ser arguída em embargos à execução a inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação consideradas incompatíveis com a Constituição de 1988 (artigo 884, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho).

4. INJUSTIÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS

O núcleo do debate sobre o tema repousa-se na revisão de decisão judicial transitada em julgado depois de decorrido o lapso temporal de dois anos em situação de tutela jurisdicional injusta. É nesse ponto do tema em pesquisa que se analisa a coisa julgada injusta.

A injustiça das decisões decorre de situações estabilizadas em sentenças/acórdãos violadores de regras e princípios constitucionais, da moralidade e, sobretudo, dos valores da justiça. O sistema processual não pode radicalizar a autoridade absoluta da coisa julgada em detrimento da justiça, considerada pedra angular do Direito, só e tão apenas em homenagem a manutenção da intocabilidade da coisa julgada.

Defender a absolutização do manto rígido da coisa julgada é conferir legitimidade à sociedade que caminha para a estagnação formadora da antidemocracia e inidônea para sua auto-reflexão. A proteção eterna e desprovida de qualquer contemplação sistemática sobre os outros valores e

normas também presentes e relevantes no ordenamento jurídico em relação à coisa julgada contribui para a apatia política e jurídica.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 76) propõe que no caso de colisão entre segurança jurídica e a justiça, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para fixar qual prevalecerá em relação à outra, em que pese a inexistência absoluta e isolada de cada uma sem a outra.

A não mitigação da autoridade absoluta desse instituto processual levará ao engessamento do Direito diante de seu afastamento da verdade real em razão da imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo de decisões injustas, somente porque já passaram em julgado. A mantença da intangibilidade da coisa julgada em *todas* as decisões judiciárias transitadas em julgado em favor da segurança jurídica, ainda que seja segurança jurídica injusta, levará o Direito Processual à involução.

A manutenção da injustiça feita por tutela jurisdicional em virtude da prevalência da segurança jurídica ofende a cidadania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso II, da Carta Política pátria, o que gera uma desarmonia em todo sistema normativo, uma vez que um comando sentencial emanado do próprio Estado provocaria uma autolesão.

A contemporânea Filosofia do Direito, que se encontra em processo de evolução desde meado do século XX a partir do renascimento do jusnaturalismo, das críticas ao positivismo absoluto e do surgimento do pós-positivismo, debate a necessidade de construção de novos estudos acerca da conveniência e da necessidade de concretização de uma via de mão dupla entre o Direito positivo e a deontologia diante das realidades sociais, do dinamismo do desenvolvimento material e imaterial da sociedade, das novas relações jurídicas e da crise de valores pelas quais passam as instituições públicas e privadas.

A partir desses novos estudos e reflexões críticas sobre a realidade social, política, econômica, cultural e jurídica, o Direito verifica que a teoria da justiça deve ser um de seus objetos vinculados e de extrema indispensabilidade na resolução das situações conflituais concretas levadas constantemente ao Estado-juiz.

A doutrina e os tribunais deparam-se diante das situações de investigação de paternidade com base em exame de DNA e laudo pericial em condenação indevida ou excessiva contra a Fazenda Pública em processo de indenização de ações de desapropriação, por exemplo. Também se tratam de hipóteses

que ensejam a desconsideração da autoridade da coisa julgada fora do rol de *numerus clausus* do artigo 485, do CPC.

4.1. AÇÕES DE ESTADO DA PESSOA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A situação exemplar mais discutida na doutrina em relação à possibilidade de revisão da sentença transitada em julgado depois de dois anos é a da ação de investigação de paternidade. Essa se trata de ação de estado, de natureza declaratória e de pretensão imprescritível.

A prova mais cabal hodiernamente utilizada para demonstrar as alegações do investigante[3] em processo de investigação de paternidade é o exame de DNA. Por meio dessa prova pericial, sabe-se se uma pessoa é ou não ascendente de outrem com probabilidade de 99,9999999%, o que significa uma certeza científica.

O exame de DNA tem tanta credibilidade em razão do elevado grau de confiabilidade e segurança transmitidas em seu resultado que vem se tornando cada vez mais a prova principal nas ações filiatórias. No Direito Comparado também já vem se solidificando essa tendência atual. Nesse sentido, em 1994, os argentinos Verruno et al., citados por Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 72), dizem o seguinte:

> O DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consanguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em Cortes e Tribunais de Justiça de todo o mundo.

Por meio do surgimento e da evolução da técnica do teste de ADN (é a tradução portuguesa da sigla inglesa do DNA que significa Ácido Desoxirribonucleico), verifica-se a injustiça aplicada no desfecho de muitos

[3] Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 350-356), o autor da ação de investigação de paternidade é chamado de investigante, pois o suposto filho, havido fora do casamento e não reconhecido voluntariamente, necessita da prova do exame de DNA para demonstrar a sua relação jurídica com o suposto pai, que é denominado de investigado na demanda, não havendo esta necessidade de comprovação do filho havido na constância do matrimônio, tendo em vista que a filiação é presumida no teor do artigo 1597, do Código Civil.

processos de investigatória de parentalidade em razão da inexistência ou da imprecisão do exame de DNA quando este foi realizado ou mesmo pela hipossuficiência financeira das partes o fazerem.

É interessante destacar também que se constata flagrante injustiça aplicada aos processos de investigação de paternidade quando o exame de DNA é realizado *fraudulentamente* devido ao conluio secreto entre uma das partes e a clínica ou o hospital/laboratório responsável pela elaboração daquela prova, devendo tal situação ser objeto de rediscussão e rejulgamento, mesmo que já transcorrido o prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado para a propositura de ação rescisória, tendo em vista a manifesta injustiça à dignidade da parte contrária e à dignidade da Justiça.

Contudo, em que pesem a robustez e a suficiência do exame de DNA, o mesmo não é prova única e exclusiva, não podendo ser menoscabados os outros meios probatórios legalmente previstos e moralmente legítimos.

O caso da injustiça em ação de investigatória de parentalidade é elucidado no seguinte exemplo: o investigante ajuíza demanda de investigação de paternidade quando o exame de DNA não existia, era ainda impreciso ou as partes não tinham condições financeiras de pagá-lo. Ainda que sem um acervo probatório suficiente que demonstrasse a realidade dos fatos, a pretensão autoral era julgada procedente ou improcedente. Assim, em inúmeros casos de procedência era imputada a alguém a paternidade sem que fosse o verdadeiro pai e vice-versa. Destarte, há aqueles casos de alguém assumir os ônus de ser pai sem ser, bem como aquelas hipóteses de alguém arcar a dor de se ver sem pai.

Ainda em conformidade com a situação hipotética acima ilustrada (embora bastante presente na sociedade), a partir de um exame de DNA contemporâneo, realizado depois do interstício de dois anos do trânsito em julgado da decisão, descobre-se que quem é pai, na verdade, não é, e quem não é pai, na realidade, é. São o pai e o filho e o não pai e o não filho da coisa julgada injusta. Questiona-se: será possível a rediscussão para o novo julgamento do conteúdo imutável e indiscutível da decisão meritória passada em julgado a mais de dois anos com fulcro nessa nova prova pericial?

Em razão da patente injustiça de inúmeros arestos nessa situação, a doutrina e a jurisprudência se encontram em um confronto delineado pela segurança jurídica da coisa julgada injusta e desfocada da realidade *versus* a justiça irrefutável do exame de DNA, revestido de certeza científica.

Aduz Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 31) que:

> Deve aplicar-se a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é.

