

Reflexões Sobre a Coisa Julgada e sua Relativização

SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
Juiz de Direito da 21ª Vara Cível - TJ/RJ

O estudo da coisa julgada revela que por trás de sua disciplina esconde-se um dilema, quase dramático, a ser equacionado: como equilibrar a necessária indiscutibilidade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada, que se apresenta como indispensável à segurança das relações jurídicas e à paz no convívio social, com a possibilidade de se corrigir eventual injustiça, de grande magnitude, cometida contra o direito subjetivo da parte vencida?

Nesse embate, temos de um lado o interesse coletivo na preservação da coisa julgada, que segundo Leonardo Greco¹, com muita propriedade, representa importante garantia fundamental da preservação da segurança jurídica, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, bem como afigura-se inerente à efetividade da prestação jurisdicional, nos termos do inciso XXXV do mesmo dispositivo constitucional.

De outro, temos o interesse, que não é apenas do particular, ou seja, do titular do direito subjetivo violado, mas sim coletivo, no sentido de que as decisões judiciais espelhem - o mais próximo possível - a vontade concreta da lei, aplicada de acordo com nosso sistema jurídico e apoiada nas regras e princípios constitucionais.

Enfim, nunca foi, nem tampouco há indícios de que um dia será fácil a tarefa de encontrar um ponto de equilíbrio capaz de

¹ "Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior". Artigo publicado na obra coletiva **Problemas de Processo Judicial Tributário**, 5º volume, coordenador Valdir de Oliveira Rocha, ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 193/207

acomodar, em todas as situações que a vida social pode oferecer, essas vertentes que não raro caminham em direções antagônicas.

Ilustremos, desde logo, a dificuldade de se encontrar para o problema solução satisfatória, capaz de compatibilizar todos os interesses em jogo.

Relembremos a questão enfrentada por nossos Tribunais há alguns anos atrás, diante de ação de desapropriação com decisão trântita em julgado, tendo sido estabelecido valor indenizatório várias vezes superior ao valor do imóvel desapropriado, em flagrante prejuízo ao erário público. O caso abriu precedente na jurisprudência das nossas Cortes superiores, entendendo-se possível a flexibilização da coisa julgada de modo a se evitar lesão, de grande monta, no patrimônio público.

Pois bem. Em razão desse episódio, o Governo Federal, pretendendo disciplinar a matéria, alterou o disposto no artigo 188, I do Código de Processo Civil, por intermédio de Medida Provisória (a primeira editada sobre a matéria foi a de nº 1.577, de 1997), estabelecendo que a Fazenda Pública teria o prazo de quatro anos para propor ação rescisória, como forma de aumentar a garantia de proteção ao erário público. E, também por Medida Provisória (MP 1.774-20, de dezembro de 1998), incluiu no artigo 485 o inciso X, dispondo: "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial". O fato é que o dispositivo aumentando o prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória (art. 4º da MP 1632-11/98 então em vigor) teve sua vigência suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 1753-2, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.6.980)², ao entendimento de que a regra concedia injustificável privilégio em favor da Fazenda Pública. E a Medida Provisória que incluía no art. 485 aquela nova causa de rescindibilidade não mais foi reeditada, não tendo sido convertida em lei pelo Congresso Nacional. Enfim, houve forte reação contrária, à época, contra as inovações. E, curiosamente, hoje em dia, pela tese da "relativização da

² Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de Processo Civil Comentado**, 7ª edição, RT, São Paulo, 2003, p. 845.

coisa julgada”, defende-se a possibilidade de ser alterada, a qualquer tempo, a decisão que impôs ao erário público prejuízo maior que o devido:

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. NOVA AVALIAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

- 1. Recurso especial intentado contra acórdão que, apoiando decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto de ação expropriatória, em fase de execução, repeliu argumentos de ofensa ao instituto da coisa julgada.*
- 2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, isto é, da soberania interna do Estado sobre os bens existentes no território nacional, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório.*
- 3. Não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada. O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial.*
- 4. Perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.*
- 5. Em face dos fatores valorativos, a força probatória das perícias técnicas é inestimável, colaborando no sentido jurídico de que a desapropriação se consuma nos limites da legalidade.*
- 6. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurí-*

dica. Confirmação do acórdão que apoiou as determinações construídas pelo magistrado de 1ª instância no sentido de valorizar prova pericial, aproximando-se ao máximo da realidade dos fatos.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido" (STJ, 1ª Turma, RESP 499217/MA, por maioria, Rel. Min. José Delgado, DJ 05.08.2004).

