

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA COISA JULGADA COMO VERTENTE DO ATIVISMO JUDICIAL - INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO OU DE INSTABILIDADE JURÍDICA?

THE RELATIVIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT RES JUDICATA AS EXAMPLE OF JUDICIAL ACTIVISM - INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION OR OF JURIDIC INSTABILITY?

EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ*

RESUMO

Esta singela construção objetiva apresentar, a partir de análise crítica, a legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras sobre o denominado Ativismo do Poder Judiciário, órgão integrante do Estado, para a consecução dos fins da Constituição Federal, e uma das vertentes que se tem verificado, a saber o que se tem denominado “desconsideração” ou “relativização” da coisa julgada, instrumento cujo principal escopo é pacificar os conflitos entre os particulares e reconhecer a soberania da função jurisdicional do Ente Estatal ao resolver os casos apresentados a sua apreciação. Partindo de aspectos polêmicos, pretende demonstrar que, com o acolhimento de argumentos imprecisos, está, ao revés da pretensão inicial (maior eficácia da norma constitucional e proeminência da função jurisdicional), gerando o enfraquecimento da norma constitucional protetora da coisa julgada e conseqüentemente do princípio da segurança jurídica, pondo em risco a própria sobrevivência do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: JURISDIÇÃO; ESTADO; ATIVISMO;. COISA JULGADA; DESCONSIDERAÇÃO; INSTABILIDADE; SEGURANÇA JURÍDICA.

* Promotor de Justiça. Mestrando em Constitucionalização do Direito com ênfase na área de Direito Penal pela Universidade Federal de Sergipe – UFS. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. E-mail: edyleno@hotmail.com.

RESUME

This simple construction aims to present, from critical analysis, legislation doctrine and jurisprudence on the Brazilian named Activism Judicial Branch, a member agency of the State to achieve the purposes of the Federal Constitution, and one of the aspects that has been observed, to know what has been called the "disregard" or "relativism" of res judicata, instrument whose main aim is to pacify the conflicts between individuals and recognize the sovereignty of the jurisdictional function of the State Entity to resolve cases submitted its assessment. From the controversial aspects, aims to demonstrate that, with the host of inaccurate arguments, is, the failure of the initial claim (increased effectiveness of constitutional rule and prominence of the judicial function), generating the weakening of the protective constitutional rule of res judicata and therefore the principle of legal certainty, putting at risk the very survival of the state.

JURISDICTION; STATE; ACTIVISM;. RES JUDICATA; DISREGARDING; INSTABILITY; LEGAL SECURITY.

1. INTRODUÇÃO

Uma das mais essenciais funções para o Estado Democrático de Direito é a da interpretação das normas, tomando como parâmetro a Constituição Federal, tarefa essa conferida, no nosso ordenamento, ao Poder Judiciário.

Não podemos olvidar que, na atividade interpretativa, o Estado-Juiz cria a norma, ao estabelecer seu alcance, sua aplicabilidade ou não.

Valendo-nos da lição de GERVASONI (2013), podemos chegar a conclusão que, além de vários fatos atuais (como a crise social e política que vivemos), diversos outros fatores têm proporcionado uma situação propícia para que seja dada maior relevância ao Poder Judiciário, notadamente no seu mister de jurisdição constitucional, exercida, notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

E, hodiernamente, já não se separa com facilidade, por exemplo, o que seja domínio jurídico ou político, tamanha é a abrangência de uma Constituição tão analítica como

a nossa. Assim, partindo dessa premissa, a atuação da jurisdição constitucional passa a trazer novos desafios, vinculados a fenômenos como o ativismo judicial.

Enorme problema consiste em identificar a adequação do conceito de ativismo judicial utilizado pela doutrina, de um lado, e pelo Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, de outro, contrastando-o na tentativa de traçar a sua (auto) compreensão referente a esse conceito, principalmente quanto aos seus limites de atuação e às suas consequências para a teoria da separação de poderes.

Então, o que devemos considerar é qual o limite da atividade no mister de “dizer o direito” e se esta pode ter o alcance, inclusive, de relativizar e até de não considerar questões já decididas, pelo próprio Poder Judiciário, sobretudo quando cobertas pelo manto da coisa julgada, garantia prevista no capítulo dos direitos fundamentais da norma ápice do ordenamento jurídico do País.

De sorte que o ativismo, esse instrumento relavantíssimo para a maior efetividade da norma constitucional, nessa vertente, voltando-se inclusive contra o direito fundamental, tem sido muitas vezes empregado para tentar dar lastro a situações que ultrapassam a vontade dos elaboradores das leis e, com isso, tem causado sérios riscos ao próprio Estado Democrático de Direito.

Quanto à coisa julgada, propriamente dita, é importante registrar que como consagra o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A norma maior foi buscar lastro na Teoria de Gabba e estabeleceu o instituto como direito e garantia individual por ser, com toda certeza, imprescindível à segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Nesse diapasão, consubstancia-se a garantia da Coisa Julgada, como corolário lógico do Princípio da Segurança Jurídica, previsto no *caput* do art. 5º da Carta Magna.

Sobre a importância da garantia constitucional, temos a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), *in verbis*:

(...) Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro (...).

Mas, o que é mesmo a coisa julgada? Como ela surge no contexto jurídico?

Em rápida síntese, podemos dizer que a melhor demonstração se consubstancia no fato de que, uma vez transitado em julgado (por se quedar inerte a parte sucumbente ou por terem sido esgotados todos os recursos e tendo havido o julgamento definitivo), o provimento jurisdicional (que decidiu a lide posta em juízo) passa a ter a característica de imutável.

O Direito fundamental (coisa julgada) é, de outro modo, limite à retroatividade da lei, uma vez que confere estabilidade às relações jurídicas, na medida em que impede o arbítrio e o abuso de poder por parte de quem o detém (evita-se, para fazer prevalecer a tese da parte, o uso da força consagrado na regra: “dente por dente, olho por olho”).

Impende consignar que, na norma constitucional explicitada não se proíbe a retroatividade de lei (que pode valer para os casos ainda pendentes), mas sim que a *lex posterior* elimine ou possa afastar a coisa julgada, sob risco de ser entendida como inconstitucional.

Na norma infraconstitucional, Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 3º, há a conceituação da Coisa Julgada como “a decisão judicial de que não caiba mais recurso”.

Mais uma vez, deduzimos se tratar, de forma cristalina, de verdadeiro instrumento cujo escopo é a concretização da “paz social”, elemento imprescindível ao convívio do cidadão na Sociedade e, portanto, do Estado.

Isso por que, desde os primeiros ensinamentos da Ciência do Direito, aprendemos que o processo judicial, na feliz expressão de *Liebman*, é um “mal necessário” (através do

qual as partes, não conseguindo lograr a solução pacífica para o conflito de interesses e sem usar da força física para fazer prevalecer suas vontades, exteriorizam suas teses e reclamam do Estado-Juiz, órgão imparcial, que, aplicando a lei, diga o Direito no caso concreto, pondo termo à situação angustiante da demanda posta em juízo).