A tese da relativização da coisa julgada nas demandas investigatórias de parentalidade já foi recepcionada em arestos do STJ e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme ementas a seguir:

> Ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Coisa julgada. Multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC. A propositura de nova ação de investigação de paternidade, cumulada com pedido de alimentos, não viola a coisa julgada se, por ocasião do ajuizamento da primeira investigatória – cujo pedido foi julgado improcedente por insuficiência de provas –, o exame pelo método DNA não era disponível, tampouco havia notoriedade a seu respeito. A não exclusão expressa da paternidade do investigado na primitiva ação investigatória, ante a precariedade da prova e a insuficiência de indícios para a caracterização tanto da paternidade como da sua negativa, além da indisponibilidade, à época, de exame pericial com índices de probabilidade altamente confiáveis, impõe a viabilidade de nova inclusão das partes perante o Poder Judiciário para que seja tangível, efetivamente, o acesso à Justiça. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade (Súmula 301/STJ). Recurso especial não conhecido (STJ, 3ª Turma, REsp – Recurso Especial 826.698/MS, Relatora Ministra Nancy Andrigui, data do julgamento 06.05.2008).

> PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE

SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à ruptura à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum. (STJ, 4ª Turma, REsp – Recurso Especial 226436/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento 28/06/2001).

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DECISÃO ANTERIOR, TRANSITADA EM JULGADO, DANDO PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR FALTA DE PROVAS - ARGUIÇÃO DE COISA JULGADA - REJEIÇÃO. A ação de investigação de paternidade, porque uma ação de estado, é daquelas onde não se materializa a coisa julgada. A segurança jurídica cede a valores mais altos, seja de o filho saber quem é o pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real (TJMG, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 000.247.666-1/00, Relator Desembargador Francisco Lopes de Albuquerque, data do julgamento do Acórdão 14.05.2002).

O tema em discussão é de tamanha polêmica que o próprio Egrégio TJMG, posteriormente à prolação de sua decisão supratranscrita, negou provimento a recurso interposto sob a arguição da relativização da coisa julgada, conforme ementa abaixo:

> AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DO REGISTRO POR ERRO OU FALSIDADE. EXAME DE DNA POSTERIOR AO JULGAMENTO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE FUNDAMENTADA EM PROVAS APRESENTADAS PELAS PARTES. ARGUIÇÃO DA RELATIVIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL. REJEIÇÃO. 1. Existindo anterior ação em que se proclamou a paternidade, não se permite que se restaure a lide através de outra ação, já agora negatória de paternidade, onde o pretenso pai demonstra o erro da DECISÃO ANTERIOR que julgou procedente a ação de INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE fundamentada em provas apresentadas pelas partes, sendo que à época poderia ter se realizado o exame de DNA. 2. Não se aplica aqui a tendência jurisprudencial de abrandar os efeitos

> da coisa julgada, para vê nas ações desta natureza tão-somente a ocorrência de coisa julgada formal, afastando-se a coisa julgada material. Tal somente será possível se o julgamento de improcedência das ações tece como fundamento a insuficiência de prova da alegada paternidade. 3. A desconstituição de ato sentencial, transitado em julgado, com fundamento em novas provas, somente será possível pelo manejo da ação rescisória (TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0000.00.349512-4/000, Relator Desembargador Fernando Bráulio, data do julgamento 23/09/2004).

Nessa esteira, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe também negou provimento à apelação sob a alegação do tema em comento:

> Civil Processual Civil - Ação negatória de paternidade - Relativização da coisa julgada - Inviabilidade - Carência de ação - Inadequação da via eleita - Arguição ex officio. I - Considerando a atual controvérsia doutrinária acerca da chamada relativização da coisa julgada material, mormente, no que tange ao conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões, é forçoso reconhecer a inconveniência da possibilidade de revisão atípica dos julgados por critérios abertos de justiça, o que importaria não apenas em uma flexibilização da coisa julgada, mas sim na própria desconsideração desta garantia, colocando em risco a própria operacionalização do sistema; II - A partir de uma interpretação sistemática que considere as condições da ação e ajustando-se à própria teleologia do instrumento rescisório, impende reconhecer que também para as situações em que se discute relações de filiação, o próprio direito positivo brasileiro oferece solução adequada, não havendo a necessidade de uma maior flexibilização da coisa julgada com base nos critérios utilizados pelos seus propugnadores; III - In casu, não se pode admitir a presente postulação que, de forma transversa ou oblíqua, visa atingir decisão judicial já transitada em julgado, sem se utilizar das vias adequadas para tanto. Resta, assim,

> manifestamente evidenciada a carência da presente ação negatória de paternidade, ante a inadequação da via eleita, não servindo a mesma como supedâneo de ação rescisória; IV - Recurso conhecido e desprovido, reconhecendo-se, ex officio, a carência de ação, por inadequação da via eleita (TJSE, Vara de Assistência Judiciária de São Cristóvão, Apelação Cível nº 4557/2009, Relatora Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, data de julgamento 07/12/2009).

A relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade baseadas em *erro in judicando* prima reconhecimento do liame parental e do estado de filiação, direitos baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e afetividade. Parece ser muito mais razoável, proporcional, justo e necessário prevalecer a verdade real do conhecimento da origem genética do que eternizar a segurança jurídica e desrespeitar a paz individual de quem tem tolhido seu direito personalíssimo de conhecer sua origem biológica.

Elpídio Donizetti (2009, p. 421) tece compreensão em sede de conclusão que a teoria da relativização da coisa julgada deve ser recepcionada diante de todas as investigações de paternidade cujas pretensões foram julgadas antes da realização dos atuais exames de DNA e HLA, ainda que esgotado o prazo decadencial para a ação rescisória.

Nesse mesmo viés, Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 77) também discorre que "não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for".

Seguindo os doutrinadores citados acima, Misael Montenegro Filho (2008, p. 567) registra defesa à tese relativizadora nas situações de injustiça em investigação de paternidade, ainda que acobertada pela coisa julgada soberana.

A desconsideração da coisa julgada na ação de investigação de paternidade é questão de exigência da busca pela verdade real, e não a determinação da verdade formal ou presumida. A verdade real contribuirá como uma das ferramentas utilizadas pelo Estado-Jurisdição na concretização da paz social, da própria estabilidade das relações jurídico-sociais e da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, e no atendimento dos fins sociais e

das instâncias do bem comum.

O reconhecimento do vínculo parental e a efetividade de outros direitos, principalmente de qualidade material (pensão alimentícia, direitos sucessórios etc), que desdobram daquele quando sopesados com a intangibilidade absoluta do caso julgado, que impõe apenas verdade formal ou presumida, percebe-se que há uma colisão de realidades jurídicas, de um lado, a segurança jurídica a favor de estabilidade, ainda que à custa de perpetuação de injustiça, e do outro, a dignidade da pessoa humana. O sopesamento desses princípios pugna pela consagração do fundamento da Republica Federativa do Brasil.

A teoria flexibilizadora da coisa julgada adotada para as situações de injustiça das decisões judiciais manifestada em processo de investigação de paternidade em homenagem à pessoa humana, devido à declaração de existência ou inexistência de parentesco biológico, relaciona-se com o novo modelo de Direito de Família desenvolvido ao longo das inúmeras mudanças na legislação atinente a este ramo do Direito Privado, que visam à despatrimonialização do Direito de Família rumo à personalização do mesmo. Trata-se de uma nova perspectiva que objetiva compreender a pessoa humana inserida como centro dentro do agrupamento familiar, titular do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais a conhecer sua origem genética (direito de caráter personalíssimo), perfilhação[4], convivência familiar e manutenção de relação parental com outrem, que são seus ascendentes, descendentes e afins.