Citemos, ainda, o caso exemplar da ação de investigação de paternidade, diante do descobrimento de novas técnicas como meios de prova. É forte na doutrina e na jurisprudência atuais a tendência de se flexibilizar a coisa julgada na hipótese em que vem a ser descoberta, mais tarde, a inexistência do vínculo da paternidade, apesar de a decisão transitada em julgado ter chegado à conclusão contrária. A indagação que se pode fazer, como demonstração da complexidade do tema - a exigir muita meditação - é a seguinte: se o réu, na ação de investigação de paternidade, recusou-se a fazer o exame de DNA, como é de seu direito, nos termos da jurisprudência consagrada no Supremo Tribunal Federal desde 1994*, mas vem a ser declarado pai do autor, inclusive em decorrência da presunção que lhe é desfavorável (presunção construída pela jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e, depois positivada nos arts. 231 e 232 do novo Código Civil³). Se essa mesma pessoa, após alguns anos de batalha judicial, saindo perdedora, quiser reabrir, tempos depois, a discussão ao fundamento de que não realizou a prova e que a aferição da existência do vínculo biológico do parentesco está atrelada ao princípio da dignidade humana. Haveria preclusão em seu desfavor?⁴

³ Art. 231. "Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não pode aproveitar-se de sua recusa". Art. 232. "A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".

⁴ Alexandre Câmara, em palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada", sustenta que, nessa hipótese, não poderia o réu, que recusara a se submeter ao exame, propor ação negatória de paternidade com base no exame de DNA agora realizado. Veja-se, pois, que nem mesmo o invocado princípio da dignidade humana é capaz de garantir, aqui, a maior "relativização da coisa julgada".

*** "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, Tribunal Pleno, HC 71373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 10.11.94).**

Esses exemplos servem, a meu ver, para destacar que o estudo do tema exige muita meditação e reflexão, antes de nos seduzirmos por afirmações categóricas, em qualquer sentido, pois nesse terreno não encontraremos uma solução que agrade a todos, diante das mais variadas situações que podem surgir.

É dentro desse contexto, no estágio atual de desenvolvimento científico da questão, que podemos perceber que se encontra muito em voga a afirmação no sentido de que a coisa julgada precisa ser relativizada. Entretanto, não estamos diante de nenhuma *nova proposta*. A relativização da coisa julgada já está prevista na lei. E há muito tempo. A coisa julgada não é, nem nunca foi em nosso sistema processual civil, absoluta. O nosso ordenamento jurídico, de forma clara e expressa, cuida de excepcionar o caráter de definitividade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada, admitindo seja a mesma novamente alvo de discussão, uma vez desconstituída a eficácia da coisa julgada em sede rescisória.

Cuidou o legislador, como lhe cabia, de estabelecer quais as hipóteses ensejadoras de vício grave capaz de contaminar a decisão judicial, tornando-a suscetível de rescindibilidade. Temos, como é de conhecimento de todos, no artigo 485 do Código de Processo Civil a previsão de várias situações que autorizam o pedido rescindente, como o gravíssimo caso da decisão proferida por juiz corrompido, como ainda proferida por juízo absolutamente incom-

petente, ou baseada em prova falsa *etc.* E o sistema legal, no que concerne às hipóteses de rescindibilidade, ainda contempla uma regra de grande elasticidade: a do inciso V - violar literal disposição de lei (aqui entendida como lei em sentido amplo, abarcando normas constitucionais ou infraconstitucionais).

E vejam que a decisão judicial transitada em julgado sujeita-se por dois anos a impugnações calcadas em qualquer daquelas situações tipificadas no art. 485.

Portanto, não há novidade na expressão "relativização da coisa julgada", pois a mesma não é, de fato ou de direito, absoluta.

Na esteira dessa tendência moderna em que se destaca a necessidade de se relativizar a coisa julgada, temos a afirmação de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria⁵ no sentido de que "estaria havendo a transformação do Estado de Direito em Estado Judicial, com a hipervalorização do papel do juiz, tomando-o supremo em relação aos demais Poderes". Isso em decorrência da coisa julgada, cujos efeitos tornam a decisão judicial insuscetível de novas impugnações, senão nos casos e no prazo da ação rescisória, em regra.

