

COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E PONDERAÇÃO RES JUDICATA, LEGAL CERTAINTY AND BALANCING

Anizio Pires Gavião Filho¹
Cristina Stringari Pasqual²

Sumário: Introdução. 1 O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada. 2 A ação rescisória e a desconstituição da coisa julgada. 3 Coisa julgada, segurança jurídica e ponderação. 3.1 A teoria dos princípios e ponderação. 3.2 A ponderação entre o princípio da segurança jurídica e os outros princípios constitucionais. 3.3 O procedimento. Conclusão. Referências.

Resumo: O princípio da segurança jurídica é central no Estado de Direito. A coisa julgada é expressão do princípio da segurança jurídica. Contudo, nenhum princípio é absoluto. O princípio da segurança jurídica pode ser ponderado tanto quanto os outros princípios constitucionais. O sistema jurídico é um sistema de normas e princípios. Os princípios são aplicados mediante ponderação.

Palavras-chave: Estado de direito. Direitos fundamentais. Teoria dos princípios. Proporcionalidade e ponderação. Princípio da segurança jurídica.

Abstract: The legal certainty is a central principle in the Rule of Law. The res judicata express the legal certainty principle. However, no principle is absolute. Legal certainty can be balanced with others constitutional principles as well. The principle theory states that the whole legal system is a system of both legal rules and principles. The principles are applied by balancing.

Keywords: Rule of Law. Fundamental rights. Theory of principles. Proportionality and balancing. Principle of legal certainty.

Introdução

A partir do catálogo de direitos fundamentais disposto na Constituição Federal de 1988 e da correta compreensão de que esses direitos fundamentais imantam o ordenamento jurídico como um todo, vinculando normativamente as atividades da função executiva, da função legislativa e da função jurisdicional, passou-se a discutir mais intensamente a respeito da constitucionalização das relações entre privados e a constitucionalização do processo. O que isso significa é que as relações entre privados e o processo judicial somente podem ser

¹ Doutor em Direito – UFRGS. Mestre em Direito – UFRGS. Professor de Teoria da Argumentação Jurídica e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Procurador de Justiça, RS.

² Doutora em Direito – UFRGS. Mestre em Direito – UFRGS. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Advogada.

compreendidas a partir dos direitos fundamentais.³ Intervenções em posições fundamentais jurídicas somente são admitidas se racionalmente justificadas sob a base das garantias e da proteção de outras posições fundamentais jurídicas.

Em sentido mais específico a esta investigação, o que se passou a sustentar é que os provimentos jurisdicionais, mesmo as sentenças judiciais cobertas pela autoridade da coisa julgada, não poderiam subsistir em casos de desconformidade com os princípios constitucionais concretizadores dos direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição Federal. Assim, por exemplo, em favor da concretização do direito fundamental da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, passou-se a admitir, sem mais, a desconstituição da coisa julgada. Aliás, o princípio da dignidade humana passou a ser considerado como princípio absoluto abstratamente, de tal sorte a prevalecer incondicionadamente quando em colisão com outros princípios constitucionais. À coisa julgada, até mesmo, negou-se *status* constitucional.

A dimensão desse movimento de relativização da coisa julgada pode ser verificada, sem mais, nos casos julgados de reconhecimento judicial da relação de parentesco. Independentemente da coisa julgada e da existência da via típica da ação rescisória para sua desconstituição, passou-se a admitir, em favor do princípio da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, a renovação da ação ordinária de investigação de paternidade com a pretensão de realização de exame DNA.

Esta investigação tem o propósito de analisar exatamente as questões que são colocadas a partir dessa proposta de relativização da coisa julgada,⁴ destacando, principalmente, aquelas que não podem, sem mais, ser desprezadas. A fim de que esse objetivo fosse alcançado, a análise foi analiticamente nos seguintes pontos.

No primeiro, cuida-se de justificar o princípio da segurança jurídica a partir do princípio do Estado de Direito, destacando-se que a coisa julgada deve ser compreendida como elemento de concretização do princípio constitucional. É nesse ponto que se pretende justificar o enunciado de que a coisa julgada dispõe de *status* constitucional

No segundo, será destacada a via da ação rescisória como alternativa típica para desconstituição da coisa julgada. O que se pretende demonstrar é que também o princípio constitucional da segurança jurídica não deve ser tomado como princípio abstratamente absoluto, pois não deve prevalecer incondicionadamente nas hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, escolhidas pelo legislador infraconstitucional. Nesse ponto, igualmente, pretende-se justificar o *status* constitucional da ação rescisória.

³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 506-511.

⁴ Sobre o tema, uma investigação minuciosa e de leitura obrigatória é a de TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

No terceiro ponto, cuida-se da alternativa extrema da desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada para além das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória. A discussão dessa via está estruturada em quatro pontos. No primeiro, cuida-se da justificação do modelo da ponderação de princípios. O que se pretende demonstrar é que a solução para os casos de sentenças inconstitucionais cobertas pela coisa julgada é a ponderação entre o princípio da segurança jurídica e outro princípio constitucional – por exemplo, o princípio da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. No segundo, trata-se da distinção entre regras e princípios e do princípio da proporcionalidade. Sem a compreensão dessa distinção e, principalmente, dos elementos integrantes do princípio da proporcionalidade, é impossível resolver o problema da colisão de princípios. No terceiro ponto, cuida-se propriamente da ponderação entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios constitucionais. Esse lugar está dedicado aos elementos que devem ser considerados na ponderação. Se o modelo da ponderação parte da premissa de que não há prevalência incondicionada de um princípio sobre outro, devendo-se aplicar a lei do peso, a solução da colisão deve considerar todas as circunstâncias do caso concreto – assim, por exemplo, a boa-fé e a conduta das partes, a boa-fé de terceiros, o tempo da consolidação de situações jurídicas, os vínculos sociais e psicológicos estabelecidos, a rescisão da sentença como a medida adequada à realização do direito fundamental da dignidade humana, a rescisão da sentença como medida necessária à realização do direito fundamental da dignidade humana, o grau de afetação do princípio da segurança jurídica, o grau de satisfação do princípio da dignidade humana. Por fim, o quarto ponto cuida da via processual para a desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada para além da ação rescisória.