O atual Direito de Família rompe o velho, patrimonialista e individualista paradigma de filiação do Código Civil de 1916, sendo tuteladas todas as relações entre pais e filhos, sejam biológicas, civis ou socioafetivas[5] pela atual ordem constitucional que irradia para todo o Direito Infraconstitucional a sua suprema intenção. Dessa forma, a condição jurídica de pai, mãe e filho pode e deve ser investigada, independentemente de haver ou não coisa julgada material, a fim de atender o contemporâneo tratamento filiatório previsto pela Constituição de 1988, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na elevação do desenvolvimento da personalidade humana.

[4] Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães (2006, p. 439), perfilhação é reconhecimento voluntário, por parte do pai ou da mãe, ou por ambos, de filiação havida fora do casamento (receber como filho).
[5] Conforme Maria Berenice Dias (2009, p. 338), relações entre pais e filhos socioafetivas são vínculos de parentalidade decorrentes da afetividade, ainda que desligados da verdade biológica.

Portanto, a demanda investigatória de relação parental pode ser proposta a qualquer tempo, independentemente de haver ou não decisão transitada em julgado, por todo aquele que objetiva regularizar a condição jurídica de pai, mãe e filho por meio do reconhecimento amplo e ilimitado de sua identidade biológica.

Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 70) entende que as ações relativas à filiação são absolutas, imprescritíveis, intransigíveis, plenas e de interesse público, pois estão voltadas para a promoção da dignidade da pessoa humana, devendo se submeterem a um sistema de coisa julgada diferenciado, específico para as situações de injustiça das decisões nos processos investigatórios de filiação.

O rigorismo formal da imutabilidade e da indiscutibilidade absolutas da coisa julgada não pode justificar o embaraço ao exercício daqueles direitos e agredir o jurisdicionado enquadrado naqueles exemplos elucidados acima de injustiça na investigação de paternidade somente porque uma decisão judicial abusiva validou uma verdade que não existe, que é a verdade formal ou presumida. Seria um absurdo a legitimidade de ultraje a direitos indisponíveis em virtude de enaltecimento de segurança jurídica injusta e destruidora da personalidade humana.

A flexibilização da coisa julgada nas demandas atinentes à filiação coaduna-se com uma das novas facetas do Direito de Família contemporâneo em plena evolução, pois como indica Flávio Tartuce (2007, p. 2) há uma forte tendência de personalização do Direito Privado em detrimento de sua despatrimonialização, ou seja, a pessoa nas relações privadas, inclusive as de filiação, vale mais do que patrimônio.

Esse novel rumo desse ramo do Direito reflete o dinamismo do desenvolvimento material e imaterial da sociedade, que se irradia em todas as matérias que interessam ao Direito, sobretudo às que se relacionam com direitos fundamentais do jaez dos direitos indisponíveis da filiação.

Nessa direção, reconhece-se que o Direito constrói-se por meio dos novos fatos da vida suscitados ao longo da evolução da sociedade, moldando-se e transformando-se a partir das contribuições econômicas, políticas, técnico-científicas e culturais, sob pena de inércia perigosa para a própria manutenção da ordem, segurança e paz sociais.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2007, p. 328) analisam que a coisa julgada em ações

dessa natureza guia-se pelo princípio *rebus sic statibus*[6] quando houver superveniência de fato novo, o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas adapta-o à nova realidade.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 85) refuta a compreensão acima referida, posto que a nova decisão judicial desconstitui a coisa julgada anterior, substituindo a verdade formal pela verdade real, esta demonstrada pelo fato novo superveniente.

Com todas as vênias a Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, porém a opinião do autor referido acima parece ser a mais coerente e adequada, visto que no acolhimento da verdade real, por nova decisão, em virtude da superveniência de fato novo, a coisa julgada anterior é flexibilizada e o princípio da segurança jurídica, no sopesamento de valores, é desconsiderado em favor do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito humano fundamental de conhecimento da origem biológica, maternal ou paternal.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, [n.p.]) sugere para esses casos de injustiça nas investigações de paternidade que "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".

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 243-244) advogam que o exame de DNA novo é equiparável a documento novo, sendo admissível a ação rescisória com fundamento nesta prova, desde que este exame pericial novo declare, ateste ou reproduza um fato, não devendo ser feita interpretação literal do artigo 485, VII, do CPC.

As ações de investigação de paternidade e de maternidade devem se submeter ao novo regime probatório instituído pela revolução técnico-científica do exame de DNA que garante uma certeza científica quase absoluta sobre a ascendência e descendência, em razão de sua precisão, segurança e confiabilidade, pois demandas desta natureza não podem trazer resultados falsos e gerar coisa julgada mentirosa, inverídica ou qualquer outro vocábulo que adjetive a coisa julgada incompatível com a verdade real e a teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Desse modo, a coisa julgada

[6] Segundo Deocleciano Torrieri Guimarães (2006, p. 471), *rebus sic statibus* é uma expressão latina que significa enquanto as coisas ficarem no estado em que estão.

nas ações de investigação de parentalidade deve ser sedimentada *secundum eventum probationis* (a depender do resultado da produção de provas), do mesmo modo da coisa julgada das demandas coletivas dispostas no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, também compreendem Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 81-83), e Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 240).

Adriana Ribeiro Pavarina (2005, p. 69) também tem opinião semelhante:

> Seria possível advogar pela existência, nestes casos, de particularizada espécie de coisa julgada denominada pela doutrina de coisa julgada *secundum eventus litis,* nos mesmos moldes em que é aplicada nas ações coletivas (art. 16 da Lei nº 7347/85; art. 103 da Lei 8078/90).

No sentido ainda de sugestão à discussão sobre a desconsideração da coisa julgada na investigação de paternidade, Bartolomeu Bastos Acioli Lins Filho (2003, [n.p.]) entende que a ação de *querela nullitatis* seria o meio adequado na situação de inexistência de erro procedimental no curso do processo. Esse mesmo autor, em defesa do tema em estudo, diz que:

> A ação de investigação de paternidade não tem natureza patrimonial, mas, sim, é uma ação de estado, que envolve direitos indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Não se trata, aqui, de discussão de uma dívida que já foi paga ou de uma partilha realizada injustamente. Trata-se de um direito de filiação. Em se mantendo a decisão que é, à vista de todos, manifestamente injusta, aí, sim, estar-se-á diminuindo a credibilidade dos Poderes Judiciário e Legislativo frente à sociedade.

Denota-se que a aplicação da teoria desconsideracionista da coisa julgada soberana nas hipóteses de injustiça nas ações de averiguação de relação parental biológica justifica que estas situações sejam objetos de uma sistematização distinta do tratamento tradicional que é conferido pela legislação positiva à coisa julgada material como dogma absoluto. Essas demandas devem ser examinadas sob o prisma de um novo tratamento acerca

da coisa julgada, específico para considerar os direitos materiais, sob o título de indisponíveis em razão do princípio da dignidade da pessoa humana em jogo (princípio geral do Direito e norteador do novo Direito de Família).

A necessidade de novo tratamento relativo à coisa julgada material apóia-se também que não se pode admitir que as normas do CPC atual, vigente desde 1973 (ainda que tenha sofrido inúmeras reformas) não condiz totalmente com a realidade da ordem jurídica e da sociedade contemporâneas. O CPC foi editado de acordo com as realidades daquela época, atendendo naquele momento às situações conflituais originadas do seio social, entre estas, as de investigação de paternidade de investigante havido fora do casamento, sendo esta hipótese específica um fato não aceito socialmente e que o Direito não o tratava com a devida proteção aos direitos fundamentais envolvidos.

Assim, também concluem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia de Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 240) ao afirmarem que deve ser determinado um *microssistema diferenciado* que tutele direitos indisponíveis, pois o sistema vigente, devido à sua origem, tutela mais adequadamente direitos patrimoniais.