Trata-se, a meu ver, de grande inversão de perspectiva. Não é o juiz quem decide pela indiscutibilidade de sua decisão, mas a lei. O juiz, ou o Tribunal, apenas limita-se a aplicar o comando legal, não admitindo que aquela decisão possa ser alvo de nova discussão no âmbito de outro processo. A se admitir que o juiz, diante do que vier a considerar como "enorme injustiça", possa reabrir a discussão a respeito de uma causa já julgada em definitivo (por exemplo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso), independente do que estabelece o ordenamento jurídico positivo, então estaríamos, aí sim, repousando sobre suas mãos um poder muito, muito maior.

E, como assevera o Ministro Luiz Fux⁶, os juízes não receberam do povo, nos termos da Constituição Federal, poder para resolver litígios senão mediante a aplicação da lei.

⁵ "A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle". Artigo publicado na obra coletiva *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 77/126.

⁶ Palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada".

Ainda sob a premissa da necessidade de relativização da coisa julgada, temos a assertiva do Ministro José Augusto Delgado⁷ apontando que a sentença não pode ser veículo de injustiças. Segundo afirma, “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, sob pena de afronta à soberania da proteção da cidadania”. E conclui: “a coisa julgada é uma entidade definida e regada pelo direito processual, que não pode se sobrepor aos princípios da moralidade, da legalidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras da Constituição”. Inference-se de sua posição, portanto, que a parte vencida, vítima de uma sentença injusta, tem o direito de a qualquer tempo pugnar pela invalidação daquele ato decisório judicial. Em outras palavras, naquele primeiro processo, que resultou na prolação de uma sentença injusta, não se teria prestado a jurisdição de forma adequada, fazendo jus, a mesma parte, a provocar uma nova prestação jurisdicional, agora melhor.

A meu juízo, ao invés do colorido de novidade que resulta dessa interpretação, verificamos verdadeiro retrocesso no tempo, renascendo a idéia de que o direito de ação visa à obtenção de uma sentença justa, como definido por Bülow, no século retrasado. Ou seja, estamos, por esse caminho, de certa forma, redesenhando a escola concretista já abandonada pela ciência processual moderna, desde os estudos de Degenkolb e Plózs, no tocante ao moderno conceito do direito de ação e seu caráter de abstração⁸. O jurisdicionado tem o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, que se realiza com plenitude mediante a prolação de decisão de mérito, dirimindo o litígio, independentemente de seu conteúdo, quer dizer, independente de parecer aos olhos da parte vencida uma sentença correta, uma sentença justa. Aliás, a busca pela “decisão justa” faz lembrar a procura dos alquimistas pela pedra filosofal...

⁷ “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. Artigo publicado na obra coletiva **Coisa Julgada Inconstitucional**, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, págs. 33/76.

⁸ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco - **Teoria Geral do Processo**, 20ª edição, ed. Malheiros, São Paulo, 2004, págs. 249/256.

Carlos Valder do Nascimento, em seu estudo sobre a coisa julgada inconstitucional⁹ (expressão, a meu ver passível de crítica, pois o que violaria a Constituição Federal não seria a coisa julgada, mas o comando emergente da sentença que eventualmente contrariasse alguma norma constitucional), assim como o fazem Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria¹⁰, afirma que a sentença contrária à Constituição é nula e, pois, passível de ser assim reconhecida a qualquer tempo, por intermédio de ação de conhecimento de rito comum (denominada de *querela nullitatis*). Com a devida vênia, vislumbra-se, na hipótese, grave confusão a respeito dos vícios do ato decisório, misturando-se indevidamente os conceitos de vício de juízo com o de vício de atividade (*errores in iudicando e in procedendo*). Exemplificando, não poderia ser considerada juridicamente nula uma sentença que eventualmente reconhecesse em favor do autor a aquisição da propriedade imobiliária por força de usucapião urbano, em que pese, de fato, não ter provado a sua posse pelo período mínimo de cinco anos (e, assim, contrariado o comando do art. 183 da Constituição). Ou ainda, da mesma forma, a sentença que considerou inexistir o dano moral afirmado pelo autor, que teve seu nome injustamente incluído em cadastro de proteção ao crédito, ao entendimento de que aquele devedor já possuía contra si outras tantas restrições corretamente lançadas (em detrimento do art. 5º, X da Constituição). Estaríamos aqui discutindo a justiça da decisão e não sua legalidade, capaz de ensejar, na via recursal, exclusivamente a sua reforma; e não, de forma alguma, a sua anulação. Enfim: a premissa de que tais sentenças, por serem injustas, são nulas, não está de acordo com nosso sistema processual.