1 O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada

A responsabilidade do Estado pela pacificação social e pela estabilidade das relações sociais, a partir da positivação do Direito, justifica o princípio da segurança jurídica. Na medida em que o Estado estabeleceu a proibição de autotutela, assumindo em contrapartida o dever da prestação jurisdicional como alternativa para a solução dos conflitos, o bom funcionamento do comércio jurídico somente poderá ser alcançado se as manifestações jurisdicionais gozarem de perenidade e confiabilidade. Em essência, a segurança jurídica é princípio constitucional que encontra justificação no Estado de Direito.⁵

⁵ Nesse sentido, ver COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da união (Lei 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set., 2004. O reconhecimento da segurança jurídica como princípio constitucional fundado no Estado de Direito pode ser rastreado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [Cf. STF, REExt. 466546, 2ª T., j. 14/02/2006; STF, REExt. 442.683, 2ª T., j. 13/02/2005]. A respeito da segurança jurídica como valor do ordenamento jurídico, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63-68.

O processo judicial é o instrumento pelo qual o Estado desenvolve a sua função jurisdicional e realiza a justiça do caso concreto.⁶ A fim de que isso seja alcançado, é necessário que o processo seja encerrado em um prazo razoável,⁷ pois não interessa a perenização do conflito. A sentença é o tipo de provimento jurisdicional a partir do qual o Estado dá a norma individual de uma situação jurídica concreta, solucionando o conflito. A definitividade do comando da sentença é elemento necessário à estabilidade das relações jurídicas. O que isso significa é que, dadas as mesmas condições fáticas e jurídicas, a relação concreta definida não mais poderá ser modificada.

A coisa julgada encontra justificação pela concretização do princípio da segurança jurídica, na medida em que significa a qualidade da imutabilidade do conteúdo do comando da sentença de cognição exauriente de mérito, tornando imutável o resultado da atuação da função jurisdicional. A coisa julgada não se identifica com a imutabilidade dos efeitos da sentença, pois as partes, tratando-se de direito disponível, podem abrir mão da solução judicial dada à relação jurídica material controvertida.⁸ O que está vedado às partes em face da coisa julgada, contudo, é pretenderem novo pronunciamento jurisdicional sobre a questão já decidida.

A coisa julgada, contudo, não tem apenas essa função negativa, mas também uma função positiva. A função negativa consiste em impedir que a mesma lide seja novamente examinada em processo futuro – no sentido de impedir outro julgamento a respeito de algo já definitivamente decidido em processo anterior. Essa função está assentada no princípio do *bis in idem*, caracterizando a consumação da ação. O juiz resulta impedido de julgar novamente a mesma lide, independentemente do resultado a que essa nova demanda possa conduzir.⁹ A função positiva da coisa julgada significa que o juiz está obrigado a reconhecer o julgado em todas as decisões sobre demandas que o pressuponham. A coisa julgada impõe o conteúdo imutável da sentença, impedindo que outro julgamento dele divirja. Em essência, a

⁶ Nesse sentido, Alvaro de Oliveira defende a necessidade de uma relativização do formalismo do direito processual, observando que “vencida a época das certezas e dos dogmas, a modernidade líquida está consciente dos conflitos de valores, cada vez mais complexos, que permeiam a aventura humana: tudo que é sólido desmancha no ar, já dizia o velho Marx, embora em contexto totalmente diverso”. Por isso, então, “o direito processual não pode fugir a esse destino porque, como vimos não se resume a simples técnica, embebido como está em inafastáveis vertentes axiológicas”. Assim, é necessário que “aprender a lidar com essas antinomias e procurar meios e critérios para resolvê-las” [Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133].

⁷ Aliás, a norma do disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, dispõe que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 112. Segundo Ovídio Batista, a coisa julgada deve ser entendida como a qualidade do efeito declaratório da sentença [Cf. BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 114-115]. De qualquer forma, merece registro a célebre doutrina de Liebman no sentido de que a coisa julgada é a qualidade da imutabilidade dos efeitos da sentença [Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 54].

⁹ Cf. LIEBMAN, Eficácia e autoridade da sentença..., p. 58.

função positiva da coisa julgada vincula o juiz de um segundo processo quanto ao conteúdo da decisão proferida em processo anterior.¹⁰

A respeito dessa distinção, Pugliese observa que o reconhecimento apenas da função negativa da coisa julgada é insuficiente, pois devem ser considerados os processos futuros relativos a outras lides em que a questão decidida definitivamente não pode ser desprezada. Nesses casos, então, o juiz do segundo processo resulta vinculado ao definitivamente julgado, devendo adotar a decisão que transitou em julgado. Na verdade, o juiz deve pronunciar-se sobre a questão, repetindo o julgado de modo definitivo.¹¹

O que deve ser bem compreendido é que a segurança jurídica e a coisa julgada representam uma opção política do legislador entre dois valores. Ao invés da perenização dos conflitos, que resultaria da permanente permissão para rediscussão de toda e qualquer sentença judicial, preferiu-se a segurança jurídica alcançada pela imutabilidade do conteúdo do comando jurisdicional. Optou-se, então, entre o ideal de justiça, sempre passível de ser encontrado conquanto que se permita sempre o reexame da questão decidida, e a segurança jurídica.¹² Entre a segurança jurídica e a busca pela justiça última, preferiu-se a estabilidade concretizada pela coisa julgada. Assim, não há possibilidade de que o objeto do processo seja, em processo posterior, novamente discutido. Igualmente, impõe-se ao juiz o dever de, em processo posterior, reconhecer o conteúdo do comando do pronunciamento anterior e definitivamente julgado.