Esta é a lição de Fabiana Azevedo da Cunha (2006):

“É possível afirmar que há consenso quanto à importância do instituto da coisa julgada, não apenas a fim de preservar a certeza e a segurança jurídica aos envolvidos nos litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário, afastando a instabilidade e a insegurança causadas pela eternalização das demandas, mas para a sociedade como um todo, na medida em que a coisa julgada garante a própria estabilidade e segurança no convívio social, isto é, nas relações sociais reguladas pelo Direito”.

E no contexto da “globalização das relações” - até mesmo entre os indivíduos que integram diferentes países - constatamos que o direito fundamental está fixado na pauta dos direitos humanos.

Com efeito, a *res judicata* é reconhecida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos como mecanismo de efetividade da tutela jurisdicional e mesmo, ousamos acrescentar, como garantia do convívio harmônico e pacífico dos cidadãos de diversos países que integram o organismo internacional, ratificando o seu tratado, apesar da diversidade de língua, costume e tradições de cada nação.

Neste sentido, compreendemos porque também há a previsão do reconhecimento dos tratados internacionais no capítulo dos direitos e garantias fundamentais e, mais precisamente, neste artigo 5º (parágrafos 2º e 3º).

O Direito fundamental (e garantia) à coisa julgada é, tanto no âmbito interno como no supranacional, requisito essencial ao cidadão, sendo que deve haver sua observância por todos Estados (leia-se Países), inclusive o nosso.

Fácil perceber que não há como se falar em justiça e pacificação social, sem levar em conta existência o imperativo da segurança jurídica, que se verifica, neste caso, por intermédio da imutabilidade da sentença, garantindo que a solução dada pelo Estado-Juiz ao caso concreto faça lei entre as partes e, por consequência, tenha o condão de produzir seus efeitos de forma permanente.

Ocorre que da necessidade de estabilização das situações jurídicas, sendo a coisa julgada apenas um instrumento de uma gama de infinitos de apetrechos jurídicos voltados a esse mister (também outros têm sede no mesmo capítulo dos direitos e garantias fundamentais), exsurge a relativização (ou, segundo parte da doutrina, desconsideração) da coisa julgada, que, para fins didáticos, neste contexto, será tratada como desconsideração e sob argumento de se dar maior efetividade aos princípios e as normas constitucionais.

Aqui, cabe registrar que a expressão é de Nelson Nery sendo, ao nosso sentir mais técnica, por isso adotada junto ou separadamente do termo relativização mas sempre como sinônimos.

Pela frase (desconsideração da coisa julgada) queremos expressar, de forma perfunctória, o afastamento, o repúdio e a destruição da coisa julgada, ou seja, a possibilidade de, sem respaldo na lei e, portanto, de modo inusitado em nosso ordenamento jurídico (forma atípica, logicamente), de ser levada novamente a discussão, litígio já decidido de forma definitiva pelo Poder Judiciário e protegido pelo manto da imutabilidade, afastando o direito fundamental do cidadão.

De logo, impende salientar que em nosso direito positivo já existem hipóteses legais de revisão dos atos judiciais errôneos, concretizados em decisões de que já não comportem mais recursos.

Falamos, por exemplo, da ação rescisória, que tem previsibilidade no Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, Eleitoral, etc. e caminho para que sejam prolatadas as decisões em matéria constitucional), a qual o insigne mestre Fredie Souza Didier Júnior, admitindo a sua existência, refere-se da seguinte forma:

“Embora defenda que a sentença lastrada em parca prova não faça coisa julgada, admite o autor como meio hábil de impugnação a ação rescisória, medida que tem por pressuposto, exatamente, a existência de coisa julgada a ser dissolvida. Se não faz coisa julgada, basta que se intente nova ação, fundada em nova prova; despicienda a propositura de ação rescisória” (*Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 25 de julho de 2008)

O ponto nevrálgico (e o que se consubstancia no cerne da nossa dissertação) é a possibilidade ou não, sob o argumento de, sendo necessário uma posição ativista do julgador, de se ter sempre (ou seja, em todos os casos e de forma indiscriminada) a relativização/desconsideração da coisa julgada através de formas atípicas, isto é, não previstas expressamente na lei, ora com respaldo na interpretação dos dispositivos constitucionais ou em qualquer princípio do direito.

Apresentamos, ainda, a nossa preocupação em que, caso se admita a possibilidade de se admitir essa vertente como ativismo, não está sendo gerado um verdadeiro instrumento de instabilidade jurídica, sepultando-se, com argumentos sem base empírica (decisão injusta, injustiça, etc.), a pacificação dos conflitos decididos pelo Poder Judiciário (sendo que “a paz social” é o objetivo maior da jurisdição – função estatal por excelência) e o Direito Fundamental fundamentado na Constituição?

Valendo-nos, mais uma vez, dos ensinamentos comezinhos do Direito pensemos, por exemplo, na teoria do normativismo puro de Hans Kelsen.

Há por um lado o positivismo - pelo qual a norma é válida não por ser justa, mas por ser oriunda de um poder constituído (como vivemos num Estado Democrático de Direito, a lei, norma que deve prevalecer para a solução dos conflitos, segundo o princípio da legalidade, deve ser elaborada pelo órgão competente, na forma e modos estabelecidos pela Constituição Federal) - “todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meios de

seus representantes” - , sendo a atividade legisferante – de criar a norma de direito positivo – a consagração deste poder, conferido pelo cidadão aos parlamentares.

Entretanto, não é só isso (a saber, que o fruto dessa “delegação” seja exercido por “representantes” legitimamente investidos no poder) o suficiente para que se tenha a norma como válida.

Em outra linha, em razão da “fórmula piramidal da estrutura de compatibilidade das normas” - na qual as normas inferiores (leis, decretos) tem de estar fundamentadas na norma maior, situada no topo da pirâmide -, no nosso ordenamento jurídico, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, cada vez mais está consagrado a “interpretação das normas conforme a Constituição”, sendo que é possível até se imaginar que o direito possa estar sensível às novas realidades (mutação constitucional, novas interpretações do STF, exame de DNA e outros avanços científicos).

Neste último sentido, sempre levando em conta o interesse maior tutelado pela Carta Magna, mostrar-se-ia até defensável, para alguns casos excepcionais, a tese de desconsideração da coisa julgada.

Registrando que, como não existem condições de disciplinar que um processo sempre conduza *a priori* a um resultado justo, é imperioso - sobretudo considerando que a pedra angular do nosso ordenamento e fundamento do nosso Estado Democrático de Direito é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – indagar se a desconsideração da coisa julgada tem seu espaço?

Cabe indagar, com o argumento da adoção dessa postura ativista, a desconsideração da coisa julgada é possível no Ordenamento Jurídico Brasileiro?