Aliás, como não está de acordo com a evolução histórica da ciência processual lançar mão da *querela nullitatis* como panacéia para todos os males decorrentes da disciplina da coisa julgada.

Como bem o diz Barbosa Moreira¹¹, foi no direito intermédio, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos

⁹ "Coisa julgada inconstitucional". Artigo publicado na obra coletiva *Coisa Julgada Inconstitucional*, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 1/32.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 108.

¹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, 11ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 101/104.

misturados aos de origem romana, que se julgou necessário criar, para a denúncia dos *errores in procedendo*, um rémédio especial, a *querela nullitatis*, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples *imploratio officii iudicis*. Esse remédio comportava duas modalidades: a *querela nullitatis sanabilis* e a *insanabilis*. Na maioria dos ordenamentos europeus, a primeira foi absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, dando lugar ao surgimento das ações autônomas de impugnação. A *querela nullitatis* não foi a única fonte histórica dos meios impugnativos das decisões judiciais. Concorreu igualmente para formá-los a *restitutio in integrum*, de origem romana, que não se destinava a apontar para a existência de vícios processuais, mas visava a impedir a cristalização de uma injustiça, permitindo-se o reexame da matéria em situações como a de descobrimento de novas provas capazes de formar a convicção do órgão julgador em direção diversa. Essas duas vertentes acabaram sendo aglutinadas na evolução dos meios impugnativos, de modo que tanto os recursos como as ações autônomas servem para veicular vícios de atividade (que levariam à invalidade da decisão judicial) e de juízo (tornando a sentença injusta). Enfim, nos casos em que se imputa à decisão judicial o vício de juízo, ou seja, de ter julgado mal o litígio, aplicando alguma regra legal de direito substantivo em detrimento de norma constitucional, por exemplo, a sentença não seria nula e, tampouco, deveria ser objeto da *querela nullitatis*.

Embora já se encontre praticamente consagrada na literatura moderna, e com inegável penetração em nossos Tribunais, é questionável a tese da "subsistência da *querela nullitatis*" em nosso ordenamento jurídico processual. O que se entende possível, em situações como a da ausência de citação no processo primitivo, é a propositura de ação declaratória para o fim de se obter provimento jurisdicional certificando a inexistência¹² da relação processual originária, que não se completou pela falta de integração da parte demandada. Trata-se de ação declaratória de rito comum, com apoio na regra do artigo 4º, I do Código de Processo Civil. A meu juízo,

¹² No Direito Romano, a expressão *nulla sententia* significava "sentença inexistente", onde o *nulla* quer dizer "nenhuma". É a lição de Barbosa Moreira, in *Comentários...*, p. 101.

não se pode confundi-la com o instituto da *querela nullitatis*, que não guardava a natureza de ação autônoma de natureza declaratória. E não sendo possível confundir os institutos, não haveria que se falar em subsistência da *querela nullitatis*. Quando muito, poderíamos falar que a ação que vise à declaração de inexistência da relação processual primitiva cumpre papel semelhante ao que representou, no passado, a *querela nullitatis insanabilis*. Enfim, salvo melhor juízo, a questão não é de “sobrevivência” do instituto, mas de sua evolução.

A tese da coisa julgada inconstitucional ainda padece de outro grave inconveniente: a subjetividade na aferição do vício e de sua gravidade.

Como assevera Alexandre Câmara¹³, não se pode admitir a relativização da coisa julgada diante da mera alegação de injustiça da sentença. E ressalta que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional para impugnar a sentença transitada em julgado é que será possível relativizar-se a coisa julgada, procedendo-se ao reexame da matéria.