Ressalta-se também que em 1973 e até pouco tempo atrás a consciência processual era a de que o magistrado tinha a função de provocar o impulso do processo, conforme artigo 262, do *Codex* processual (princípio do impulso oficial), não se envolvendo ativamente para o resultado da lide. Atualmente a consciência é outra, uma vez que, não obstante ainda serem plenamente vigentes os artigos 134 e 135, do CPC, respectivamente, o princípio da imparcialidade subjetiva e o princípio da imparcialidade objetiva, o processo civil dos dias de hoje impõe a participação do juiz mais ampla e efetiva na instrução mediante o reconhecimento de poderes hermenêuticos e instrutórios, para que o Estado realize com responsabilidade social a prestação jurisdicional justa através da via processual.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias (apud DIDIER JR., 2004, p. 74) leciona que inexiste óbice inconveniente ou incompatível na participação mais ativa e efetiva do magistrado na produção de prova, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional seja justa, eficaz e correta para a resolução do litígio. Assim, como assevera José Cretella Neto (2002, p. 232), "a face visível do Estado no processo é o juiz, *agente* daquele e *condutor* deste".

Ademais, esse diploma normativo foi promulgado em uma era individualista e seguidora do revogado Código Civil de 1916, distinta em

vários aspectos do período derivado da Carta Constitucional de 1988, que prima pelos ideais de fraternidade, solidariedade, máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais e supremacia da Constituição.

4.2. PROCESSO DE INDENIZAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PAUTADA EM LAUDO PERICIAL FRAUDULENTO OU ILEGAL

Outra hipótese de possibilidade de revisão de caso julgado é aquela suscitada nos processos em que a Fazenda Pública sucumbente é condenada a pagar *quantum debeatur* indevido ou excessivo em virtude de laudo pericial em discordância da realidade, devido à incompatibilidade entre o valor real da área expropriada e a indenização determinada, em processo de indenização de ação de desapropriação.

Nesses casos, decisões de mérito fundamentadas em prova pericial discordantes da realidade impõem condenação imoral, ilegal e inconstitucional à Fazenda Pública, obrigando-a a pagar quantias ofensoras ao erário, o que fundamenta a desconstituição da coisa julgada devido à preservação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, legalidade e moralidade ao invés da preservação da segurança jurídica.

Nessa situação, o princípio da justa indenização, agasalhado na garantia constitucional do justo valor do *quantum debeatur*, é obstaculizado no reexame de decisões passadas em julgado que impõem obrigação de pagar quantia destruidora dos cofres públicos.

Nesse caminho, Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 33) alega que o *preço justo* como garantia constitucional resguarda o Estado contra indenizações excessivas e indevidas, entendendo o adjetivo *justo* como conceito bilateral, tendo em vista que algo não pode ser *justo* para um sujeito sem sê-lo para outrem.

Cabe invocar o exemplo da flexibilização da coisa julgada, por três votos contra dois, no julgamento do Recurso Especial nº 240.712/SP pelo Ministro Relator da Primeira Turma do STJ José Augusto Delgado, em que o Estado de São Paulo havia sido sucumbente em processo de desapropriação indireta, ocasião em que se estabeleceu um acordo do parcelamento da dívida com os credores. Após pagas algumas parcelas, a Fazenda Pública Paulista ajuizou uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, sob a justificativa de que houvera erro na decisão anterior, causado pela prova pericial, pois a área supostamente apossada pelo

Estado, na verdade, já lhe pertencia. Nesse caso concreto, o supramencionado Ministro manteve a decisão de primeira instância.

Trata-se de questões de arguição do princípio da moralidade, previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ajustando-se à nova perspectiva acerca dos fundamentos morais que regem a ordem jurídica. A Fazenda Pública não pode ser condenada a pagar duplamente a indenização pelo mesmo imóvel. Se já foi cumprida uma das obrigações de indenizar a expropriação, não pode ser imposta outra condenação pela mesma dívida, pois se configuraria *bis in idem*. Deve-se buscar a integridade, a imparcialidade e a impessoalidade do erário nas ações dessa natureza, uma vez que um laudo pericial falso, fraudulento ou ilegal pode acarretar lesão à coletividade, decorrente de pagamento indevido e enriquecimento sem causa do expropriado.

Na lição de Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 88-89), deve ser feita uma distinção entre a hipótese de existência de supervalorização do imóvel expropriado ou mesmo a presença de fraude processual e a hipótese de desinteresse do Estado em cumprir a sua obrigação de indenizar o expropriado.

No segundo caso, esse doutrinador entende que a sentença está acobertada pela coisa julgada, pois a eventual atualização e correção do valor do débito terá que ser feita, e não mais sobre o valor do imóvel, tendo em vista que não é dado o direito ao Estado de alegar a sua própria torpeza pelo seu inadimplemento.

Ao que parece esse entendimento é justo, coerente e legal, pois a mora no cumprimento da sentença implica a atualização do dinheiro a ser recebido pelo expropriado, não podendo este ser prejudicado em razão da letargia estatal em suas despesas. Entendimento contrário é permitir que o particular fique no prejuízo e à mercê da boa vontade arbitrária de Leviatã.

Cabe transcrever a decisão do STJ que não reconhece o ajuizamento de ação declaratória de nulidade de ato jurídico como um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada para permitir nova discussão acerca da incidência de juros compensatórios em sede de desapropriação, sob o argumento de que a incidência dos referidos juros contraria o princípio constitucional da justa indenização. Essa decisão preservou a autoridade da coisa julgada:

> É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC,

tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. 3. No julgamento do REsp 710.599/SP, a Primeira Turma desta Corte, acompanhando o voto proposto por esta Relatora, concluiu que o ajuizamento de ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada. 4. Entende-se, no entanto, que o referido instituto não pode ser vulgarizado, a ponto de se permitir nova discussão acerca da incidência de juros compensatórios em sede de desapropriação, como vem fazendo, reiteradamente, o Município de Santo André/SP, com base na alegação de que a incidência dos referidos juros contraria o princípio da justa indenização, na medida em que a própria Corte Suprema mantém íntegra a aplicação da Súmula 618/STF, que assim dispõe: "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano." 5. Com efeito, os juros compensatórios — que remuneram o capital que o expropriado deixou de receber desde a perda da posse, e não os possíveis lucros que deixou de auferir com a utilização econômica do bem expropriado — são devidos nas desapropriações a partir da imissão provisória e antecipada na posse do bem expropriado, independentemente de ser o imóvel improdutivo. Vale dizer, os juros compensatórios não se confundem com os lucros cessantes. 6. Registra-se, por oportuno, para evitar maiores discussões, que a pretensão da recorrente consiste na exclusão dos juros compensatórios cuja incidência fora determinada por sentença transitada em julgado. Não se trata, aqui,

de impedir a incidência dos referidos juros, de modo continuado, das contas destinadas a pagamentos de precatórios sujeitos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT. 7. Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo de execução de sentença, é preciso fazer a distinção entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial destinado à expedição do primeiro precatório — daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT. 8. Na primeira hipótese, a incidência dos juros constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exequendo, que não pode ser modificada, senão pela via da ação rescisória. 9. Assim, ainda que utilizando de pouca técnica e antecipando o mérito da controvérsia, que somente seria discutido depois do eventual recebimento da petição inicial, entende-se que devem ser preservados os princípios da efetividade do processo, da segurança jurídica e da economia processual. 10. A preservação da coisa julgada constitui garantia fundamental consagrada no art. 5º, XXXVI, da CF/88, de modo que a sua relativização, mesmo para aqueles que defendem a aplicação do referido instituto em nosso ordenamento jurídico, só pode ser permitida em hipóteses absolutamente excepcionais, o que não é o caso dos autos. 11. Não é possível excluir a multa aplicada por litigância de má-fé, pois tal providência envolve o reexame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, 1ª Turma, REsp – Recurso Especial 1048586/SP 2008/0080143-0, Relatora Ministra Denise Arruda, data de julgamento 04/06/2009).