Assim, hodiernamente, surge o problema da (in)segurança jurídica, questão que gera grave controvérsia e que nada mais é do que o fruto da falta de critérios racionais e experimentados para que a desconsideração, como modalidade de ativismo judicial, seja levada a efeito, tentando-se levá-la a todos os casos (geralmente para “a satisfação de interesses pessoais” com argumento de dar maior alcance ao texto constitucional, contra a

resolução do conflito, consubstanciada “no dizer o direito para o caso concreto” - função do Órgão Estatal-).

Surge a dúvida: como argumento de se ter uma postura ativista, a desconsideração da coisa julgada, instrumento que deve ser assegurado pelo próprio Estado ao cidadão, inclusive para conservar sua própria existência, é um instrumento de correção de injustiças ou um instrumento capaz de comprometer a estabilidade jurídica, gerando um estado de incertezas?

Dito isso, esclarecemos que é, com o escopo de estabelecer a discussão, tentando responder às indagações, apresentando as tendências do Poder Judiciário, a opinião dos Doutrinadores que procuramos analisar a questão da desconsideração da coisa julgada como modalidade do ativismo judicial e de suas múltiplas faces, com as conseqüências para o direito fundamental de cada pessoa.

Deste estudo resulta a presente dissertação, sendo que, para fins meramente didáticos, foi dividido o desenvolvimento do tema em três capítulos, para, finalmente, seguir-se a conclusão, na qual serão apresentados os resultados da nossa pesquisa.

Registre-se, por conseguinte, que a presente narrativa, de cunho essencialmente doutrinário, utilizando-se comumente de métodos comparativos, isto é, analisando sistematicamente o tratamento conferido o ativismo e à relativização/desconsideração da coisa julgada pelo direito positivo (pelo enfrentamento da questão no Poder Judiciário), contextualizando-o com questões da vida real, teve como fontes bibliográficas básicas as obras de Tássia Gervasoni, Fredie Didier Júnior e de Luiz Rodrigues Wambier, além de outros autores, como fontes secundárias, artigos doutrinários, sempre levando em conta o foco do tema constitucional.

Mais do que respostas prontas e resultados almeja-se, na presente monografia, não só trazer à tona a problemática da banalização da desconsideração do direito fundamental da coisa julgada, ainda que com o argumento de que isso é para que se dê máxima efetividade à norma constitucional, tudo frente ao duelo entre justiça e segurança jurídica, mas também, com isso, alertar para o fato de que o Estado e as instituições democráticas só terão sentido se todos, em vez de buscar implementar uma ordem de absolutista, igualmente nos

comprometermos a disseminar, para que se ponha em prática, os ideais jusnaturalistas aplicáveis a toda e qualquer sociedade civilizada, representando, em nossa opinião, o melhor conceito de justiça até hoje formulado e que é “dar a cada um, o que é seu realmente”.

2. ATIVISMO JUDICIAL: ASPECTOS GERAIS

Cumpramos trazer algumas noções do que a doutrina considera como esse instrumento importante para o Estado de Direito ou tentativa “de tomada de poder” pela jurisdição constitucional, envolvendo, a princípio, uma atuação mais pró-ativa.

Encontramos em RAMOS (2010, pág. 129), um boa definição para o instituto:

“por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem a desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.”.

E, para que possamos chegar a compreensão do que deve ser o instrumento do ativismo judicial, devemos ressaltar que a sua existência está diretamente relacionada a supremacia da constituição, sendo, portanto, traço característico dos Países que adotam a jurisdição constitucional.

Valendo-nos da idéia de Gilmar Ferreira Mendes (2008), a Supremacia da Constituição, em face da lei (norma infraconstitucional), coloca o órgão incumbido da “prestação” do poder de dizer o direito no nível constitucional em um papel diferenciado e destacado.

Assim, temos a primeira premissa para que possamos pensar o que seja Ativismo Judicial da Jurisdição Constitucional.

E, ainda, para chegar ao atual estágio evolutivo, a esse tema da dita “atividade criativa da jurisdição”, tivemos a ocorrência de vários antecedentes, entre eles, a evolução do Estado para atingir o atual estágio de “Democrático de Direito”.

Já no Século XVIII (1789-Revolução Francesa)- com a ascensão da burguesia, pretendeu-se limitar os poderes do rei e da aristocracia e por isso a ideia de Constituição como documento escrito - e que fosse superior as demais normas (leis, decretos-reais, etc.) - foi a grande novidade.

Ocorre que isso não bastava. Era imprescindível que a “norma fundamental” contivesse a divisão das funções típicas do Estado que surgia (denominado Liberal). Executivo, Legislativo e Judiciário (como verificamos no nosso direito), surgem como os poderes que não deveriam estar nas mãos de uma só pessoa para evitar os desmandos ocorridos na época do estado absolutista.

A lei, produto da elaboração do legislativo, deveria ser destinada a todos, por que elaborada por representantes do povo (eleitos para tal fim), tornou-se garantia da “liberdade”, “igualdade”, justamente para justificar da classe que detinha o poder econômico.

Então, com o decorrer do tempo, percebeu-se que as classes dominantes e os ideais do estado moderno não asseguravam a “fraternidade” e que a igualdade entre os cidadãos era ficta, surgindo a necessidade de que se tivesse o reconhecimento de direitos tidos como essenciais para os cidadãos, instrumentos e órgãos que assegurassem a efetividade dos mesmos.

Os direitos fundamentais, como os previstos na Declaração Universal, foram incorporados em textos constitucionais de alguns ordenamentos nacionais, principalmente no pós-segunda guerra mundial, uma vez que os instrumentos jurídicos anteriores (principalmente por causa do positivismo e a forma como era interpretado) serviram, inclusive, para “legitimar” regimes totalitários.

Aqui, cabe mencionar que o progresso desse ideal (de incorporar nos textos constitucionais, os direitos fundamentais e de assegurá-los em detrimento inclusive do próprio estado, do poder dominante), fez inclusive surgir conceitos como Constituição Aberta, como

podemos exemplificar a nossa que, a previsão dos direitos fundamentais nela previstos não exclue outros a que o Estado Brasileiro venha reconhecer como produto de tratados e convenções internacionais (artigo 5º).

Não se pode falar em jurisdição constitucional, como instrumento legítimo para garantia de direitos mínimos ao cidadão (e assim na vertente para conferir essa efetividade, atividade criativa ou ativismo judicial) sem o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente no estágio atual da humanidade.

Mas de nada adiantaria a norma escrita (na Constituição ou em Tratados Internacionais) se não houvesse, com o escopo de se conferir a máxima efetividade às normas e aos princípios constitucionais (atendendo-se, assim, as diretrizes de correntes como neoconstitucionalismo e/ou positivismo), a interpretação das Normas Constitucionais no Estado Democrático de Direito .

E, por fim, cumpre salientar que tornou-se imperioso, diante da inoperância dos demais Poderes do Estado, o fortalecimento do Poder Judiciário na sua atividade de Jurisdição Constitucional.