Contudo, essa posição traz-me a seguinte reflexão: qualquer fundamento calcado na Constituição Federal é suficiente para permitir, a qualquer tempo, a reabertura da discussão mediante o simples ajuizamento de uma ação de conhecimento de rito ordinário? A parte que saiu vencida no embate anterior, passados vários anos, poderá obter nova prestação jurisdicional ao fundamento de que a decisão anterior desviou-se da lei e, assim, feriu o preceito do art. 5º, II da Constituição, que dispõe sobre o princípio da legalidade? Em outras palavras, seria cabível impugnar a sentença ao fundamento de ofensa reflexa à Constituição? E se a questão depender do exame de provas, como no caso do prazo necessário para a aquisição da propriedade imobiliária urbana - poderia a parte vencida pretender a reabertura do litígio ao argumento de que não houve correta valoração das provas? E, como último exemplo, seria cabível a impugnação calcada no descumprimento da regra do art. 93, IX da Constituição Federal, ao argumento de que a decisão que lhe foi

¹³ Palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema “Relativização da Coisa Julgada”.

desfavorável continha, quando muito, um arremedo de fundamentação, e de todo inaplicável àquela situação?

E na esteira dessas reflexões, surge outra indagação: a quem caberá o reexame da matéria? Se a parte vencida, insatisfeita com o resultado do processo, visualizando na decisão alguma ofensa à Constituição, vem a ajuizar a ação declaratória (apontada como solução após o esgotamento do prazo para a ação rescisória) perante o primeiro grau de jurisdição, caberia ao juízo avaliar se a decisão antes proferida, digamos pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴, aplicou mal a lei em detrimento de norma constitucional? Na verdade, estaríamos obtendo a reforma da decisão por órgão jurisdicional de instância inferior, contrariando os princípios mais básicos de nossa estrutura judiciária. E ao entendermos que caberia ao próprio Tribunal prolator da decisão impugnada a apreciação dessa nova demanda, como instância inaugural, estaríamos criando uma nova causa de competência originária dos Tribunais sem previsão constitucional¹⁵.

São indagações importantes que ainda não tive o mérito de encontrar as respectivas elucidações na moderna teoria da "coisa julgada inconstitucional".

E, em conseqüência, podemos apresentar grande inconveniente a ser ponderado. Se a injustiça da decisão trânsita em julgado (por supostamente ferir a Constituição Federal) permite ao vencido recomeçar a batalha judicial do primeiro grau de jurisdição, o seu caminho pode lhe parecer mais fácil do que o do recurso extraordinário. Vejamos. No Juizado Especial Cível tem sido muito freqüente a propositura de ações (e hoje as temos em quantidade absurda) movidas contra determinada companhia telefônica visando à devolução das quantias cobradas a título de pulsos excedentes. Sem ingressar no âmago da questão, tem sido comum a vitória do usuário da linha telefônica. Nessas hipóteses, não tendo êxito na interposição de recurso extraordinário contra a decisão das Turmas Recursais e

¹⁴ Sem contar que não podemos deixar de fora a decisão proferida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em relação à qual não podemos descartar, pelo menos em linha de princípio, que ela também se divorcie da Constituição Federal.

¹⁵ Como bem destacado por Barbosa Moreira em palestra proferida em seminário realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de agosto de 2004, sobre o tema "Relativização da Coisa Julgada".

transitando em julgado a decisão, a parte vencida não pode valer-se de ação rescisória, pois não admissível no sistema da Lei 9.099/95¹⁶. Porém poderia perfeitamente a companhia telefônica, valendo-se da tese da "coisa julgada inconstitucional", vir a juízo, por intermédio de ação de conhecimento de rito comum, questionar a constitucionalidade da decisão ao fundamento de que a mesma contrariou, direta ou indiretamente, essa ou aquela norma ou princípio constitucional. E essa ação seria proposta no Juízo comum (pois o autor é pessoa jurídica e não pode demandar no Juizado Especial Cível) e assim teríamos a inusitada situação de vermos as decisões proferidas no sistema especial dos Juizados reapreciadas na esfera do sistema comum. E se a moda pega? Somente aquela companhia telefônica poderia inundar o juízo comum com a distribuição de centenas de ações. E todos os demais réus vencidos no Juizado Especial Cível? Enfim, será mesmo esse caminho que devemos seguir? Mais uma vez parece-me que o tema exige reflexão ainda maior.