Em sede de juros compensatórios a favor do expropriado desde a perda

da posse do bem para o Poder Público, aplicam-se a Súmula 618, do STF, que tem a redação de "Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano" (ANGHER, 2010, p. 1934), e a Súmula 408, do STJ, a qual prevê que "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11-6-1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13-9-2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula 618 do Supremo Tribunal Federal" (ANGHER, 2010, p. 1949).

Todavia, em relação ao primeiro caso, o supramencionado autor lembra que o ordenamento jurídico fornece meios fiscalizatórios e protecionistas para combater estas situações, por meio do Procurador da Fazenda Pública, do Ministério Público, dos peritos judiciais, dos auxiliares da justiça, do magistrado, do reexame obrigatório do artigo 475, do CPC e da ação rescisória, do CPC.

Em que pesem os argumentos acima, parece mais justo, razoável e constitucional desconstituir a coisa julgada a fim de combater o locupletamento sem causa à custa de verba pública e sob agravo ao interesse público, ainda que o sistema jurídico possua todas as ferramentas referidas acima para fiscalização e proteção ao erário. A justiça e a verdade real sempre devem ser buscadas para salvaguardar a garantia constitucional da justa indenização disposto no artigo 5º, XXIV, proteger o direito de propriedade, defender o patrimônio material público (dinheiro público) e observar a razoabilidade e a proporcionalidade.

Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 208) alega que fora do rol do artigo 485, do CPC, a decisão de mérito de desapropriação transitada em julgado não pode ser rescindida sob o argumento de injustiça e de previsão constitucional da justa indenização na desapropriação, pois caso seja possível posteriormente o afastamento da intangibilidade da coisa julgada, instalar-se-ia o totalitarismo, violentar-se-ia o Estado Democrático de Direito e tornar-se-ia insustentável o sistema constitucional.

Com todas as licenças, a lição acima citada não parece adequada à especificidade dessas situações em comento, haja vista que nos feitos indenizatórios de desapropriação arrimados em laudo pericial inverídico, fraudulento ou ilegal, o princípio da segurança jurídica vai de encontro ao da moralidade pública, devendo este último prevalecer, mitigando a coisa julgada injusta e sublimando-se os princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado em sacrifício do

princípio da segurança jurídica, sob pena de grave impacto ao erário, e consequentemente, contra o povo.

Salienta-se que a moralidade administrativa, conforme Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 458), é a honestidade e a probidade, que sejam relacionadas com as regras comuns sociais de moralidade, observadas pelo administrador e também pelo particular que eventualmente se relaciona com a Administração.

Completando a lição exposta acima, haverá sempre ofensa ao princípio da moralidade administrativa ou pública quando houver inobservância à legalidade, à ideia de honestidade e à justiça da indenização prevista constitucionalmente nos processos de desapropriação.

É importante destacar que a justa indenização é princípio de mão dupla, pois não pode ser aplicado somente nas situações de condenação contra o Estado para pagar indenizações indevidas ou excessivas em virtude de laudo pericial contrário à realidade, mas, igualmente, pode o particular invocá-lo para rediscutir, rejulgar e relativizar decisão judicial transitada em julgado que impôs indenização aquém do real valor do imóvel, configurando enriquecimento ilícito para a Fazenda Pública e empobrecimento sem causa para o particular.

Frisa-se que no caso de fraude processual há no ordenamento jurídico instrumentos de responsabilização administrativa, civil e criminal em face dos envolvidos nos atos ilícitos, sem prejuízo da cabível ação regressiva da Fazenda Pública em desfavor daqueles.

5. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 64) afirma que o ordenamento jurídico é formado por regras e princípios positivados ou não, expressos ou implícitos, estando no ápice da pirâmide normativa regras e princípios constitucionais, os quais gozam de prevalência axiológica.

Em defesa da relativização da coisa julgada, a corrente progressista apresenta sua tese a partir de três princípios: proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade.

Proporcionalidade traz a ideia de adequação, prudência, adaptação e ligação. Juridicamente, a proporcionalidade pode ser compreendida como limite ao excesso e à falta de limite e justa medida.

O princípio da proporcionalidade influenciou o Direito Administrativo a fim de compatibilizar meios e fins, prevenir abusividades e ilegalidades, fiscalizar as arbitrariedades estatais e limitar a discricionariedade do poder de polícia[7] da Administração Pública.

É de bom alvitre ressaltar que como discorre Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1990 apud MEIRELLES, 2007, p. 93) a noção de proporcionalidade é distinta da de razoabilidade, pois esta é uma relação pertinente entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência.

Depois do nascimento do Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade deixa de ser somente um princípio que controla o Poder Executivo no exercício de suas funções, tornando-se um princípio constitucional além do campo do Direito Administrativo.

O Estado de Direito objetiva cumprir a lei que editou, e a lei se válida de acordo com a Constituição, segundo a hermenêutica pós-moderna, servindo o princípio da proporcionalidade como guia de orientação para o Direito Constitucional e o Direito Infraconstitucional no reconhecimento e na garantia eficaz dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade e no controle de constitucionalidade de todo e qualquer ato estatal.

Adriana Ribeiro Pavarina (2005, p. 44) constata que o princípio ora estudado encerra duas dimensões, uma em forma de vedação ao arbítrio estatal; e a outra, em uma via de concretização dos direitos, interesses e garantias constitucionais.

Nesse diapasão, a proporcionalidade impõe ao Estado um dever de não fazer atos arbitrários, ilegais, inconstitucionais e injustos. Também o mesmo princípio determina a obrigação positiva de criar e implementar medidas que visem à máxima eficacidade dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da coletividade e à realização de todos os fins públicos constitucionais.

A relativização da coisa julgada apoiada no princípio da proporcionalidade preconiza que este instituto processual, ainda que salvaguardado pela Constituição, não pode se sobrepor a outros bens/direitos/valores tão ou mais relevantes do que a segurança jurídica. Nas situações, desse modo, de

[7] Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 104) conceitua poder de polícia, nos termos adotados no Direito brasileiro, como atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

colisão entre princípios, a segurança jurídica, núcleo/fundamento da coisa julgada, não deve ser observada em defesa de outro bem/direito/valor mais superior, o que será determinado de acordo com o caso concreto.

O princípio da proporcionalidade servirá de orientação ao Estado-Jurisdição diante da apreciação de pretensão de desconstituição de coisa julgada, posto que, em virtude da ponderação de valores, saber-se-á que a segurança jurídica em certo caso prevalece e o outro valor em confronto, não, e vice-versa. Trata-se de mensuração no choque entre dois princípios aparentemente colidentes durante a apreciação do caso concreto pelo Judiciário.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2007, p. 328) afirmam que seria possível, em processo próprio, a fim de que prevaleça outro bem/valor/direito constitucionalmente tutelado, de índole material, a flexibilização da coisa julgada por meio do princípio constitucional da proporcionalidade:

> O princípio constitucional da proporcionalidade (ou razoabilidade), acolhido em diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, obedece a parâmetros estritos, delineados pela teoria constitucional, de modo a evitar o excessivo subjetivismo do juiz. São eles: a) a adequação entre meios e fins visados; b) a proporcionalidade estrita, entendida como aferição e balanceamento dos valores em jogo; c) o menor sacrifício possível ao bem considerado menos importante.