Dado ao atual estágio do que se entende como Estado Democrático de Direito, dos Direitos Fundamentais e da própria Constituição (e da sua supremacia, além da força normativa), não se pode negar que a Jurisdição Constitucional no nosso país ocupa um espaço privilegiado e inédito de atuação, alargando o espaço para a interpretação jurisdicional, inclusive para processos silenciosos de mudança da norma escrita, como a mutação constitucional e “a interpretação conforme a constituição” (com ou sem redução de texto) – esta, última, que na verdade é uma técnica de interpretação.

A escolha do Judiciário para assumir o poder de dizer sobre a norma constitucional trouxe a necessidade de que fosse adotado a via adequada para se conferir a efetividade máxima ao texto constitucional (nova hermenêutica constitucional).

Para BARROSO (2006), a Constituição passa a ser: 1 – Sistema Aberto de Princípios e Regras e 2 – Permeável a valores suprapositivos.

Além disso, o papel central da Jurisdição Constitucional é: A - o de realizar a “justiça” (na ótica dos direitos naturais) e B - o da concretização (real e não a mera fictícia) dos direitos fundamentais (na atividade criativa dos Tribunais).

Embora, possamos perceber que a interpretação constitucional (entendendo-se também a atividade criativa/ativismo do judiciário) é uma realidade, a falta de balizas objetivas tem gerado inúmeros protestos.

Apontam-se, assim, críticas de alguns doutrinadores, como por exemplo o contido na ideia de ADEODATO (2009), “a estratégia política do Judiciário tem sido casuística na medida em que as fundamentações têm variado tanto, a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral”.

Sem mencionar outros exemplos da nossa Corte Maior: contribuição dos aposentados, vigência da alteração da norma eleitoral, julgamento do mensalão. Basta a mudança da composição do Tribunal para que a interpretação dada antes seja lançada fora do ordenamento.

Além da questão da insegurança jurídica do que foi decidido de forma imutável para o ordenamento jurídico, que, a míngua de critérios objetivos, essa postura ativista pode levar, são apontadas, entre outras críticas:

1 – A de repercutir e interferir no âmbito político (o que caberia apenas a atuação do Executivo e do Legislativo): os Juízes são políticos?

2 – A politização do poder judiciário e, por consequência, o abalo da imparcialidade dos órgãos do judiciário, sem mencionar a falta de credibilidade do Estado na função de dizer o direito e pacificar conflitos.

E as questões que podemos apontar da obra de GERVASONI (2013): é possível juízes não eleitos pelo povo controlar, anular leis elaboradas pelo parlamento eleito para tal fim, assim como as aplicadas pelo Executivo também eleito? O princípio da maioria deve ceder ao da supremacia constitucional (com interpretação do Julgador)? Estão abusando da própria autoridade ao decidirem paustando por valores (interesses) particulares? Ou estão protegendo direitos fundamentais de uma forma indispensável, em uma sociedade que se quer livre? Qual (deve ser) a relação entre decisões judiciais e convicções pessoais?

A partir de 1990, em razão dos abusos cometidos ou como medida de refrear a “fúria decisiva” dos juízes; a “hipertrofia judicial” - judiciário confrontando decisões de outros poderes – (expressões de José Adércio Sampaio); “os juízes foram usados como verdadeira tática jurídica de guerrilha no programa de privatização das estatais” (frase de Maria Tereza Sadek), tivemos como reação: a Emenda Constitucional 45/2004 – a chamada reforma do Poder Judiciário e a criação do Controle Externo (Conselho Nacional de Justiça).

De sorte que, valendo-nos de parte dos pensamentos dos autores contidos nos livros adotados para esse trabalho, constatamos que, apesar de ser muito relevante ao maior alcance da nossa Constituição, deve se ter extrema cautela com essa “postura ativista” de desconsiderar a coisa julgada. E que o judiciário na sua atividade, sobretudo deve respeitar à própria Constituição (direitos fundamentais), além de que, tendo a apreciação da constitucionalidade (e até do político dela), deve agir, sem, com isso, transformar-se em “jurisdição política” ou se deixar levar pela politização, em face do risco do comprometimento do próprio Estado Democrático de Direito que o legitima a dizer o direito no caso concreto.

3. DA RELATIVIZAÇÃO OU DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA

É fato público e notório que a coisa julgada não é uma garantia absoluta, não só, como consagrado na moderna interpretação das normas pelas Cortes Constitucionais, assim, não existem direitos ilimitados, mas também porque o ordenamento jurídico pátrio prevê instrumentos que permitem a sua revisão, a exemplo da ação rescisória.

Assim dizer que o direito fundamental faz do redondo um quadrado ou do preto do branco, só porque isso foi declarado numa decisão definitiva do órgão estatal encarregado de resolvendo o caso concreto, dizer o direito e por termo ao conflito de interesses entre os cidadãos em litígio é algo extremamente simplório.

Contudo, não se pode negar que se trata de um instituto cujo objetivo é resguardar a estabilidade que algumas decisões adquirem, tornando imutável a parte dispositiva dos pronunciamentos jurisdicionais, e, deste modo, preservando a segurança jurídica através da

impossibilidade de rediscussão do conteúdo de determinados atos judiciais que disseram, no caso concreto, qual é a vontade do direito.

Cumprido dizer, que a coisa julgada, a rigor, em si mesma, não pode ser considerada cláusula pétrea, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil apenas vedou a retroatividade da lei para atingi-la, conforme dispõe em seu art. 5º, XXXVI.

Impende observar, contudo, que não se discute a constitucionalidade ou não da ação rescisória, cuja previsão está no art. 485 e seguintes do Código de Processo Civil, como instrumento típico de revisão (e, talvez, de eliminação) da coisa julgada.

Todavia observamos que, na medida em que a coisa julgada aparece no texto constitucional como instrumento de estabilidade das relações jurídicas, falar em relativização ou, seguindo terminologia patentada por Rosa Nery e Nelson Nery Junior¹, “desconsideração da coisa julgada”, expressão que, didaticamente, utilizaremos de forma mais usual neste trabalho, gera grande discussão, sobretudo no que tange aos denominados mecanismos atípicos, ou seja, os não previstos em lei.

E principalmente, entendemos que por se tratar de direito fundamental do cidadão, só excepcionalmente e de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Carta Magna do País (interpretação conforme a Constituição Federal, expressão consagrada na doutrina constitucionalista e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) é que o Poder Judiciário (que a princípio deve rechaçar a nova lide, extinguindo o segundo processo no início) pode lançar mão do instrumento para corrigir erros dos órgãos integrantes do mesmo, sob risco de haver grave comprometimento da ordem pública e risco à própria sobrevivência Estatal.

3.1. COISA JULGADA: CONCEITO, ESPÉCIES E CARACTERÍSTICAS

Como já apresentamos, a definição prevista na Lei de Introdução ao Código Civil (parágrafo 3º, do art. 6º: “*Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão de que já não caiba recurso*”), vamos nos valer neste tópico do outros conceitos (doutrina, etc).