E por último, trago à nossa meditação outro assunto de grande importância. O artigo 741 do Código de Processo Civil teve acrescentado o parágrafo único, por força da Medida Provisória 1.984, depois substituída pela Medida Provisória 2.180, cuja última edição, de nº 35, deu-se em 24.8.2001. E nesse dispositivo encontramos regra que considera inexigível o título executivo judicial quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Segundo Barbosa Moreira, em sua palestra proferida no Seminário realizado pela EMERJ sobre a "relativização da coisa julgada", a decisão a que se refere o dispositivo deve ser entendida como aquela proferida em caráter principal pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, cuja eficácia é *erga omnes* e vinculante. Assim, no artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99:

"A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm

¹⁶ "Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei".

eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Essa regra teve sua inconstitucionalidade argüida junto ao Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta (ADIn 2418 movida pelo Conselho Federal da OAB). Ainda não foi apreciado pedido de concessão de medida liminar, mas o Ministério Público Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade desse dispositivo. Os autos encontram-se conclusos com o Relator Ministro Cezar Peluso.

A dúvida que trago inicia-se pela própria inconstitucionalidade da norma. Tal disposição ofenderia a regra do artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, por mitigar a indiscutibilidade da decisão judicial coberta pelos efeitos da coisa julgada? Ou, diversamente, a norma do inciso XXXVI cuida apenas de direito intertemporal, de modo que não haveria qualquer mácula no ato normativo infraconstitucional que crie novas hipóteses de rescindibilidade ou que sujeite a sentença transitada em julgado a outras formas autônomas de impugnação?

A meu ver, a disposição contida no artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil não ofende a regra do inciso XXXVI. Com efeito, a regra constitucional impede apenas que uma nova lei retroaja, vulnerando o comando emergente de uma sentença coberta pelos efeitos da coisa julgada. Ou seja, se em determinado processo proferiu-se uma decisão que vem a transitar em julgado, não se poderá reabrir a discussão com base no fato de ter surgido nova regra legal a respeito daquele tema. Mas o dispositivo constitucional não impede que sejam criadas normas infraconstitucionais disciplinando a coisa julgada e criando hipóteses para excepcioná-la, como faz a lei processual civil nos casos de rescindibilidade tipificados no art. 485. E a regra do parágrafo único do 741 vem criar exceção ao efeito preclusivo da coisa julgada, permitindo-se alegar, em embargos à execução, a inexegibilidade do título executivo judicial por estar o mesmo fundado em norma declarada inconstitucional, por exemplo.

Assim entendendo, temos que a norma do artigo 741, parágrafo único, só não pode ser aplicada em detrimento de decisões que transitaram em julgado anteriormente à sua vigência,

sob pena de importar em retroatividade prejudicial à coisa julgada, ofendendo-se o disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição.

E, finalizando, trago uma dúvida inspirada na bem colocada indagação de Leonardo de Faria Beraldo¹⁷ a respeito da aplicação da norma do art. 741, parágrafo único. Imaginemos a hipótese em que o contribuinte pleiteia a restituição de um tributo sob fundamento de estar isento de seu recolhimento, na forma da lei, e, se assim não fosse, não se teria configurado o respectivo fato gerador. Julgada a causa, reconheceu-se a constitucionalidade da lei que concedera a isenção fiscal em favor do contribuinte, de modo que não foi preciso analisar o segundo fundamento (ocorrência do fato gerador). Acolhidos embargos à execução apresentados pela Fazenda Pública, com apoio na inexigibilidade do título judicial ao fundamento de que a sentença aplicara a lei tributária que teve, posteriormente, sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, haveria a reabertura da discussão travada na ação de restituição do indébito tributário? E a quem caberia proferir nova decisão (verdadeiro juízo rescisório): ao órgão julgador dos embargos, na própria decisão que viesse a acolhê-los (por exemplo, o Tribunal de Justiça em sede de apelação), ao juízo de primeiro grau, na relação processual primitiva, que seria reaberta com a decisão proferida nos embargos, ou, quem sabe, ao órgão judicial que proferiu a decisão que impôs a obrigação tida por inexigível no julgamento dos embargos (por exemplo, o STF)?

Diante do silêncio da lei (mais uma vez temos positivada em nosso ordenamento jurídico uma disciplina pela metade - o legislador cria a regra mas descuida-se de fornecer-lhe a disciplina completa, suscitando incerteza e insegurança), parece-me, à primeira vista, melhor o entendimento de que a solução da causa primitiva (aquela que fora objeto de discussão na ação condenatória) deve ser obtida no próprio julgamento dos embargos à execução de modo a se definir, desde logo, a existência do crédito afirmado no título executivo,

¹⁷ "A relativização da coisa julgada que viola a Constituição". Artigo publicado na obra coletiva **Coisa Julgada Inconstitucional**, coordenador Carlos Valder do Nascimento, 2ª edição, ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2004, p. 127/194.

ainda que sob outro fundamento (no lugar daquele entendido como contrário à Constituição Federal). Assim, evita-se a reabertura do processo de conhecimento originário com a prolação de novas decisões e, a seguir, a instauração de nova relação processual executiva, com a necessidade de garantia do juízo e tudo o mais¹⁸.