O princípio da proporcionalidade, doutrinariamente, é subdivido em três subprincípios: adequação, necessidade e ponderação.

Eduardo Talamini (2005 apud WAMBIER et al., 2007, p. 528) conclui que a adoção desses parâmetros dos subprincípios para a quebra da autoridade da coisa julgada implica a produção de solução mais correta, a identificação dos princípios/valores envolvidos, considerando seu peso no caso concreto, e a comparação dos resultados em caso de relativização ou não da coisa julgada, considerando também possíveis soluções parciais.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 67) argumenta que a proporcionalidade está submissa às circunstâncias fáticas e aos valores constitucionalmente

envolvidos do caso concreto.

A proporcionalidade apresenta-se como base principiológica da tese desconsideracionista, em situações excepcionais já elencadas acima e sob diversos fundamentos que autorizam o rompimento do dogma absoluto da coisa julgada, devendo ser *mandado de otimização* que mostre a solução ótima diante da apreciação da relativização deste instituto processual.

No tocante ao princípio da legalidade este prima pela observância da lei por todos os Poderes do Estado, ou melhor, ainda, funções (o Poder é uno e indivisível), visto que a lei como produto da atividade estatal deve ser aplicada pelo seu próprio criador, tendo em vista que no Estado de Direito o próprio Estado se sujeita às próprias leis que editou.

O Judiciário tem o poder-dever de proferir sentença nos termos e limites legais, uma vez que a lei, fruto da racionalidade do Direito, efetiva-se como garantia do cidadão diante das arbitrariedades e abusos dos poderes estatais.

O princípio da instrumentalidade visa ao julgamento concatenado pelos ideais de justiça e pela busca da verdade real. Esta última não pode ser mirada apenas no processo penal, todavia, igualmente, no processo civil, pois o acesso à justiça exige para sua plenitude a busca pela materialização da verdade no processo e para toda a sociedade, mesmo que os efeitos de suas decisões, em regra, valham apenas para as partes.

José Cretella Neto (2002, p. 231) garante que o princípio da instrumentalidade, também conhecido como princípio da instrumentalidade das formas ou do processo, determina que o processo seja considerado sob o prisma teleológico de dirigir a administração da Justiça.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (apud DIDIER JR., 2004, p. 231) afirmam que hoje há uma consciência mais nítida da função instrumental do processo, sendo inaceitável que haja mais uma distância entre a realidade real e a realidade criada pelo processo.

Nesse diapasão, o processo deve ser instrumento de adequação do direito à realidade da vida e aos valores da justiça, e de colaboração para a eficácia jurídico-social da Constituição.

Destarte, os princípios da proporcionalidade, legalidade e instrumentalidade, bem como qualquer outro princípio que venha a ser invocado na rediscussão e no rejulgamento de decisão passada em julgado, funcionam como grandes e importantes nortes do sistema jurídico, idôneos

a conduzir o julgador a tomar a decisão ótima, legal, constitucional e justa diante do choque entre segurança jurídica *versus* justiça e/ou qualquer outro fundamento propício a relativização da coisa julgada.

6. TESE CONTRÁRIA À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Há uma corrente que aduz que a aplicação da Teoria da Justiça como fundamento da revisão da coisa julgada orienta-se por critérios subjetivos, tendo em vista que o conceito de justiça varia no tempo e no espaço, o que pode ofender a ordem pública, as leis e a Constituição em detrimento de todo um ordenamento jurídico sustentado por normas que visam à pacificação social e à estabilidade das relações jurídicas. Essa crítica ainda refere-se à ausência de amparo nas razões definidas pela mais contemporânea Filosofia do Direito, onde a tese da desconsideração da coisa julgada deveria valer-se, o que não ocorre, arrimando-se em juízos pessoais e de senso comum.

A tese contrária ainda razoa que a garantia constitucional da coisa julgada não é dirigida apenas para o legislador, carecendo o mesmo de poderes para alterar por via legal caso julgado assentado em decisão judicial irrecorrível, contudo também para os órgãos judiciários, os quais não podem mais prestar tutela jurisdicional sobre o mesmo caso, bem como para o Poder Executivo, as partes e a sociedade.

Na lição de Cassio Scarpinella Bueno (2007, p. 403), a crítica à relativização da coisa julgada não pode ser descartada ou ignorada, sob pena de possível desestruturação do sistema de segurança jurídica. Nesse sentir, assim se posiciona:

> O tema não permite enfrentamento que descarte a busca do ponto de *equilíbrio* do sistema justamente porque se trata, em última análise, de conflito explícito entre valores constitucionais igualmente protegidos pela ordem jurídica. Assim, é importante ter presente a crítica à tese se não para guiar uma radical transformação do direito legislado com a criação de *outros* mecanismos de controle da coisa julgada, mais flexíveis que aqueles mencionados no número anterior, para, ao menos, nortear que a aplicação da tese aos casos concretos, independentemente de modificação legislativa, seja feita com bastante

> parcimônia para evitar a desestruturação do sistema jurídico e a instalação de insegurança jurídica.

Marco Antonio Corrêa Monteiro (2008, [n.p.]), adversariamente aos critérios subjetivos acerca da justiça como fulcro da desconsideração da coisa julgada, aduz que:

> Caso seja admitida a desconstituição da coisa julgada em razão de um critério por demais subjetivo – a injustiça das decisões –, corre-se o risco de perpetuação da discussão dessas decisões, pois elas sempre serão "injustas" para uma das partes: a sucumbente. [...]. A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade tendo por critério a injustiça da decisão, sim, afrontaria a segurança jurídica, por subjetiva demais.

Marinoni (2008, [n.p.]) também comunga essa compreensão ao afirmar que 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".

Ainda em oposição em razão de casos de injustiça e contrariedade à realidade fática e à lei, Marinoni (2008, [n.p.]) alega que:

> 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 *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 ideia 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.

A posição contrária à aplicação da Teoria da Justiça à revisão de casos

julgados alega também que o abrandamento total ou parcial do instituto da coisa julgada afronta o princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF/88), eivando-se de manifesta inconstitucionalidade. Nesse argumento, enquadra-se a ideia de que o risco político de decisão injusta, inconstitucional e/ou ilegal é menos grave do que o perigo político estabelecido pela insegurança da relativização da coisa julgada material.

Araken de Assis (apud DIDIER JR., 2004, p. 58) discorre que a tendência contemporânea de rediscutir provimentos judiciais transitados em julgado porá em risco a esperança de solução célere e efetiva dos litígios, constituindo questão aberta a variadas divagações, e que provavelmente as vantagens da justiça do caso concreto não se sobrepõem às desvantagens da insegurança geral.

Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 210-211), um dos expoentes da tese contrária à relativização da coisa julgada, reforça que a sentença de mérito transitada em julgado é aquela considerada irrecorrível, tornando-se imutável e indiscutível o conteúdo do dispositivo da sentença e repelidas as alegações deduzidas e dedutíveis em juízo. Por essa razão, para esse doutrinador, o Direito brasileiro só admite o abrandamento do rigor da coisa julgada nas hipóteses expressa e taxativamente previstas na lei, que são ação rescisória, embargos do devedor, revisão criminal e na coisa julgada *secundum eventum litis* da ação civil pública e da ação popular, pois a autoridade da coisa julgada é um dos elementos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal).

E no tocante aos casos específicos merecedores de tratamento diferenciado da coisa julgada como, por exemplo, investigação de paternidade *secundum eventum probationis*, Nelson Nery Jr. (apud DIDIER JR., 2004, p. 211) assevera que somente após modificação legal que inclua este caso de exceção é que pode ser abrandada a coisa julgada. Assim, não se pode desconsiderar a autoridade do caso julgado sem expressa disposição de lei regulamentadora dessas situações.

Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 72) adverte que a ausência de parâmetros seguros e objetivos para o conceito de justiça conduz a instabilidade, insegurança, incerteza e até mesmo injustiça.

Destaca o supramencionado autor (2009, p. 73) que a definição de justiça é variável em diferentes tempos diante de suas acepções como, por exemplo, justiça como expressão da vontade do cosmo, justiça como compensação ou retribuição, justiça como virtude, justiça como igualdade, justiça como

vontade ou razão divina, justiça como ideal de liberdade, justiça como bem da sociedade, justiça libertadora.

Destarte, deduz Aldo Ferreira da Silva Jr. (2009, p. 74) que a relativização da coisa julgada com base na injustiça é perigosa e arriscada, pois diante de sua tenuidade não há como garantir que a decisão de desconsideração da coisa julgada também possa ser considerada injusta e ser posteriormente objeto de rediscussão em outro processo.

Segundo esse autor (2009, p. 74), ainda que a contemporânea Filosofia do Direito tenha concedido relevantes contribuições, o conceito de justiça não é certo nem líquido, pois o que é justo para uns pode não ser para outros dentro de um mesmo povo, o que é justo para uma sociedade pode não ser para outra, e o que é justo hoje pode não ter sido ontem nem será amanhã.

A tese contrária à relativização da coisa julgada argumenta também que o valor justiça não foi eleito pelo legislador ordinário como um dos fundamentos da ação rescisória, da defesa no processo de execução (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução contra a Fazenda Pública), na revisão criminal (artigos 622 e seguintes, do Código de Processo Penal) e na coisa julgada dos processos coletivos.

Luiz Guilherme Marinoni (apud DIDIER JR., 2004, p. 180) assevera que "a coisa julgada é inerente ao Estado de Direito e, assim, deve ser vista como um subprincípio que lhe dá conformação", e por esta razão, continua ainda o autor (apud DIDIER JR., 2004, p. 181) que este instituto sempre pôde ser relativizado apenas nos casos expressos em lei em virtude de motivos excepcionais capazes de macular a própria razão de ser da jurisdição, e não devido à natureza do direito, considerado objeto do processo.

O doutrinador supracitado (apud DIDIER JR., 2004, p. 181-182) ainda considera que a possibilidade de o juiz relativizar a coisa julgada estimulará a perpetuação de lides e contribuirá para o agravamento da morosidade da máquina judiciária.

Ainda em manifestação contrária à relativização da coisa julgada, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 178-181) analisa os casos exemplares da investigação de paternidade e da indenização excessiva ou fraudulenta de desapropriação contra a Fazenda Pública. Para esse processualista, no tocante à primeira situação, a coisa julgada está em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade, ainda que seja o direito à descoberta do verdadeiro pai com base em exame de DNA posterior. E no que cerne ao segundo caso, Marinoni compreende que a única forma de se

rediscutir a fixação de indenização em desapropriação é mediante a alegação de falsidade ou fraude na produção de prova pericial, sem invocação de regra ou princípio constitucional.

Marinoni (apud DIDIER JR., 2004, p. 178) discorre que para se desconsiderar a coisa julgada não se deve recorrer à adequação ou à necessidade, contudo à proporcionalidade em sentido estrito diante de situações de choque entre a preservação da coisa julgada e a proteção de bem que peça a revisão do julgado. Ademais, para esse doutrinador (2010, p. 183), a proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio, tratando-se de uma regra que só deve ser aplicada em situações extremas de colisão de direitos de igual hierarquia.

Além disso, para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 184), a coisa julgada não pode ser objeto de ponderação por meio da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito por não constituir um princípio axiológico mensurável e comparável com os demais.

Para Marinoni (2010, p. 186), o instituto da coisa julgada é elemento integrante do conceito de decisão jurisdicional, ao passo que o direito é somente o seu objeto, podendo ser este, conforme o caso concreto, objeto de ponderação.

A tese da relativização da coisa julgada não encontra refutação somente na doutrina, entretanto, também, no Poder Judiciário, ainda que haja decisões de acolhimento deste tema.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou uma nova jurisprudência desfavorável sobre decisões já transitadas em julgado.

Em 25 de maio de 2010, o Ministro Celso de Mello rejeitou a tese desconsideracionista para não dar provimento a um Recurso Extraordinário da União de n° 594350/RS, que tentou rediscutir o processo que havia perdido, e que já estava na fase executiva. O eminente Ministro recordou que o princípio da autoridade intangível da coisa julgada veda até mesmo a discussão de questões não suscitadas antes, as quais são as questões dedutíveis que, no entanto, poderiam ter sido tratadas.

O Ministro criticou ainda que a tese de relativização da coisa julgada provocaria consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à segurança jurídica e à preservação do equilíbrio social.

Ademais, a "coisa soberanamente julgada" (coisa julgada depois de transcorrido o prazo decadencial de dois anos para a propositura do instrumento de rescindibilidade do artigo 485, do CPC) não pode ser revista

nem mesmo no caso extremo de quando ela foi baseada em uma lei depois declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

A supratranscrita decisão, uma das que formam a nova jurisprudência fixada pelo STF, e os posicionamentos doutrinários contrários à flexibilização da coisa julgada material representam a observância ao tratamento rigoroso estabelecido pelo legislador da LICC de 1942 e do CPC de 1973 acerca da imutabilidade e da indiscutibilidade da coisa julgada, deduzindo-se, portanto, que a leitura que foi feita pelo Legislativo de outrora sobre a sociedade de sua época deve ser a mesma que o Estado-Jurisdição de hoje deve fazer ante a realidade social, ou seja, preservar a segurança jurídica em detrimento da supremacia da Constituição, da lei e da necessária e legítima justiça das decisões judiciais.

Além disso, a tese contrária à desconsideração da coisa julgada nega a necessidade de que este instituto processual do caso julgado deva ser tratado pela Ciência do Direito de modo distinto daquele da época em que foi concebido, quando a sociedade não tinha as características e a mesma complexidade da atualidade, proporcionada pela evolução e pelo dinamismo das mudanças de ordem antropológicas, científicas, culturais, demográficas, econômicas, financeiras, morais, naturais, políticas, religiosas e sociais.

Assim, a relativização da coisa julgada em situações excepcionais merece tratamento distinto daquele disposto nas normas infraconstitucionais supracitadas para que o Direito possa ser ferramenta legítima e eficaz no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais, na pacificação social, na realização do acesso à justiça e na materialização da justiça na prestação da tutela jurisdicional, e não tratamento legalista e distante das realidades que chegam ao Judiciário.

7. CONCLUSÃO

A autoridade da coisa julgada caracteriza-se pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial de mérito criadora da situação jurídica específica, anteriormente inexistente à tutela jurisdicional, ao caso concreto por meio da aplicação da norma geral prevista no ordenamento jurídico.

Esse instituto processual com *status* constitucional trata-se de garantia fundamental de extrema relevância em razão de sua dupla finalidade, uma voltada ao plano individual – receber tutela jurisdicional (princípios da

demanda e do acesso à justiça), e a outra relativa ao plano coletivo – resolução dos conflitos derivados da vida social a fim de garantir a estabilidade e segurança sociais e a existência do Estado.

Constata-se que esse instituto processual é garantia fundamental individual e coletiva, ou seja, os destinatários da garantia são, em primeiro lugar, as partes do processo em que surgiu a coisa julgada e os terceiros eventualmente sujeitos a ela, e, secundariamente, a sociedade que tem interesse na regular atividade da máquina judiciária.