¹ GÓES, Gisele (2006).

Segundo preleciona o professor Fredie Didier (2008, p. 552), “*a coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial.*”

Não podemos olvidar, também, do Estatuto Processual pátrio que em seu o artigo 467, diz que “*Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*”

Assim, coisa julgada é o atributo (ou efeito), a qualidade (ou a característica) que faz da sentença um comando definitivo, imutável, pondo fim a um conflito de interesses entre particulares que não conseguiram de forma pacífica solucioná-la e por isso pediram a intervenção do Estado-Juiz.

Também, forçoso concluir que os atos suscetíveis de formar a coisa julgada são as sentenças e as decisões interlocutórias, cujos conceitos estão, respectivamente, nos §§ 1º e 2º, do art. 162 da Lei de Ritos:

“Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

E sobre os pressupostos fundamentais à formação da coisa julgada material, nos valem mais uma vez do ensino do professor Fredie Didier Jr., que elenca, *in verbis*:

(...) Para que determinado provimento esteja apto a adquirir a qualidade da coisa julgada, terá ele de preencher quatro requisitos: a) provimento há de ser jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva desta espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso), pouco importa se o mérito tem natureza material (regra) ou processual (rescisória ou embargos à execução, p. ex.), bem como se o provimento é sentença, acórdão ou decisão interlocutória (não se desconhece a possibilidade de decisão interlocutória estar apta à produção de coisa julgada material, como são exemplos o reconhecimento de prescrição parcial e o julgamento antecipado parcial da lide, inovação dos projetos de reforma da

reforma do CPC); c) mérito este analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal), seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo não-uso delas.(DIDIER JR., 2002)

Do que podemos concluir que a coisa julgada, como a característica da imutabilidade do preceito jurídico individualizador, presente na parte dispositiva de uma decisão judicial, pode limitar-se ao processo em que a decisão foi proferida.

O que chamamos coisa julgada formal – também chamada de preclusão máxima – fenômeno endoprocessual, interno ao processo, e decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial.

Mas o efeito da imutabilidade (coisa julgada) pode projetar-se para fora dos limites do processo (além dos autos), sendo a exteriorização disso a impossibilidade de nova discussão da decisão judicial seja no bojo do processo em que foi proferida seja no de qualquer outro.

Denominamos essa de coisa julgada material – fenômeno endo/extraprocessual, incidente sobre a sentença de mérito.

Os doutrinadores elencam diversas acepções² para caracterizar o fenômeno da coisa julgada, porém, segundo o nosso entendimento e (parece que a posição que prevalece), trata-se de *qualidade peculiar*, ou seja atributo, que a lei atribui aos efeitos da sentença (ou decisão interlocutória).

A referida qualidade especial é a chamada imutabilidade (coisa julgada, objeto de nossa atenção neste estudo como direito fundamental, visto que assegurado na Constituição Federal, devendo, portanto, ser reconhecido pelo Poder Judiciário, além da instabilidade jurídica provocada pela tese da desconsideração do instituto).

² As concepções mais aceitas acerca da coisa julgada são: a) coisa julgada como um efeito/uma característica da decisão; b) coisa julgada como uma qualidade/um atributo dos efeitos da decisão; c) coisa julgada como uma situação jurídica/um estado do conteúdo da decisão.

Enrico Tullio Liebman (1984, *apud* BONICIO, 2007, p. 9) ao mencionar o tema ressaltava: “*a coisa julgada não é um efeito da sentença em si, mas uma ‘especial qualidade’ que a lei agrega a esses efeitos, tornando-os imutáveis.*”

Dissecando ainda mais, o tema (coisa julgada), observamos que como garantia que é, também se sujeita a limites.

Estes que, com respaldo no artigo 468 do Código de Processo Civi, são objetivos - que correspondem à lide (o objeto do processo que foi trazido para apreciação do Judiciário) e às questões decididas (o que realmente foi enfrentado pelo órgão estatal).

Mas, também, subjetivos - que dizem respeito aos sujeitos atingidos pela autoridade da coisa julgada (autor e réu) e pelos quais apenas as partes envolvidas no processo é que são alcançadas pela decisão, em regra.

Cumprе salientar que nem todas as sentenças de mérito fazem coisa julgada material.

Como caso de exceção em nosso ordenamento jurídico temos o provimento jurisdicional que tem por objeto relação jurídica continuativa, a exemplo da prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil, apelidadas de sentenças *rebus sic stantibus* (como se dá nas ações de alimentos, *verbi gratia*), uma vez acontecendo a modificação das circunstâncias fáticas que fundamentaram a anterior decisão, está autorizada a revisão desta última (em outro ação chamada “de revisão da prestação alimentícia”).

Como já dito anteriormente, o instituto da coisa julgada está sediado na Constituição Federal que, ao lhe fazer menção no artigo 5º, inciso XXXVI, impede, também, a tentativa através da nova lei de modificar decisão fundada em lei anterior e que, na vigência desta última, tenha transitado em julgado.

Assim, fato incontroverso é de que a proteção à coisa julgada é uma das faces do princípio da irretroatividade da lei, proteção essa que, como exposto antecipadamente, não significa que a lei ordinária não possa alterar o regime, o disciplinamento da coisa julgada, como o faz, a exemplo, na ação popular em que a coisa julgada dá-se “contra todos”.

Pode até mesmo estabelecer hipóteses em que a sentença não faz coisa julgada, a exemplo das relações jurídicas continuativas como é o caso das que decidem sobre alimentos, já citadas.

Isto podemos dizer porque o fundamento constitucional da coisa julgada surge a partir do Princípio da Segurança Jurídica, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito que as relações jurídicas travadas entre os entes estabilizem-se e que haja a pacificação dos conflitos pelo Poder Judiciário nos casos em que os particulares não conseguiram lograr a autocomposição.

Assim, do que foi apresentado, é visível que o direito fundamental à coisa julgada é uma garantia individual prevista pela própria Norma Ápice e que se destina não só ao legislador, proibindo-lhe a criação de lei com efeitos retroativos capazes de invalidar as decisões judiciais anteriores, mas ainda aos demais poderes, inclusive ao que detem a Jurisdição Constitucional, vedando, a rigor, a desconstituição ou desconsideração dessas decisões além das hipóteses permitidas pelo sistema jurídico pátrio.

E dizemos isso ao concluir que o direito, como conjunto de normas coercitivamente impostas pelo Estado para viabilizar a convivência harmônica entre os indivíduos, é um instrumento que se presta ao alcance da segurança jurídica tão perseguida pelo espírito humano.

Sendo por meio da coisa julgada que se busca não só a segurança no que concerne ao conjunto de leis e princípios jurídicos vigentes, mas também a estabilidade no que diz respeito às relações jurídicas específicas entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

De modo que, como figura emanada do direito, desempenha verdadeiro papel de ator principal (ao lado de outros) nesse contexto em que a segurança das relações jurídicas individualizadas não só legitimam e até justificam a existência do Estado e respectivos poderes, mas também, metaforicamente falando, representam o desfecho pretendido pelos jurisdicionados ou aquilo que chamamos, simbolicamente, do final feliz³.