Em conclusão, no que concerne ao tema "relativização da coisa julgada", tenho para mim que a disciplina da matéria, diante dos relevantes interesses em jogo e das conseqüências decorrentes da opção que se queira adotar, cabe à decisão da sociedade. A esta, por intermédio de seus representantes, compete estabelecer qual a necessidade, maior ou menor, de estabilidade das relações jurídicas por força da coisa julgada e quando e como relativizá-la. Assim, se é necessário permitir que decisões injustas em matéria de paternidade sejam revistas, que seja alterado o prazo para propositura da ação rescisória. Ou, se for interesse da sociedade, que nas ações de estado a coisa julgada fique permanentemente sujeita à rescindibilidade de seus efeitos. Tal como ocorre, por exemplo, em sede do processo penal, quanto à revisão criminal em favor do condenado. É à vontade da lei que devemos respeitar. Por isso, ainda no âmbito do processo penal, não sendo admissível a revisão *pro societatis* (ainda que tal opção legislativa possa comportar discussão), enquanto a regra legal não for alterada, se é que um dia será, caberá ao seu aplicador tão-somente respeitar a vontade da lei.

No tormentoso caso da ação negatória de paternidade calcada na realização de exame de DNA, talvez seja possível encontrar, à luz do ordenamento vigente, solução menos radical e capaz de conformá-la com o nosso sistema. Barbosa Moreira¹⁹ traz à discussão a possibilidade de se entender que o prazo do artigo 495 do Código de Processo Civil seja contado a partir da obtenção da nova prova (resultado do exame do DNA)**. E, dessa forma, seria tempestiva a propositura de ação rescisória com fundamento na obtenção de documento novo de que não pôde se utilizar a parte vencida (inciso VII

¹⁸ Para Leonardo de Faria Beraldo, *op. cit.*, p. 193, a melhor solução seria reabrir o processo primitivo para que o juiz possa então instruir e julgar novamente aquele litígio.

¹⁹ Palestra proferida no Seminário realizado pela EMERJ, em 13 de agosto de 2004.

do art. 485)²⁰. Enfim, de *lege lata*, seria uma forma de resolver a *vexata quaestio* mediante a interpretação do texto legal, sem a necessidade de afrontá-lo.

**** Não seria inédita a criação de entendimento mais flexível em matéria de termo inicial de prazo extintivo. Veja-se que em matéria securitária, a jurisprudência pátria, interpretando o disposto no artigo 178, § 6º, II do Código Civil ab-rogado, veio a entender que o prazo prescricional somente teria fluência a partir do momento em que o segurado fosse cientificado da recusa da seguradora. Assim: "DIREITO CIVIL. SEGURO. PRESCRIÇÃO ANUA. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA RECUSA. Tratando-se de ação de segurado contra seguradora, incide a prescrição anual, prevista no art. 178, § 6º, II, Código Civil de 1916, e não o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Segunda Seção. Todavia, na espécie, não restou consumado o prazo prescricional, porquanto a ação da segurada foi proposta em menos de um ano da ciência inequívoca da recusa da seguradora. Recurso especial conhecido, mas desprovido" (STJ, 4ª Turma, Resp 590489/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 14.6.2004).**

Enfim, temos que a questão é de índole legislativa, envolvendo delicada equação com importantes interesses sociais em jogo. A meu ver, não deve a mesma ficar ao exclusivo arbítrio de cada julgador. Creio que, nesse caso, estaríamos concentrando nas mãos do órgão jurisdicional um poder maior do que aquele que emana da própria lei. ♦

²⁰ Para tanto, seria também necessário redimensionar o conceito de "documento novo" utilizado no inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil. Por *documento novo* entende-se o documento já existente à época do julgamento, mas que não pôde ter sido utilizado pela parte (vide, nesse sentido, Barbosa Moreira, *in Comentários...* p. 136). Na hipótese *sub studio*, o exame de DNA somente poderia ser considerado como "documento novo" no sentido literal da expressão.