A possibilidade da revisão de decisão transitada em julgado e de seu consequente questionamento no tocante ao dogma absoluto de sua autoridade dá-se mediante a conveniência e a especificidade de determinadas situações na pauta dos ideais da justiça, constitucionalidade e legalidade da tutela jurisdicional e da efetividade dos direitos e das garantias fundamentais.

É indubitável que é necessário e indispensável que haja normas que ponham limites definitivos para o fim do processo para evitar a eternização de litígios, estabilizar as relações sociais e garantir segurança às partes, aos terceiros eventualmente relacionados e até mesmo à sociedade como um todo, fim de toda atividade estatal. A segurança jurídica é extremamente importante para o Estado Democrático de Direito, os jurisdicionados e a sociedade, mas não deve ser considerada valor superior do que a justiça, em todas as situações concretas, e jamais em relação à Constituição, sempre tendo esta maior peso no sopesamento de bens/direitos/valores à luz do caso concreto.

A relativização da coisa julgada deve ser colocada em equilíbrio com as demais garantias constitucionais, direitos subjetivos e outros institutos jurídicos a fim de se efetivar a justiça no processo civil, o que é realizado por meio da aplicação da proporcionalidade e de seus subprincípios, da legalidade e da instrumentalidade, apresentando-se como base principiológica da tese desconsideracionista e sob outros diversos fundamentos, os quais autorizam o rompimento do dogma absoluto da coisa julgada, tornando-a valor relativo à luz do caso concreto.

Não se trata de enfraquecer o instituto da coisa julgada, mas de preservar a supremacia da Constituição e o resgate dos valores da justiça, bem como de outros valores como, por exemplo, o direito de conhecimento da origem genética, a moralidade administrativa e a verdade real, em uma era que a sociedade passa por crises em suas instituições públicas e privadas e reconstrução de discursos sobre decisões políticas, jurídicas, econômicas,

sociais, cientificas e de diversas outras naturezas.

Não se trata de apologia ao desprestígio e à eliminação da coisa julgada em virtude da relevância da segurança jurídica para a sociedade, todavia de reconhecimento da flexibilização deste instituto processual em hipóteses excepcionais e de acordo com as circunstâncias fático-jurídicas. Destarte, a autoridade da coisa julgada, geradora da segurança jurídica, cede seu espaço de importância para estas situações excepcionalíssimas, como corolário da garantia de acesso à justiça no sentido mais amplo e ilimitado da expressão, que é a constitucional, legal e mais justa, ou seja, melhor decisão judicial como solução pacificadora de um conflito social.

A desconsideração da coisa julgada é tendência da nova processualística civil, concatenada com os horizontes constitucionais e da teoria da justiça. Trata-se de nova consciência que se opõe à ilegitimidade da perpetuação das injustiças a evasiva de impedir a infinidade de inseguranças.

8. REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum*: acadêmico de direito. 10ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ABREU, Fábio Passos de; GOUVEIA FILHO, Gaspar Feitosa de. Sentença inconstitucional transitada em julgado. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 44, 14 agosto 2009. Disponível em: http://wwwevocati.com.br/evocati./artigos.wsp?tmp_codartigo=344. Acesso em: 18.08.2010.

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. (Coleção Estudos e Pareceres – II)

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 851, 1 novembro 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 30.07.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança n° 10527/SC*. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 28.10.2010.

_____. _____. *Recurso especial n° 226436/PR*. Brasília: STJ, 2001.

Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 240712/SP*. Brasília: STJ, 2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 826698/MS*. Brasília: STJ, 2008. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 893477/PR*. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. _____. *Recurso especial n° 1048586/SP*. Brasília: STJ, 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n° 594350/RS*. Brasília: STF, 2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20.08.2010.
_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de instrumento nº 000.247.666-1/00*. Minas Gerais: TJMG, 2002. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
_____. _____. *Apelação cível nº 1.0000.00.349512-4/000*. Minas Gerais: TJMG, 2004. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação cível nº 4557/2009*. Sergipe: TJSE, 2009. Disponível em: http://www.tjse.jus.br. Acesso em: 02.06.2010.
BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil:* procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, tomo 1.
CAHALI, Yussef Said. *Código civil, código de processo civil, código comercial, legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.
CANCELLA, Carina Bellini. Da relativização da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1872, 16 agosto 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11612>. Acesso em: 19.04.2010.
CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e

princípios da CF. Manifestações doutrinárias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1524, 3 setembro 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10349>. Acesso em: 18.03.2010.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1.
_____ et al. *Curso de direito processual civil:* direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 2.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. I.
_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Revista de processo*. São Paulo: RT, nº 109, janeiro-março/2003.
_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Revista da escola paulista da magistratura*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 2, nº 2, julho-dezembro/2001.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
DONIZETI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
FARIAS, Cristiano Chaves de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de artigos científicos*. São Paulo: Avercamp, 2004.
GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil:* execução e processo cautelar. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
_____. *Novo curso de direito processual civil:* processo de conhecimento e procedimentos especiais. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.
GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8ªed. São Paulo: Rideel, 2006.
JARDIM, Sandra de Cássia Viecelli. Coisa julgada inconstitucional. In: *Revista de direito dos advogados da união:* debates em direito público. Brasília: Edição Associação Nacional dos Advogados da União, ano V, nº 5, outubro/2006.
LINS FILHO, Bartolomeu Bastos Acioli. Justiça x segurança jurídica: a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 754, 28 julho 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7079>. Acesso em: 18.03.2010.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional:* a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
_____. Sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 448, 28 setembro 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>. Acesso em: 19.04.2010.
_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil:* processo de conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.
MARTINS, Carla Blanco Rendeiro *et al*. Relativização da coisa julgada material. Uma análise sobre o conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2004, 26 dezembro 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12117>. Acesso em: 18.05.2009.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela lei nº 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1676, 2 fevereiro 2008.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10906>. Acesso em: 11.03.2010.
MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
NERY Jr., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
PAVARINA, Adriana Ribeiro. *Relativização da coisa julgada*. 2005. 97 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2005.
PORTELA, Simone Sá. A interpretação constitucional controvertida à luz da súmula 343 do STF. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 41, maio 2009. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_ codartigo=326 >. Acesso em 18.08.2010.
SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil:* processo de conhecimento. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
SANTOS, Lyts de Jesus. Coisa julgada e força normativa da constituição. *Evocati Revista*, Aracaju, nº 44, 14 agosto 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=345 >. Acesso em: 18/08/2010.
SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa julgada relativa? In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
_____. *Curso de processo civil:* processo de conhecimento. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
SILVA, Rosana Ribeiro da. A causa petendi e os limites objetivos da coisa julgada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, nº 26, setembro 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=813>. Acesso em: 11.03.2010.
SILVA, Wesley Ricardo Bento da. A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 943, 1 fevereiro 2006.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7895>. Acesso em: 18.05.2009.
SILVA Jr., Aldo Ferreira da. *Novas linhas da coisa julgada civil:* da "relativização" da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande: Futura, 2009.
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. *Revista do instituto brasileiro de direito de família*. 28 junho 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.com.br/plubic/artigos.aspx?codigo=329. Acesso em: 21.09.2010.
THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil:* teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.
_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 27. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman)
WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso avançado de direito processual civil:* teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.
WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. In: DIDIER Jr., Fredie. *Relativização da coisa julgada:* enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004. v. II. (Coleção Temas de Processo Civil – Estudos em Homenagem a Eduardo Espínola).
ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
ZUQUETI, Willian Felipe Camargo. O princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relatividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, nº 2203, 13 julho 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13141>. Acesso em: 11.03.2010.