³ A multicitada expressão é consagrada entre nós, na linguagem coloquial, não para significar o fim almejado pela parte individual mas sim o de se ter, ao menos, uma decisão do Poder Judiciário que ponha termo a situação de angústia provocada pelo litígio.

3.2. DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO EM NOSSO ORDENAMENTO

A tese da desconsideração/relativização do direito fundamental à coisa julgada, que defende a possibilidade de se discutir novamente, inclusive sob argumento de se dar máxima efetividade a princípio constitucional, devolvendo-se ao Poder Judiciário questão já protegida pelo manto da imutabilidade, tem gerado grande discussão no âmbito do direito positivo brasileiro.

Com efeito, como garantia que é do nosso ordenamento jurídico, a coisa julgada, sendo mecanismo de materialização do Princípio da Segurança Jurídica, este sediado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Norma Ápice do ordenamento jurídico), pode sofrer mitigação?

Os defensores da tese usam como fundamento a supremacia da constituição, a ponderação de interesses, em prol de outro princípio materializado em bem da vida que, no caso concreto, reputa-se de maior valia, hipótese em que a relativização/desconsideração da coisa julgada, em tese, pode ser legítima.

Aqui, cabe registrar que a maior Corte Jurisdicional do país, o Supremo Tribunal Federal que tem como principal função ser o guardião e intérprete da Constituição Federal, sendo que as suas decisões constituem-se em verdadeiros mandamentos para os demais Tribunais pátrios, aplica sempre nos julgados o critério da proporcionalidade e da razoabilidade (também com previsão na Carta Magna) ao dizer que havendo o conflito aparente entre duas garantias constitucionais (a exemplo, liberdade e intimidade) a que se impor certo sacrifício ao bem que satisfaça a interesse menor (individual) em detrimento do que atenda a outro maior (da coletividade, da sociedade, por exemplo).

Impende ponderar que, como já dito nos tópicos anteriores, existem vias típicas de revisão da coisa julgada, como a ação rescisória, *verbi gratia*, a serem manejadas nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 485 do Diploma Processual Civil.

A Lei 11.232/2005 que alterou o Código de Processo Civil fez surgir outra hipótese típica de relativização/desconsideração da coisa julgada, acrescentando o parágrafo único ao artigo 741 do referido *Codex*.

Neste último, permite-se o manejo (a apresentação) de embargos à execução contra a fazenda pública quando o título judicial for fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Lei Maior.

Sobre essa inovação que os professores Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2006, p. 310), advertem que: *“a regra do parágrafo único do art. 741 não se aplica aos títulos executivos judiciais que tenham sido acobertados pela coisa julgada antes do início de sua vigência.”*

E mais uma inovação. O § 1º do artigo 475 – L da Lei de Ritos traz mais uma situação de desconstituição da coisa julgada material, visto que autoriza que o executado resista à satisfação do crédito, aduzindo matéria concernente à formação do próprio título executivo, sempre que o mesmo estiver fundado em preceito tido por inconstitucional pela Suprema Corte ou quando se tenha conferido a essa mesma norma (lei ou outro ato normativo) interpretação ou aplicação tidas pelo Supremo como incompatíveis com a Constituição Federal.

Evidencia-se, pois, hipótese típica de rescisão de sentença, consistindo no acolhimento da citada impugnação.

Mas o ponto nodal deste arrazoado se encontra além destes previstos na norma infraconstitucional de desconsideração do direito fundamental da coisa julgada (porque há previsão específica para os mesmos, tratando-se de aplicação do princípio da legalidade – artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal).

Com efeito podemos dizer que reside na existência e na possibilidade de se desconsiderar, sob argumento de melhor interpretação da constituição, permitindo-se o uso das vias atípicas que podem ser manejadas em situações excepcionais (quais e de que maneira?), quando for inadmissível a forma típica.

Deve ser indagado como ficará o posicionamento do órgão estatal (judiciário) no exercício da soberania do poder de resolver os conflitos (velando pelo cumprimento de suas decisões, além de ter o compromisso de cumprir a constituição – direito fundamental) e, ainda mais, do próprio Estado diante da insegurança jurídica provocada?

4. COMO ANALISAR A DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA?

Impende de logo registrar que a coisa julgada material é uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito e imprescindível à efetividade da garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, pensar de modo diverso, é reconhecer que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no inciso XXXV, artigo 5º da Carta Magna e que será posteriormente abordado, será considerado letra morta, caso os jurisdicionados não possam, através desse mesmo acesso, ter seu conflito de interesses resolvido de forma definitiva.

Nesse quadro é que a segurança jurídica exsurge como o principal argumento contrário à desconSIDERAÇÃO/relativização do direito fundamental à coisa julgada.

Não se pode olvidar que referida segurança, prevista no art. 5º, *caput*, da Lei Maior, é relativa, na medida em que nossa legislação prevê instrumentos típicos tendentes a afastar a coisa julgada, como já foi apresentado.

E isso nada mais é do que o reconhecimento, por parte do legislador, da falibilidade humana, ou medida corretiva para os casos em que o ofício jurisdicional do Estado (por juízes, seres humanos, portanto) não foi exercido da forma correta.

Assim, salta aos olhos que a imutabilidade das decisões pode consolidar situações inconstitucionais, além de juridicamente indesejadas, contrárias à lei, à verdade e à justiça, porém não é recomendável, a princípio, conferir aos órgãos do Poder Judiciário, sob o primeiro lastro (supremacia da Constituição), partir, sem qualquer parâmetro, ou seja de

maneira indeterminada, desta tal premissa para justificar as formas atípicas de relativização/desconsideração de direito e garantia assegurada na Carta Magna do País.

Pensemos se nosso ordenamento jurídico positivo prevê a possibilidade de o Judiciário ratificar situações inaceitáveis e tanto é assim que, para tanto, a legislação traz, *verbi gratia*, a ação rescisória, de que modo é possível solucionar os casos em que os mecanismos típicos de desconsideração da coisa julgada não sejam cabíveis?

Poderíamos dizer que nesse caso, teria havido “descuido” do legislador ou falta deliberada?

Logo, é possível adiantar tão-só que a desconsideração da coisa julgada anima um forte duelo entre justiça efetiva e segurança jurídica.

5. CONCLUSÃO.

Com o escopo de estabelecer o lastro principiológico em que repousa a questão da relativização/desconsideração do direito fundamental à coisa julgada, trazemos o conceito de princípio que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, pp. 882-883), trata-se de

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Do que constatamos residir nos princípios e direitos fundamentais, a “pedra angular” do sistema jurídico brasileiro, e verdadeiro fanal na luta pela proteção dos direitos e garantias do indivíduo e da coletividade, concentrando em seu bojo os valores primordiais do Estado.