A partir desses elementos configuradores, uma questão que pode ser colocada é se a coisa julgada é uma garantia constitucional. A respeito dessa questão, destaca-se que a coisa julgada está vinculada à concretização do princípio constitucional da segurança jurídica. Por isso mesmo, a violação à coisa julgada não constitui outra coisa senão descumprimento do princípio constitucional da segurança jurídica. Além disso, deve-se observar que a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada, está inserida no catálogo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal. Essa disposição constitucional não significa apenas que a coisa julgada é um mecanismo de preservação da irretroatividade das leis, mas que se trata de uma garantia constitucional. Essa formulação encontra justificação em duas razões.

A primeira é a de que a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não pode ter o significado estrito de mero instrumento à garantia de irretroatividade das leis, pois não se deve adotar uma interpretação meramente literal da disposição constitucional. Aliás, não teria sentido interpretar-se, literalmente, a expressão “lei”

¹⁰ Contudo, é interessante observar que Liebman nega a função positiva da coisa julgada, argumentando que os efeitos que a sentença produz independem da coisa julgada [Cf. LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença...*, p. 58].

¹¹ Cf. PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile. Enciclopedia del Diritto*. V. XVIII. Milano: Giuffré, 1968, p. 820-822.

¹² Cf. TALAMINI, *Cosa julgada e sua revisão...*, p. 47.

na disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Nessa hipótese, muito embora haja a referência de que a “lei não excluirá” o acesso à justiça, não há dúvida de que o significado jurídico da norma vai muito além disso. Do mesmo modo, deve-se interpretar a norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, quando se refere, apenas, à igualdade “perante lei”.¹³

A segunda razão é a de que se, a partir da norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o legislador não pode atuar de modo a suprimir a coisa julgada, igualmente, não pode fazê-lo o aplicador da lei. Não teria sentido impedir o legislador e liberar a atividade do aplicador para desconsiderar a coisa julgada.¹⁴ A coisa julgada, por isso mesmo, sequer pode ser suprida por emenda constitucional, nos termos da norma do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, pois constitui garantia individual constitucional.

2 A ação rescisória e a desconstituição da coisa julgada

O princípio da segurança jurídica, contudo, não impede que a coisa julgada seja desconstituída. A segurança jurídica não deve ser entendida como princípio absoluto. Além disso, podem ser prolatadas sentenças cujas normas individuais sejam contrárias ao Direito. Por isso mesmo, o próprio ordenamento jurídico estabelece os casos em que a sentença coberta pela autoridade da coisa julgada pode ser desconstituída. A via típica da desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada é a ação rescisória.

Trata-se de uma ação por intermédio da qual a função jurisdicional é provocada para o fim de desconstituir a sentença coberta pela coisa julgada, prolatando-se um novo provimento jurisdicional para substituir o desconstituído ou, simplesmente, desconstituindo-se o provimento jurisdicional anterior. A Constituição Federal não indica, expressamente, que a ação rescisória é a ação constitucional adequada à desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada. Contudo, não se pode negar que a via da ação rescisória constitui alternativa de concretização do princípio do acesso à justiça contido na norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Se essa norma dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com maior razão, uma sentença judicial, ainda que coberta pela autoridade da coisa julgada, não poderá fazê-lo também. Por isso, então, correto dizer que a ação rescisória encontra justificação jusfundamental.

Além disso, podem ser rastreadas referências à admissibilidade da ação rescisória na própria Constituição Federal. É isso o que pode ser verificado nas normas do art. 102, I, *j*, da Constituição Federal, que estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação rescisória contra seus julgados; do art. 105, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar ação rescisória contra seus

¹³ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 50.

¹⁴ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 51.

julgados; e do art. 108, I, *b*, da Constituição Federal, que estabelece a competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar ação rescisória contra seus julgados ou dos juízes federais da região.

As hipóteses de admissibilidade de desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada pela via da ação rescisória são dadas na legislação infraconstitucional. Os critérios do legislador infraconstitucional para escolha dessas hipóteses são orientados pelos valores e princípios constitucionais e, notadamente, pelo modelo do processo razoável. Nesse ponto, o legislador infraconstitucional não pode se desviar da garantia constitucional do devido processo – aqui entendida não apenas como garantia do procedimento previsto no ordenamento jurídico, mas também como garantia de um processo razoável – estabelecida na norma do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.¹⁵

O legislador infraconstitucional, na norma do art. 485 do Código de Processo Civil, estabeleceu o catálogo de hipóteses de desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada. Assim, admite-se ação rescisória em face de sentença de mérito porque *i*) houve prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; *ii*) foi prolatada por juiz impedido ou absolutamente incompetente; *iii*) a parte vencedora obrou com dolo; *iv*) houve colusão entre as partes para fins fraudulentos; *v*) houve ofensa à coisa julgada; *vi*) deu-se violação de literal dispositivo legal; *vii*) a sentença estava assentada em prova falsa ou incorreu em erro de fato. Nesses casos, não obstante a autoridade da imutabilidade do conteúdo do comando contido no provimento jurisdicional decorrente do trânsito em julgado, a sentença pode resultar desconstituída.

Trata-se de um catálogo taxativo, que não admite ampliação por analogia. O fundamento desse entendimento está no fato de que a norma geral é a da impossibilidade de desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada. Somente em hipóteses excepcionais, expressamente escolhidas pelo legislador infraconstitucional é que a ação rescisória deve ser admitida.¹⁶

Contudo, essa questão deve ser mais bem detalhada. Ainda que não se admita a analogia, não se pode descartar a possibilidade de uma interpretação alargada das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

Essa interpretação extensiva vai encontrar justificação na própria Constituição Federal. Na verdade, as hipóteses da norma do art. 485 do Código de Processo Civil devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal,¹⁷ pois, em

¹⁵ Sobre o devido processo legal e a proteção dos direitos fundamentais, ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 154.

¹⁷ Sobre interpretação conforme a Constituição, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 70-75; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 510-517.

última análise, o resultado da atuação jurisdicional não pode contrariar os princípios constitucionais.

Uma análise mais recente da doutrina e da jurisprudência a respeito da interpretação e da aplicação das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória tem revelado uma progressiva inclinação em favor da ponderação do princípio da segurança jurídica com outros princípios constitucionais. Em nenhum momento é negado o caráter excepcional da ação rescisória e a taxatividade dos casos de sua admissibilidade, mas isso não tem sido entendido como impedimento para a desconstituição de sentenças incompatíveis com a ordem constitucional. O que se tem observado, então, é uma interpretação mais flexível das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória contidas na norma do art. 485 do Código de Processo Civil.

3 Coisa julgada, segurança jurídica e ponderação

3.1 A teoria dos princípios e a ponderação

O sistema jurídico é um modelo constituído por regras e princípios que, por isso, carrega a força vinculante das regras e não apresenta lacunas de abertura, pois sempre haverá um princípio ao qual o juiz poderá recorrer.¹⁸ Os critérios mais consistentes para a distinção entre as regras e os princípios devem ser remetidos ao argumento da separação forte de princípios e regras,¹⁹ desenvolvido por Dworkin e Alexy, que aponta para a distinção qualitativa entre as regras e os princípios.²⁰

A distinção entre regras e princípios de Dworkin é apresentada em duas partes, sendo a segunda implicação da primeira. Uma diz com o critério de aplicação diferenciado entre regras e princípios – critério *tudo ou nada* das regras e os princípios como fundamentos para a decisão. A outra se refere aos diferentes critérios de solução para os casos de conflitos de regras e de colisão de princípios. Os princípios apresentam uma “dimensão de peso” que não aparece nas regras. No caso de uma colisão de dois princípios, aquele que apresenta um peso relativamente maior supera o outro de peso menor, mas isso não significa que este seja inválido. Significa, apenas, que, no caso concreto, um princípio se sobrepõe ao outro como fundamento da decisão a ser tomada.²¹

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. Jorge Seña. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 168.

¹⁹ Uma distinção fraca entre as regras e os princípios é encontrada em LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1996. Sobre as teses fracas e fortes da distinção entre as regras e os princípios, ver ÁVILA, Humberto. *A teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

²⁰ Segundo Heck, a tese de Dworkin deve ser complementada pela de Alexy [Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57].

²¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-28.

Segundo Alexy, os princípios são aquelas normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e normativas. Conforme as possibilidades fáticas, na medida em que o conteúdo dos princípios como normas de conduta somente pode ser determinado a partir dos fatos concretos. Conforme as possibilidades normativas, na medida em que a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras conflitantes. Os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com essas possibilidades fáticas e jurídicas.²² As regras são aquelas normas jurídicas que contêm determinações no espaço do possível fática e juridicamente, cuja alternativa única é o cumprimento ou não cumprimento, pois, quando uma regra vale, deve ser realizado exatamente aquilo que ela determina, isto é, nem mais e nem menos.²³

O problema da solução da relação de tensão decorrente da colisão entre princípios não está no reconhecimento da imediata prevalência de um princípio sobre o outro, pois nenhuma norma goza, sem mais, de primazia sobre a outra. A decisão para o caso concreto deve ser buscada a partir de uma ponderação dos princípios que estão em colisão. Dependendo das circunstâncias específicas de uma determinada situação, um princípio irá prevalecer sobre outro. É em razão disso que se deve entender que a dimensão de peso dos princípios não determina imediatamente as consequências jurídicas, como o fazem as regras. É nesse ponto que a proporcionalidade deve ser levada em conta como critério para aplicação da lei da ponderação.²⁴

É necessário advertir que o chamado *princípio* da proporcionalidade não corresponde a algo que se identifica com o significado atribuído à expressão *princípio* no sentido de um mandamento de otimização que deve ser cumprido conforme as possibilidades fáticas e normativas, segundo a lei da ponderação. A respeito dessa questão, deve-se observar que o termo *princípio*, empregado no conceito de “princípio de proporcionalidade”, não se confunde com a noção de princípio que comporta uma ponderação, conforme a teoria dos princípios. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito não são ponderadas, mas satisfeitas ou não satisfeitas no caso concreto. O caso não é de ponderação como se dá com os princípios, mas de satisfação ou não satisfação como ocorre na hipótese de conflito entre as regras. Nessa linha, a conclusão de Alexy é que os três princípios parciais da proporcionalidade devem ser entendidos como regras.²⁵

²² Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

²³ Sobre a distinção de regras e princípios em Alexy, ver HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-100.

²⁴ A respeito da lei da ponderação, ver ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁵ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*..., p. 112. Ao examinar esse aspecto terminológico, Leivas emprega o conceito de preceito para distingui-lo de princípio, referindo-se ao “preceito da proporcionalidade” e aos três “preceitos parciais” – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que assumem o caráter de regra [Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos*

O princípio da proporcionalidade é aplicado a situações em que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim, devendo o seu exame ser feito em três diferentes aspectos. O exame da idoneidade indaga se o meio promove o fim. O exame da necessidade investiga se, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não existe outro meio menos restritivo. O exame da proporcionalidade em sentido restrito procede ao exame do equilíbrio entre o meio e o fim, na medida em que indaga se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.²⁶ Em outras palavras, o que se pretende saber é, quando existe um meio M₁, menos gravoso que o meio M₂, porém menos eficaz, qual dos meios será eleito para a promoção do fim que se pretende. Na proporcionalidade em sentido restrito, o que interessa é a ponderação entre o grau de afetação do princípio que está em colisão e o de satisfação do outro princípio que constitui o fim pretendido. O fato de uma das medidas ser escolhida não é uma questão de possibilidades fáticas (e, portanto, não é uma questão de necessidade), mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de ponderação entre os princípios em colisão. Assim, a partir da lei da ponderação, tem-se que: “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação de outro”.²⁷ Portanto, tem-se que, quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio. Assim, percebe-se que, pela lei da ponderação, deve-se proceder a um exame segundo os graus de importância da satisfação de um princípio e da afetação do outro. Esses conceitos de grau de satisfação e importância não podem ser objeto de uma metrificação e assim conduzir a um “cálculo intersubjetivamente obrigatório de resultado”.²⁸ A afirmação de que uma afetação muito intensa de um princípio somente se justifica pelo grau igualmente intenso de satisfação do princípio oposto, de fato, não explica quando se está diante de uma afetação muito intensa de um princípio e quando um grau de satisfação de outro princípio é muito alto. Todavia, a lei da ponderação diz o que deve ser fundamentado para justificar “o enunciado de preferência condicionada”, que apresenta o resultado da ponderação. Do que se trata é de enunciados sobre os graus de afetação e de importância.²⁹ Com isso, está colocada a necessidade de que a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo como critério para os casos de colisão de princípios esteja unida com a argumentação jurídica sobre a base da teoria do discurso racional.³⁰

fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47]. Sobre esse tema, Ávila refere-se à proporcionalidade como “postulado normativo aplicativo” que se situa em nível diverso do das normas. Diversamente dos princípios, os postulados não impõem a promoção de um fim e tampouco prescrevem indiretamente comportamentos, mas estruturam a aplicação do dever de promover o fim e estabelecem modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Diferentemente das regras, os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação das normas que o fazem. Por isso, então, o dever de proporcionalidade deve ser designado como postulado da proporcionalidade [Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80].

²⁶ Cf. ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 104.

²⁷ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 161.

²⁸ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 164.

²⁹ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 164.

³⁰ Cf. ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Ver, ainda: ALEXY,

O que se propõe é que esse modelo seja considerado como a única alternativa para se cogitar da ponderação entre a segurança e outros princípios constitucionais.

A coisa julgada é elemento de concretização do princípio da segurança jurídica, destacando-se, por isso mesmo, como um verdadeiro princípio constitucional fundamental do Estado de Direito. A coisa julgada, portanto, aponta para a estabilidade das situações jurídicas definidas pela via da atividade jurisdicional. Por outro lado, existem outros princípios constitucionais que também informam as decisões judiciais. Em linhas gerais, pode-se dizer que é inconstitucional a sentença que contraria princípios constitucionais, como os princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade. Por isso, então, quando há uma sentença judicial coberta pela autoridade da coisa julgada, que pelo princípio constitucional da segurança jurídica deve ser mantida, contudo é inconstitucional, porque contrária ao princípio da dignidade humana, deve-se recorrer a uma ponderação dos princípios constitucionais em jogo.

A respeito dessa questão, pode-se argumentar que a ponderação é tarefa do legislador. Assim, as hipóteses típicas da ação rescisória para desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada foram selecionadas pelo legislador infraconstitucional a partir de uma ponderação dos valores em jogo. Por essa linha, então, estaria afastada qualquer possibilidade de rescisão da coisa julgada para além das hipóteses típicas da ação rescisória e, eventualmente, de outro mecanismo típico expressamente estabelecido no ordenamento jurídico infraconstitucional.³¹ Em outro sentido, pode-se argumentar que subsiste a possibilidade de rescisão de sentença judicial coberta pela autoridade da coisa julgada para além das hipóteses previstas pelo legislador infraconstitucional, pois o ordenamento jurídico não pode aceitar provimentos jurisdicionais contrários à Constituição Federal.

Ainda que a segurança jurídica seja um princípio constitucional, o correto é que existam também outros que não podem ser desprezados sem mais e, tampouco, de modo incondicionado. No caso de conflito do princípio da segurança jurídica com o princípio da dignidade humana, deve-se proceder a uma ponderação também para além das hipóteses previamente escolhidas pelo legislador infraconstitucional. Aqui, entra em cena a teoria dos princípios e, por isso mesmo, a distinção entre regras e princípios. Igualmente, o princípio da proporcionalidade é decisivo. Esse, ao contrário do que se suspeita, não significa irracionalidade,³² conforme as teorias da argumentação jurídica deixam saber claramente. Evidentemente, razões devem ser apresentadas conforme as regras da teoria do discurso racional.³³ Esse assunto,

Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³¹ Nesse sentido, Marinoni observa que a coisa julgada não pode ser objeto de ponderação [Cf. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, p. 189].

³² Cf. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, p. 190.

³³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987; AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK,

contudo, deve ser tratado em outro lugar. Aqui, releva destacar que negar a possibilidade de que o princípio da segurança jurídica seja também objeto de ponderação é elevá-lo à condição de um princípio absoluto, hierarquicamente superior a todos os outros princípios constitucionais. Essa formulação não parece ser compatível com o Estado Constitucional democrático de direitos fundamentais.

3.2 A ponderação entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios constitucionais

O princípio da dignidade humana tem sido apresentado como razão para a chamada relativização da coisa julgada. Em outras palavras, o que está sendo proposto é que o princípio da segurança jurídica deve ser desprezado em favor da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa questão, normalmente, tem sido colocada no caso de reconhecimento judicial de relação de filiação posto sob dúvida, justificando-se a desconstituição da coisa julgada para além das hipóteses normativas de admissibilidade da ação rescisória.

Essa questão merece melhor análise.

Deve-se recusar o modelo que propõe uma prevalência incondicionada de princípios. Não há razão para justificar a prevalência abstrata e incondicionada do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da segurança jurídica.³⁴ Não encontra justificação racional o argumento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto de tal sorte a prevalecer sempre em relação aos outros princípios constitucionais. A dignidade da pessoa humana não possui absolutidade para justificar, sempre e abstratamente, a desconstituição da coisa julgada. Se o caso é de atribuir-se incondicionadamente a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, então, de ponderação não se trata. A colisão já estará definida a favor da dignidade humana, nada havendo a ponderar.³⁵ Se assim fosse, então, a segurança jurídica que a coisa julgada pretende alcançar jamais poderia ser obtida. Isso porque, na ponderação de interesses opostos, do que se trata é verificar qual dos interesses, “abstratamente do mesmo nível”, possui “maior peso no caso concreto”.³⁶ Por isso a solução da colisão de princípios consiste em estabelecer uma “relação de precedência condicionada”,³⁷ conforme as circunstâncias do caso concreto.

Aleksander. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker&Humblot, p. 9-87, 1983; MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

³⁴ Em sentido contrário, sustentando a prevalência incondicionada do princípio da dignidade humana sobre o princípio da segurança jurídica, ver MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 27, p. 72-95, dez. /jan. 2005.

³⁵ Aliás, a respeito da flexibilidade da dignidade humana a partir do que dispõe a norma do art. 1º, § 1º, da Lei Fundamental de Bonn, ver TEIFKE, Nils. Flexibilität der Menschenwürdestruktur des art. 1 Abs. 1. In: BACKER, Carsten. BAUFELD, Stefan. *Objektivität und Flexibilität in Recht*. Stuttgart: Franz Steiner, p. 145-157, 2005.

³⁶ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 90 (itálico no original).

³⁷ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 92 (itálico no original).

É a partir dessa relação de precedência condicionada, considerado o caso concreto, que são indicadas as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro. Sob determinadas condições, em casos concretos específicos, um princípio terá prevalência sobre outro ou vice-versa. A solução dada pela relação de precedência condicionada é simples: “O princípio P_1 tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P_2 quando existem razões suficientes para que P_1 preceda a P_2 , sob as condições C dadas no caso concreto”.³⁸

Aliás, pode ser encontrado precedente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em favor da desconstituição da coisa julgada nos casos em que as provas produzidas foram extremamente precárias e a realização do exame de DNA pode dar nova solução à questão da filiação. O que se destaca nessa decisão é que as circunstâncias do caso concreto não são desprezadas, argumentando-se que não se pode formular um princípio geral de desconstituição da coisa julgada quando o julgamento se dá com base nas regras sobre o ônus da prova ou em presunções, mas, ao contrário, considera as especificidades do objeto do processo.³⁹ No exame das particularidades do caso concreto, por exemplo, não se deve desprezar os vínculos resultantes da filiação afetiva que, eventualmente, possam pesar em desfavor de uma renovação da discussão sobre a filiação biológica. Nesses casos, por exemplo, a segurança jurídica e a dignidade humana pesam a favor da situação jurídica consolidada pela coisa julgada.

Outra questão que se coloca é se o princípio da isonomia, por si só, pode servir de fundamento para a quebra atípica da coisa julgada quando houver diversidade de decisões para causas homogêneas – questões tributárias, previdenciárias, servidores públicos. A pretensão de que a diversidade de resultados de provimentos jurisdicionais sobre questões homogêneas, por si só, seja suficiente para a desconstituição da coisa julgada pode implicar violação aos princípios do acesso à justiça e ao devido processo. Trata-se, em verdade, do custo a ser suportado pelo sistema de justiça que admite que cada um pode fazer valer, individualmente, as pretensões que bem entender.⁴⁰ O que se registra, então, é que a isonomia não basta, isoladamente, para a quebra da coisa julgada. A simples divergência de julgamentos, por si só, não é suficiente. Assim, se uma sentença afirma que um determinado servidor público A tem direito à vantagem pretendida “ x ” e outra sentença, examinando caso idêntico – situação jurídica idêntica a de A , em que B pleiteia vantagem idêntica a “ x ” – dispõe que B não tem direito à vantagem “ x ”, isso não conduz, pura e simplesmente, à desconstituição da coisa julgada. Diferentemente, se fosse o caso de a sentença afirmar que B não tem direito a “ x ” em razão de sua raça, cor ou crença religiosa.

Um dos mais importantes ingredientes a ser objeto de ponderação na discussão em torno da desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada – diretamente relacionado com o princípio da segurança jurídica – é o que

³⁸ Cf. ALEXYS, Teoría de los derechos fundamentales..., p. 93.

³⁹ Cf. STJ, REsp. 330.172, 4ª T., j. 18/12/2001; STJ, REsp. 226436, 4ª T., j. 28/06/2001.

⁴⁰ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 593.

diz respeito à boa-fé e à proteção da confiança dos sujeitos integrantes do processo em que se formou a coisa julgada.⁴¹

Uma primeira questão que se coloca a respeito diz com a boa-fé das partes no curso da relação anterior ao processo e que lhe serve de objeto: no caso de sentença inconstitucional – quando, por exemplo, a sentença aplica norma inconstitucional – há situações em que, antes da sentença, os sujeitos orientavam suas condutas a partir da presunção de legitimidade e constitucionalidade.⁴² Os sujeitos, portanto, atuavam pressupondo a constitucionalidade da norma, elemento que não pode ser desprezado no exame das circunstâncias do caso concreto ao ensejo da ponderação dos princípios constitucionais em jogo.

Outra questão diz respeito à boa-fé das partes no curso do processo. Do que se trata é de inserir no exame das circunstâncias do caso concreto a análise do comportamento das partes no curso do processo. Isso não significa que se pretende justificar a quebra da coisa julgada tão somente pela violação da boa-fé e da confiança, mas esse tipo de comportamento das partes não pode ser desprezado quando da ponderação dos princípios em jogo.⁴³ Aliás, a respeito disso, merece registro precedente do Superior Tribunal Justiça no qual se entendeu que tendo o investigado se recusado a submeter-se ao exame DNA, mesmo dispondo de recursos para suportar o custo do exame, não pode, depois do trânsito em julgado e vencido o prazo da rescisória, promover ação de anulação do registro, dizendo que, agora, está disposto a fazer o exame.⁴⁴

Outra questão que pode ser destacada diz respeito à boa-fé daquele que pretende a desconstituição da coisa julgada. Aqui, duas situações podem ser colocadas. Em primeiro lugar, lembra-se da hipótese em que o declarado como pai em ação de investigação de paternidade julgada com sentença transitada em julgada, vencido o prazo para a ação rescisória, aproveitando-se de que o declarado filho se encontra sob sua guarda por alguns dias, recolhe material para realização de exame DNA, que resulta conclusivo no sentido negativo da relação de parentesco.⁴⁵ Nesse caso, a má-fé na obtenção da prova é elemento que deve integrar a ponderação no jogo dos princípios em colisão. Em segundo lugar, lembra-se da hipótese em que o autor da ação de investigação de paternidade procedente pretende a desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada ao descobrir, por intermédio do exame DNA, que não há a relação de parentesco declarada na sentença.⁴⁶ O que se destaca é que o comportamento da parte deve ser considerado como circunstância do caso concreto a informar a ponderação dos princípios.

⁴¹ Sobre essas e outras questões ver TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 596-613.

⁴² Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 597.

⁴³ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 599.

⁴⁴ Cf. STJ, REsp. 196966, 4ª T., j. 07/12/1999.

⁴⁵ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 601.

⁴⁶ Aliás, como lembrado por Talamini, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul registra precedente em que se reconheceu o direito da autora da ação de investigação de paternidade, julgada procedente, a obter, via ação rescisória, a desconstituição da sentença depois de constatar, pelo exame DNA, que aquele que havia sido declarado seu pai não o era [Cf. *Ibidem*, p. 601; TJRS, A. Resc. 598508794, 4ª Gr. C. Cív., j. 12/03/1999].

Em essência, a ponderação dos princípios em jogo para fins de desconstituição da coisa julgada deve observar os seguintes passos. Conforme as circunstâncias do caso concreto, deve-se verificar, em primeiro lugar, se a medida M – desconstituição da sentença coisa julgada – é adequada para alcançar-se o estado de coisas desejado F – realização do princípio da dignidade humana. Depois, deve-se pesquisar se a medida M é necessária para alcançar F, pesquisando se não existem outros meios, menos restritivos do que M, para se alcançar o estado de coisas F. Por fim, na proporcionalidade em sentido restrito, o que deve ser verificado é o grau de vulneração-afetabilidade do princípio da segurança jurídica justifica-se pelo grau de satisfação-realizabilidade do princípio da dignidade humana. Além desses elementos, deve-se considerar a extensão na invasão do conteúdo do provimento jurisdicional coberto pela autoridade da coisa julgada.⁴⁷ Essa questão remete para a análise da estrutura e das razões da ponderação, o que pode ser estudado em outro lugar.⁴⁸

3.3 O procedimento

Do que se cuida aqui é de apontar o instrumento adequado para a desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada para além da via típica da ação rescisória.

Antes disso, contudo, deve-se observar que o caminho natural para a desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada é a via típica da ação rescisória. Somente quando essa via não pode ser empregada ou quando nenhum outro instrumento típico servir para impedir o cumprimento da sentença, então, deve-se considerar a via processual excepcional. Assim, por exemplo, em todos os casos de sentenças inconstitucionais anteriormente examinados, o caminho natural é o da ação rescisória.

No caso de sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional, a ação rescisória encontra fundamento na norma do art. 485, V, do Código de Processo Civil, pois se tem um caso de violação de literal disposição dada autoritativamente. Aliás, aqui, como se trata de matéria constitucional, não se aplica a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.⁴⁹ Nessa hipótese, então, cabe ação rescisória com fundamento na violação da disposição constitucional afrontada pela norma infraconstitucional indevidamente aplicada. É necessário acrescentar que a admissibilidade da ação rescisória, nesses casos, independe da declaração de

⁴⁷ Aliás, é possível cogitar-se da hipótese de justificar a desconstituição parcial do comando de uma sentença de improcedência de ação de investigação de paternidade para fins de atender a prevalência do princípio da dignidade humana, justificando-se apenas alteração do julgado quanto à relação de parentesco e à prestação de alimentos, mas se mantendo o comando do provimento jurisdicional quanto aos direitos sucessórios [Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 606].

⁴⁸ Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, p. 147-176, 2015.

⁴⁹ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 616. Ver, ainda, MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional...*, p. 94.

inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou de controle difuso.

No caso de sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição Federal, a ação rescisória deve ser fundada na violação do dispositivo constitucional afrontado pela interpretação ou aplicação inconstitucional da norma infraconstitucional. Há violação de disposição normativa constitucional sempre que a sentença veicular orientação incompatível com a interpretação correta da norma infraconstitucional.

No caso de sentença amparada em indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, há duas violações que autorizam a ação rescisória fundada na norma do art. 475, V, do Código de Processo Civil. Em primeiro lugar, a violação da norma infraconstitucional que, ao ser indevidamente declarada inconstitucional, teve sua vigência negada. Em segundo lugar, a violação da norma constitucional indevidamente interpretada e aplicada ao se concluir pela inconstitucionalidade.⁵⁰

No caso de sentença amparada na violação direta de norma constitucional ou de sentença cujo dispositivo viola diretamente norma constitucional, a ação rescisória tem fundamento na violação do dispositivo constitucional diretamente ofendido pela sentença. No caso de sentença que estabelece ou declara situação diretamente incompatível com os princípios constitucionais, não há violação direta de dispositivo normativo, mas o resultado é incompatível com a Constituição Federal. Nesse caso, o resultado contrário à Constituição Federal requer uma interpretação extensiva nas hipóteses de admissibilidade da ação rescisória.⁵¹

Um caso ilustrativo é o da sentença prolatada em ação de investigação de paternidade sem o exame DNA.⁵² Desde já, afasta-se a possibilidade de ação rescisória fundada na falsidade da prova. O fato de a decisão se amparar em outros meios probatórios que não o exame DNA não torna falsa a prova, ainda que o exame posterior comprove a relação de parentesco negada pelo material probatório. Segundo Talamini, a solução está em admitir-se interpretação extensiva da norma do art. 485, VII, do Código de Processo Civil, considerando-se o exame DNA como documento novo.⁵³ Essa solução de admissibilidade da ação rescisória, contudo, requer que o autor da ação rescisória já apresente o exame DNA com a petição inicial. Trata-se, portanto, de ação rescisória fundada em documento novo.

Esse não é o caso quando o autor pretende a produção do exame DNA na ação rescisória. Nesse caso, não há documento novo e, portanto, não será admissível a ação rescisória fundada na norma do art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Segundo Talamini, deve-se distinguir duas situações. A primeira, considerando o fato de que não havia o conhecimento científico para a realização do exame DNA na

⁵⁰ Cf. TALAMINI, Coisa julgada e sua revisão..., p. 621.

⁵¹ Cf. TALAMINI, Coisa julgada e sua revisão..., p. 621.

⁵² Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 622.

⁵³ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 622.

época em que se desenvolveu o processo e se deu o julgamento. Nesse caso, não resta alternativa senão a de recorrer a via processual atípica para desconstituição coberta pela autoridade da coisa julgada. A segunda, considerando o fato de que havia condições científicas, mas o exame DNA não foi realizado porque não houve requerimento ou determinação nesse sentido ou, ainda, porque, não obstante a determinação judicial, o exame não se realizou por falta de recursos ou negativa da parte. Se não houve requerimento ou determinação *ex officio* do juiz, pode-se cogitar de violação das normas constitucionais como a que estabelece o devido processo – art. 5º, LIV, Constituição Federal; o contraditório e a ampla defesa – art. 5º, LV, da Constituição Federal; e o acesso à justiça – art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e assistência judiciária – art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.⁵⁴ Assim, então, a ação rescisória poderia ser proposta com fundamento na norma do art. 485, V, do Código de Processo Civil. Essa mesma solução não pode ser empregada no caso em que o exame DNA não se realiza por recusa da parte. O fato de o exame DNA ser posterior à sentença não exclui a possibilidade da ação rescisória. A exigência de documento já existente não pode justificar a manutenção de sentença contrária ao Direito.

Uma questão que pode ser colocada é a que diz respeito à natureza da via atípica para desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada. Trata-se de uma ação desconstitutiva que se destina a revisar total ou parcialmente a sentença cuja inconstitucionalidade é atacada. Portanto, trata-se de via processual que guarda correspondência com a ação rescisória.⁵⁵

Dada a similitude e correspondência com a ação rescisória, a via processual atípica de desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada deve seguir os mesmos critérios de competência da ação rescisória. Essa solução, longe de atribuir competência aos tribunais superiores para além das já fixadas nas normas dos arts. 102, I, *j* e 105, I, *e*, da Constituição Federal, apenas consagra o enunciado no sentido de que compete ao tribunal rescindir seus próprios julgados.⁵⁶

Essa via atípica desconstitutiva extraordinária não está sujeita a qualquer prazo decadencial. Contudo, a consolidação de situações jurídicas não pode ser desprezada ao ensejo da ponderação.

Conclusão

A discussão em torno da coisa julgada, segurança jurídica e ponderação deve ser colocada em seus devidos termos. Ultrapassada a fase da euforia, é necessário retomar a serenidade. As formulações que seguem estão orientadas nesse sentido.

O princípio constitucional da segurança jurídica encontra justificação jusfundamental no sobreprincípio do Estado de Direito. A coisa julgada é

⁵⁴ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 629.

⁵⁵ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 636.

⁵⁶ Cf. TALAMINI, *Coisa julgada e sua revisão...*, p. 639.

manifestação de concretização do princípio constitucional da segurança jurídica, daí resultando a correção de que a coisa julgada dispõe de *status* constitucional.

A ação rescisória é a via processual típica para desconstituição da coisa julgada, estabelecendo o próprio ordenamento jurídico os casos em que a sentença coberta pela autoridade da coisa julgada pode ser desconstituída. Ainda que a Constituição Federal não indique, expressamente, a ação rescisória encontra justificação constitucional. O legislador infraconstitucional, na norma do art. 485 do Código de Processo Civil, estabeleceu o catálogo de hipóteses de desconstituição da sentença coberta pela autoridade da coisa julgada, que deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, pois, em última análise, o resultado da atuação jurisdicional não pode contrariar os princípios constitucionais.

A desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada para além das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória é medida extrema, somente devendo ser admitida em hipóteses excepcionais. Trata-se de alternativa que requer a aplicação do modelo da ponderação de princípios. Isso somente será possível a partir da ponderação entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios constitucionais, abandonando-se a ideia de prevalência incondicionada de um princípio sobre outro.

A solução está na aplicação da lei do peso, conforme as circunstâncias do caso concreto. Nem por isso a decisão judicial vai se despedir da racionalidade. A ponderação, que tem lugar no princípio da proporcionalidade em sentido restrito, deve ser acompanhada de razões sobre os graus de intervenção e satisfação dos princípios em colisão. Com isso, estará assegurada a racionalidade e a justificação da decisão judicial. Para tanto, uma teoria da argumentação jurídica é necessária sob a base da teoria do discurso racional.

A via processual adequada para a desconstituição da sentença coberta pela coisa julgada é a da ação desconstitutiva, observados os mesmos critérios de competência da ação rescisória.

Referências

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 9-87, 1983.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. Jorge Señá. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 17, p. 267-279, 1999.

_____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-155, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O problema da eficácia da sentença, *Revista Forense*, v. 369, Rio de Janeiro, p. 39-49, set./out., 2003.

_____. (Coord). *A nova execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. *A teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, jan. p. 91-111, 2005.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da união (Lei 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 371-315, jul./set., 2004.

CRUZ RAMOS, André Luiz Santa. O conflito entre segurança e justiça na teoria do processo civil moderno e sua repercussão na da relativização da coisa julgada. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, p. 9-21, São Paulo, mar., 2005.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de processo*, 103, p. 9-36, São Paulo, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Relativização da coisa julgada material. *Revista da Ajuris*, n. 83, p. 31-65, Porto Alegre, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e suas funções. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015. p. 147-176.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52-100.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAC CORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 27, p. 72-95, dez./jan., 2005.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile. *Enciclopedia del Diritto*. V. XVIII. Milano: Giuffré, 1968.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIFKE, Nils. Flexibilität der Menschenwürde zur struktur des art. 1 Abs. 1. In: BACKER, Carsten; BAUFELD, Stefan. *Objektivität und Flexibilität in Recht*. Stuttgart: Franz Steiner, p. 145-157, 2005.

Recebido em 14/07/ 2015

Aceito em 22/09/ 2015