Os princípios a seguir elencados terão sempre um ponto de convergência, visto que fazem sempre parte de uma mesma ordem jurídica, guardando entre si uma correlação lógica.

Como princípio de maior projeção no Ordenamento Jurídico Brasileiro irrompe o da *Dignidade da Pessoa Humana*, previsto no inciso III, artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

Tal mandamento exprime a vertente de que cada indivíduo é merecedor de respeito e proteção aos seus direitos à vida, à privacidade, à segurança jurídica, à liberdade, à incolumidade física e moral, à individualidade e à identidade sexual.

Nesse aspecto, não há como olvidar que a desconsideração da coisa julgada se levada a efeito de forma indevida e desarrazoada, pode subverter não só a segurança e estabilidade das relações jurídicas (comprometendo-as fortemente) ou a credibilidade do Poder Judiciário (e do próprio Estado que tem no mesmo, a exteriorização de parcela da soberania), mas, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, que é a “pedra de toque” do sistema jurídico pátrio, mesmo porque a coisa julgada que torna imutável a sentença torna definitiva situação jurídica que atribui bem da vida a algum dos litigantes (pacificando o conflito indesejado).

Outro mandamento nuclear de matriz constitucional que merece relevo na temática vertente é o da *legalidade*⁴.

Este surgiu com o Estado Democrático de Direito, sendo uma bandeira da participação popular, que se opõe a toda e qualquer forma de autoritarismo. Está previsto no inciso II do art. 5º da Carta Magna, sendo uma garantia do indivíduo contra os desmandos do Estado.

O referido mandamento tem importância crucial para o nosso trabalho, porquanto, tendo em vista a enorme controvérsia que a relativização/desconsideração da coisa julgada levanta em relação à questão da segurança jurídica, é sempre recomendável utilizar-se dos

⁴ Princípio da Legalidade que não se confunde com o da Reserva Legal, este que significa selecionar uma matéria, dando a ela um tipo de regramento determinado. Ex: matéria x depende de lei complementar. Reserva de lei significa selecionar a matéria e indicar uma espécie normativa.

mecanismos típicos, objeto de criteriosa ponderação do legislador, em detrimento das medidas atípicas, estas que podem comprometer não só a segurança jurídica, mas também a própria efetividade da justiça e o Estado.

A conclusão não pode ser outra senão a de que, se admitirmos, sem o menor critério, os instrumentos atípicos tendentes à relativização/desconsideração da coisa julgada para correção de injustiças, partindo, sempre, do pressuposto de que o órgão jurisdicional errou, estaremos dando azo para verdadeiro problema, que é o da desconsideração da desconsideração (num gigantesco ciclo vicioso).

Ora, se o lapso do magistrado (que representa o Estado) - que não exerceu a jurisdição como deveria, consolidando, através de sentença definitiva, situação inadmissível - justificar a fulminação da coisa julgada de nada impedirá que a nova decisão proferida em seu lugar também seja reputada injusta e passível de outra desconsideração, produzindo, assim, de um lado, a perpetuidade de um litígio, e de outro o engessamento do Poder Judiciário em sua atividade típica de jurisdizer.

De sorte que, citada situação deve ser cuidadosamente examinada, mesmo porque o afastamento do Princípio da Legalidade pode resultar na negação do da Segurança Jurídica (previsto no artigo 5º, *caput*, da Carta Magna - estabelece a segurança das relações jurídicas travadas entre os indivíduos e entre estes e o Estado -), e conseqüente a eliminação de direitos e garantias consagrados na Constituição Federal.

O referido princípio está nas vias íntimas do próprio direito e na base dele, posicionando-se, inclusive, como princípio geral do direito⁵, isto é, a suma dos principais valores jurídicos de uma sociedade e que constitui o núcleo do ordenamento.

Com efeito, o sistema jurídico compreende um conjunto de normas tendentes a orientar os indivíduos, que de logo precisam conhecer o que devem e o que podem fazer, bem como as conseqüências jurídicas dos atos que lhes são imputados.

⁵ Princípios gerais do direito, na lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 112), “são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado eterno, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento.” Exemplos de princípios gerais do direito são o de que ninguém pode ser beneficiado da própria torpeza; vedação ao enriquecimento sem causa; o de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem; o de que ninguém pode ser punido sem ser ouvido, dentre outros.

Logo, não se concebe justiça sem segurança jurídica, na proporção em que a estabilidade das relações jurídicas que passaram pelo crivo do Poder Judiciário desborda na questão que é a da efetividade do acesso ao Poder Judiciário, sedimentado este através do *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*, previsto no inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal.

Que é também reconhecido como direito de ação, princípio do livre acesso ao Judiciário, ou, ainda, princípio da ubiqüidade da Justiça.

Podemos dizer que é visível que a segurança jurídica e o livre acesso ao judiciário são preceitos imprescindíveis e inerentes a uma ordem jurídica justa, na maneira que, sem a garantia da estabilidade das relações jurídicas, estas perenizadas através da coisa julgada material, não há que se falar em efetividade da jurisdição.

Assim, é notório que tais princípios correspondem a vias de mão dupla, ou seja, o alcance ou violação de um enseja o(a) do outro e vice-versa.

Ainda, não podemos olvidar de mencionar o *Princípio do Devido Processo Legal* (ou *due process of Law*), previsto no inciso LV, art. 5º da Constituição Federal.

Este que possui duas vertentes, ou seja, a formal, que preconiza o direito de demandar e ser demandado, segundo as regras procedimentais previamente fixadas; e a material (ou substancial), pela qual não basta observar a forma, é preciso que do processo advenha uma decisão escoreita e que observe os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁶

⁶ Princípio da Razoabilidade traz insitamente a idéia de decidir de forma coerente, lógica, despida de incongruência. Segundo a doutrina moderna, tal mandamento é no qual está inserido o Princípio da Proporcionalidade, este que traduz a idéia de equilíbrio (entre o fato social e a resposta dada pelo Estado-Juiz). Trata-se de princípios implícitos na Constituição, ressaltando que o inciso LXXVIII, art. 5º da Carta Magna, que cuida da razoável duração do processo, contempla a garantia da celeridade e agilidade na condução do processo.

Constata-se, também, que ao lado do Princípio do Devido Processo Legal⁷ há uma variedade de princípios jurídicos a outorgarem proteção aos interesses de cada indivíduo, fato que demonstra que o legislador adotou a posição mais coerente e cuidadosa, ou seja, a de que, se todos vivem sob a égide de um sistema de leis e princípios, seguindo a ordem jurídica, é porque, na verdade, o espírito humano deseja ardentemente a segurança jurídica, única forma de garantir a efetiva pacificação social.

Registro que o Advogado da União Raul Murilo Fonseca Lima (2008, p. 03-04) analisando o tema, chegou a um raciocínio interessante, *in verbis*:

Em suma, o que se busca é uma ponderada interpretação do art. 5º, XXXVI, parte final, da Carta Magna, cotejando-o e compatibilizando-o com a garantia fundamental do processo justo, por meio do emprego adequado das técnicas de hermenêutica constitucional, de modo a não se sacrificar valores jurídicos de primeira grandeza em favor de uma apologia desmedida à segurança jurídica.

Portanto, o segredo para se efetivar uma relativização da coisa julgada sem desencadear a insegurança jurídica está no Princípio da Concordância Prática. Há a necessidade da tão mencionada harmonização, cuja perfeição se atinge quando se consegue coordenar, proporcionalmente, a Segurança e a Justiça.

Sobre Princípio da Concordância Prática, podemos dizer que também chamado de Princípio da Harmonização, é utilizado para solver os conflitos no caso concreto através do juízo de ponderação, tal qual como os critérios de razoabilidade e proporcionalidade constitucionais.

Trata-se de postulado de hermenêutica constitucional, ao lado do Princípio da Força Normativa da Constituição, alhures citado, segundo o qual, na interpretação das

⁷ Princípios da Adequação e da Adaptabilidade são consectários lógicos do Devido Processo Legal. Leciona Fredie Didier Jr.(2008, p. 51): *Vislumbra-se o princípio da adequação, segundo a doutrina, em dois momentos: a) o pré-jurídico, legislativo, como informador de produção legislativa do procedimento abstrato; b) processual, autorizando o magistrado, em cada situação concreta, adaptar o procedimento de modo a melhor aperfeiçoá-lo às peculiaridades do caso. Quiçá, para fins didáticos, devêssemos nomeá-lo apenas no primeiro momento de princípio de adequação, enquanto, no segundo, de princípio da adaptabilidade; um, abstrato e prévio; outro, concreto e reparador.*

normas constitucionais, deve-se atribuir-lhes o sentido que as tornem mais eficazes e permanentes.

Todos princípios apontados têm como desiderato fazer com que as normas constitucionais tenham a força normativa para a qual foram criadas e, como têm importância fundamental, servem de critérios de interpretação da Constituição e orientação para a atividade do Poder Judiciário.

Diante do exposto, considerando que a interpretação errônea da Lei Maior pode ensejar ação rescisória, com respaldo no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil combinado com a súmula 343 da Suprema Corte, a *contrario sensu*, forma típica de desconsideração da coisa julgada, tais princípios, ao revés, não legitimam, sob qualquer fundamento, o emprego dos mecanismos atípicos de aniquilamento da *res judicata*, pautando-se na ponderação de interesses e harmonia do sistema e justificando, cada vez mais, o apreço pela segurança jurídica, além da soberania das decisões do Poder Judiciário e de todos os seus desdobramentos.

De outro modo, para resolver o impasse e harmonizar os Princípios da Segurança Jurídica e da Força Normativa da Constituição, o ordenamento jurídico prevê a ação rescisória, a ser utilizada pelo prazo decadencial de 2 (dois) anos, garantindo-se, dessa maneira, a razoável duração do processo, o efetivo acesso à Justiça, enfim, uma justiça não só pacificadora, mas acima de tudo, possível de ser conquistada.

Deve-se, desta maneira, evitar a postura ativista de desconsideração/relativização da coisa julgada material, ainda que tomando como parâmetro a injustiça da decisão ou argumento de “maior” efetividade de princípio constitucional, sob pena de franquear ao Poder Judiciário a possibilidade de lançar mão, ao seu próprio arbítrio, de uma cláusula revisional geral da coisa julgada, que nada mais é do que, comparativamente, uma espécie de cláusula resolutiva tácita da coisa julgada (como existe para os contratos em geral).

Isso, porque estaria comprometida a segurança e estabilidade das situações que, em tese, estariam consolidadas, podendo gerar efeitos devastadores nas relações jurídicas, impossibilitando a pacificação social, o convívio dos cidadãos e a sobrevivência do Estado.

Essa busca insana de justiça, não se pode negar, reputa como argumento assaz sedutor que, num primeiro momento, tende a persuadir. Porém no Direito não há lugar para a lógica do tudo ou nada, porquanto tem como função precípua regular as complexas relações humanas, que exigem solução mais tranquila e estabilidade das situações decididas (pelo Poder Judiciário).

E, ainda, ousamos concluir que a postura ativista da desconsideração/relativização atípica da coisa julgada não possui bases sólidas nem idoneidade para ser implementada de forma a não comprometer a segurança jurídica, podendo ensejar a tão esdúxula desconsideração da desconsideração, em prejuízo da própria efetividade da tutela jurisdicional e do Poder Judiciário (Estado).

Considerando que os fundamentos para a desconsideração atípica da coisa julgada não se sustentam e, principalmente, num Estado Democrático de Direito que contempla a soberania popular, é visível que se deve primar pelos mecanismos previstos na lei, porquanto idôneos, na medida em que emanados de representantes eleitos pelos real detentor do poder, isto é, o povo.

Finalmente, podemos concluir que o suposto ativismo judicial consistente na desconsideração/relativização do direito fundamental à coisa julgada não assegura a força normativa da Constituição e a efetividade da Justiça (traduzida no respeito às decisões do Estado, através de seu órgão que tem a função específica de resolver os conflitos, o Poder Judiciário), devendo sempre prevalecer os mecanismos típicos, mesmo porque são eles que melhor equacionam a necessidade de coibir situações indesejáveis com as garantias da segurança jurídica e da razoável duração do processo, observando, destarte, a plenitude lógica do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

BAROSSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.oab.org.br/ena/pdf/LuisRobertoBarroso_ConstituicaoDemocraciaeSupremaciaJudicial.pdf. Acesso em: 01 jul. 2011.

___ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

___ Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

___ O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Sentença Civil: classificação, estrutura, capítulos, efeitos e coisa julgada. Material da 3ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, pág. 9.

CUNHA, Fabiana Azevedo da. A leitura do instituto da coisa julgada frente ao constitucionalismo da pós-modernidade. Material da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (publicação da Procuradoria de informação, documentação e aperfeiçoamento profissional - Estado do Rio Grande do Sul – RPGE; Porto Alegre vol. 30, número. 63 páginas 1 – 231, jan./jun. 2006, ISSN 0101-1480).

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, número 58, ago.02. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 25 de julho de 2008.

___ Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento – *Volume 1*, 9ª edição, Salvador: JusPodivm, 2008, pág. 51.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil – Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada – *Volume 2*, 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2008, páginas 552, 311, 312 e 532.

GERVASONI, Tássia Aparecida e LEAL, Mônia Clarissa Hening. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Curitiba. Multideia, 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de um Ponto de Vista Contrário). In: Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. 2ª edição. Fredie Didier Jr. (Coordenação). Salvador: JusPodivm, 2006 e, publicada também na REPRO número 135, maio 2006. Material da 4ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG, p. 7.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, páginas 882-883, 112.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de de direito constitucional. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004 (p. 462).LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 614.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 129

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil Vol. 1 - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172.

__ Curso Avançado de Processo Civil Vol. 2 - *Execução*. 8ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 310. 4ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP –.