

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Flavia Piva Almeida Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-342-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Curitiba entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, e teve como temática "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito".

Neste Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos. Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, têm-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III. Coordenado pela professora Flávia Piva Almeida Leite, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas a problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões que envolvem

grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência (1 e 2), teoria geral dos direitos e garantias fundamentais (3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (13, 14 e 15).

1. A NECESSIDADE DE REFORMA INSTITUCIONAL BRASILEIRA POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DOS DEFICIENTES ATRAVÉS DA LEI DE COTAS.

2. ACESSIBILIDADE DIGITAL: DIREITO FUNDAMENTAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DOS VOTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF. Nº 54

4. DISTANÁSIA: ENTRE O PROLONGAMENTO DA VIDA E O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

5. MARGINALIZAÇÃO: CONDUZIDAS PELO ANALFABETISMO E PELA (IN) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6. OS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA: REFLEXÕES ÉTICO-JURÍDICAS ACERCA DA LIBERDADE DE PROCRIAÇÃO FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

7. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM PROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8. O ACOSSO PSÍQUICO (ASSEDIO MORAL) COMO AGENTE NOCIVO PSICOLÓGICO PRESENTE NO AMBIENTE LABORAL – INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

9. A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

10. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SOCIEDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO

11. APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211-MG, SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

12. DE FORA, DE CIMA E DE BAIXO – TODOS OS SENTIDOS DA DIGNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS.

13. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERNAMBUCO APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

14. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: O PROJETO DE LEI Nº 4330/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES

15. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ESPAÇO VIRTUAL

Esses artigos são, portanto, a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstram quão instigante e multifacetada podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Desejo boa leitura a todos.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - FMU

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM PROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

RELATIVIZATION OF RES JUDICATA ON BEHALF OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Diogo Lopes Cavalcante
Higor Oliveira Fagundes**

Resumo

O instituto da coisa julgada, como garantia decorrente do princípio da segurança jurídica esculpido no artigo 5º da Constituição Federal, determina a imutabilidade de decisões judiciais do ponto de vista objetivo e subjetivo. Uma garantia constitucional, todavia, que convive com diversos outros direitos fundamentais na Constituição e que, a luz da teoria da colisão de direitos fundamentais, pode e deve ser relativizada em casos especiais, cotejando concordância prática e ponderação. Exemplos na jurisprudência não faltam, como clássico entendimento envolvendo quebra de coisa julgada nas ações de investigação de paternidade em que o exame de DNA não foi utilizado.

Palavras-chave: Coisa julgada, Direitos fundamentais, Relativização

Abstract/Resumen/Résumé

The Institute of res judicata, as guarantee stemming from the principle of legal certainty carved in Article 5 of the Federal Constitution, determines the immutability of judgments of objective and subjective point of view. A constitutional guarantee, however, that coexists with several other fundamental rights in the fundamental law of the Republic and that, in light of the theory of fundamental rights of collision, can and must be qualified in special cases, comparing practice agreement and weighting. Examples abound in the jurisprudence, like classical understanding involving breach of res judicata in paternity actions that DNA testing was not used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judged thing, Fundamental rights, Relativization

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca da possibilidade em se relativizar o instituto da coisa julgada em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

No primeiro capítulo abaixo será abordado o conceito, as modalidades e os efeitos das coisa julgada. No segundo capítulo será abordada a definição dos direitos fundamentais, suas características e eficácia. E, por fim, no terceiro capítulo, após a fixação destes conceitos, será tratada a possibilidade ou não de relativização do instituto posto; oportunidade em que será apresentada a colisão de princípios aplicável e os antecedentes jurisprudências, além da tendência do ordenamento jurídico.

1 O INSTITUTO DA COISA JULGADA

1.1 DEFINIÇÃO

O termo coisa julgada, descende do direito romano com a palavra “*res judicata*”, onde era justificada principalmente por razões de ordem prática, com vistas à pacificação social e certeza do final do processo. Genericamente, a despeito da coisa julgada, pode-se dizer que é um instituto relacionado ao fim do processo, de modo que sedimenta a imutabilidade da decisão proferida.

De longa data, o jurista Zótico Batista, assinalava o seguinte: “é o princípio romano que justifica a teoria que, por motivo de ordem político-jurídica, prescreve a proibição de se duplicar a ação da justiça sobre a mesma relação de direito entre as partes” (1939, p. 120).

Infere-se, então, que a autoridade da coisa julgada prestigia o interesse público, uma vez que se as contestações se perpetuassem, o poder judiciário não teria condições de entregar o provimento aos jurisdicionados como forma de pacificação social, fator que procura acalmar as dissensões e dar certeza e estabilidade aos direitos.

Nessa perspectiva, a coisa julgada objetiva o alcance dos valores buscados pela ordem jurídico-processual, vez que traz aos litigantes, segurança nas relações jurídicas, que constitui poderoso fator de paz na sociedade. Aliado a isso, o homem sempre almejou previsibilidade e segurança nas relações sociais e o direito é um eficaz instrumento para concretização desses anseios.

Sob essa ótica dogmática, esgotados os meios para descoberta da verdade jurídica, as decisões proferidas isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados, imunizando-se contra futuras insurgências, como expressão da verdade. Por isso a coisa julgada é considerada juridicamente dotada de presunção de verdade “juris et de jure”, vez que não admite prova em contrário, em contraposição à presunção “juris tantum”, que pode ser aniquilada por outra prova.

Na acepção do professor Cândido Rangel Dinamarco, coisa julgada:

É um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso (DINAMARCO, 2001, p. 33).

Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os efeitos que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações. Em visão abrangente, Antônio Alves Barbosa (1966, p. 35) preleciona que: “a coisa julgada vincula não só o juiz prolator da sentença, mas também os demais órgãos judicantes do Estado, aos quais é vedado examinar a relação jurídica já decidida.”

Enrico Tulio Liebman (1945, p. 145) ratifica esse pensamento: “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.”

Daí ressaí a relevância social do instituto da coisa julgada, conforme se verifica na assertiva do expoente José Carlos Barbosa Moreira (1970, p. 36):

Conforme eloquentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem detiver, porém, no exame material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciência e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a quietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem fôr o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiformes perspectivas adoradas para o tratamento da matéria.

Com vistas à relevância do instituto em comento, no tocante à norma constitucional, o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, reverencia a coisa julgada com a seguinte redação: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em análise ao dispositivo citado, desponta a ideia de que o ordenamento jurídico é ávido de estabilidade e segurança. Ao por fim ao processo, a coisa julgada

reveste-se do predicado de indiscutibilidade, visando estabelecer segurança no ordenamento jurídico, sobretudo, à pacificação social.

Essa ótica é avalizada por Humberto Theodoro Junior (1996, p. 42): “É-lhe inerente a imutabilidade, que não pode ser infringida nem pelos juízes nem pelo legislador; está elevada à condição de garantia constitucional (Constituição Federal, art. 5.º, inc. XXXVI)”.

Sob a perspectiva processual, não se pode compreender a coisa julgada sem por termo ao processo no ordenamento jurídico. Nessa esteira, o Código de Processo Civil em seu art. 467, faz alusão conclusiva sobre a matéria.

Em consonância, ensina Humberto Theodoro Junior (1996, p. 78):

Diz-se coisa julgada a eficácia de que se reveste a sentença de mérito, quando não mais se mostre sujeita a recurso, tornando-se, por isso mesmo, imutável e indiscutível (Cód. Proc. Civil. Art. 467). Operado o trânsito em julgado, o decidido na solução da causa adquire força de lei, nos limites da lide e das questões decididas (Código de Processo Civil, art. 468).

Daí que extrai que a coisa julgada decorre, em razão da lide já solucionada, com a proibição de julgar, e mais, a proibição de buscar a tutela jurisdicional, que atinge diretamente a jurisdição do juiz e a ação do demandante.

1.2. MODALIDADES DA COISA JULGADA

A coisa julgada apresenta-se sob a modalidade formal e a material. A distinção consubstancia-se na ideia de que a coisa julgada formal representa a inimpugnabilidade da sentença prolatada no processo, vez que a coisa julgada material, concebe a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando judicial da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Uma decorre da outra, ou melhor, para que exista a coisa julgada material, anteriormente houve a coisa julgada formal, assim leciona Nelson Nery Junior (2012, p. 56): “Quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material, mas não o contrário. A coisa julgada material é um efeito especial da sentença transitada formalmente em julgado”.

1.2.1. Coisa julgada formal

Quando se extrai o pensamento da sentença como ato jurídico processual, sua imutabilidade é conceituada como coisa julgada formal. Ela opera sua eficácia ao por fim à relação processual entre os litigantes.

Com efeito, ensina Nelson Nery Junior (2012, p. 56):

Ocorre coisa julgada formal, quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (v. LINDB 6.º § 3.º), quer porque dela não se recorre; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque foram esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo.

A coisa julgada formal assegura a inimpugnabilidade da sentença e, a partir então, nenhum outro juiz ou tribunal poderá introduzir naquele processo outro ato que substitua à sentença irrecorrível, ressalvadas às exceções previstas em lei, como a sentença prolatada contra a Fazenda Pública, que ocorre a preclusão (coisa julgada formal), porém a coisa julgada material somente se concretizará com o reexame necessário da sentença pelo tribunal.

Segundo o professor Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 49): “a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.”.

Conclui-se, então, que a coisa julgada formal é a manifestação de um fenômeno processual.

1.2.2. Coisa julgada material

A coisa julgada material advém da imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito (art. 467 do CPC). Percebe-se, então, como consequência lógica, a indiscutibilidade da sentença fora do processo, de modo que os efeitos que ela produz atingem as pessoas em suas relações. A segurança jurídica, conferida pela coisa julgada material, externa a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, para Nelson Nery Junior (2012, p. 56):

Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira.

Com a irrecorribilidade, institui-se entre as partes, em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de equilíbrio jurídico, trazendo certeza, com viés de imodificabilidade que transcende o processo e atinge as pessoas, impondo-se intangibilidade na relação jurídica.

A coisa julgada material está alicerçada na impossibilidade de modificação do comando sentencial, nos próprios autos, a partir do momento em que não caiba mais recurso, vedando outra demanda para se rediscutir a mesma lide.

Humberto Theodoro Junior (1996, p. 169) ratifica a necessidade de resolução às posições antagônicas da lide, com a coisa julgada material:

A lide, como se vê, não é apenas um conflito de interesses. Seu elemento específico constitui-se na pretensão resistida. O conflito de interesses não se transforma em lide se as partes sabem como contorna-lo ou solucioná-lo, escolhendo, elas próprias, como harmonizar as posições antagônicas. A lide decorre, justamente, da falta de condições para que as partes escolham a solução do impasse, Alguém, portanto, deverá fazer por elas a necessária escolha. Eis a tarefa do juiz, dentro do processo.

De outro vértice, não abrangem a coisa julgada material, as razões de decidir, as sentenças processuais, as decisões proferidas na jurisdição voluntária, decisões em processo cautelar e nas relações continuativas, como, por exemplo, a relação alimentícia, pois há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente.

1.3. LIMITES DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada subdivide-se em limites objetivos e subjetivos, estes apontando quais são as pessoas que não podem furtar-se da sua força vinculante e, aqueles delineando a relação jurídica material que se tornou imutável e indiscutível.

1.3.1. Limites objetivos

No tocante aos limites objetivos da coisa julgada, objetivamente sua autoridade recai sobre a parte decisória da sentença de mérito (WAMBIER; TALAMINE, 2011, p. 243). Conforme dispõe o art. 503 do Código de Processo Civil “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

Nesse sentido, Alexandre de Freitas Câmara (2004, p. 178): “(...) como se sabe, no sistema do CPC, a palavra lide é empregada para designar o objeto do processo, ou seja, o mérito da causa. Assim é que a sentença faz coisa julgada nos limites do objeto do processo, o que significa dizer, nos limites do pedido.

Porquanto, a coisa julgada material limita-se à parte dispositiva da sentença, desde que tenha observado o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, de modo que a sentença extra, ultra ou infra petita, não faz coisa julgada.

1.3.2. Limites subjetivos

Os limites subjetivos da coisa julgada estão insculpidos no artigo 506 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

O aludido dispositivo assinala os limites subjetivos da coisa julgada, vez que atingem às partes entre as quais é proferida sentença. Por outro lado, as relações jurídicas acabam por envolver terceiros, como ocorre na defesa dos interesses metaindividuais, na ação popular e ação civil pública. Nessas ações coletivas, a coisa julgada atinge, via de regra, terceiros com a imposição da coisa julgada que gera efeitos *erga omnes*.

Há uma exceção, de modo que se a demanda for julgada improcedente por deficiência de provas, poderá ser novamente proposta pela parte interessada, valendo-se de nova prova para obter a tutela jurisdicional.

Ad argumentandum, Luiz Rodrigues Wambier (2011, p. 255) assevera que:

Desde sempre os sistemas jurídicos engendram fórmulas para que esta regra seja absoluta, ou seja, para que terceiros não sejam atingidos pela coisa julgada e nem sejam prejudicados por processos que não lhes dizem respeito (art. 472, primeira parte). Todavia, como as relações jurídicas, no plano do direito material, acontecem muito frequentemente de modo interligado, é muito comum que terceiros acabem sofrendo efeitos decorrentes de decisão proferida em processos de que não fizeram parte.

2. ABRANGÊNCIA E APLICABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. DEFINIÇÃO

Os direitos fundamentais, mais do que quaisquer outros institutos dentro do direito, apresentam-se como conceitos jurídicos indetermináveis, notadamente em função da sua ampla carga valorativa.

Entretanto, parece adequado o singelo conceito que determina que os direitos fundamentais são, em verdade, pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Ora, a luz do núcleo axiológico da Constituição Federal de 1988, certo que os direitos fundamentais apresentam-se como condições elementares para uma vida digna, para materialização da dignidade da pessoa posta como fundamento da República Federativa do Brasil.

Razão porque os direitos fundamentais também são conhecidos pela nomenclatura “direitos do homem”. Ora, os direitos fundamentais são condições elementares de vida no direito natural (jusnaturalismo) e em Estados que adotam

Constituições não escritas, são chamadas de direitos próprios do homem, próprios à existência do homem, não necessitando nenhuma forma de positivação tal como pressupõe o termo direitos fundamentais em relação às Constituições internas dos Estados ou como pressupõe o termo direitos humanos em relação aos tratados no âmbito internacional.

Ainda, distinção importante acerca dos direitos fundamentais é tratada por Carl Schmitt, que divide os direitos fundamentais do ponto de vista formal e do ponto de vista material. Formal no que diz respeito aos direitos especificados ou positivados na Constituição, e material no que diz respeito àqueles que variam segundo o tipo de Estado, a ideologia e os valores eleitos por cada sociedade. Análise de Schmitt, entretanto, que não é pacífica, principalmente quanto aos defensores de um direito internacional material, em uma unificação e cogência de certas normas de direitos humanas.

Ultrapassada essa distinção, imperioso lembrar a clássica classificação dos direitos fundamentais entre três gerações históricas, entre três épocas em que os direitos fundamentais seriam originários; cada uma delas identificada por um dos lemas da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em um primeiro momento histórico – que se pode dizer que inicia com a Magna Carta Inglesa de 1215 e se consolida no século XVIII com a Revolução Francesa de 1789 –, relativo ao surgimento dos Estados nacionais, dos Estados de Direito ou Estados Liberais, com abandono dos Estados absolutistas, surgiriam os direitos de primeira geração atrelados ao valor liberdade. Tais direitos, identificados como os chamados direitos civis e políticos, são chamados de direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado, em obrigações de não-fazer do Estado, de abstenção, como ensina o professor Fábio Konder Comparato (2002, p. 51).

Passando a um segundo momento histórico – que tem início no final do século XVIII e se consolida no início do século XX com as Constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919 –, com a passagem do Estado de Direito para o Estado Social ou Estados Sociais de Direito, decorrem os direitos de segunda geração identificados pelos direitos sociais, culturais e econômicos. Direitos identificados pelo valor igualdade chamados de direitos de prestação do Estado ou direitos de fazer determinada obrigação ou melhoria das condições de vida e de trabalho dos indivíduos.

E, por fim, em um terceiro momento histórico – que tem início no começo e se consolida no final do século XX –, com a passagem do Estado Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito, surgem os direitos de terceira geração

associados ao valor fraternidade. Direitos relativos aos direitos coletivos que se apresentam como abstenção e prestação dos Estados ao mesmo tempo, que determinam obrigações de fazer e não-fazer, possibilitando efetivação do valor democracia, da efetiva participação do cidadão na coisa pública, com respeito aos direitos fundamentais.

Gerações de direitos fundamentais que, todavia, não se traduzem por etapas em que se supera totalmente o contexto anterior; sim etapas em que a nomenclatura mais adequada seria a de dimensões, considerando a incorporação ou soma de direitos que ocorre, dos direitos de matriz liberal, passando aos de matriz social, até se chegar aos direitos coletivos, determinando uma bolha eclética de direitos subjetivos do cidadão. Direitos, vale ressaltar, que se somam a uma série de deveres fundamentais implícitos de vida em sociedade, de não violar ou impedir a concretização dos direitos de terceiros.

2.2. CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais apresentam diversas características que determinam especial âmbito de sua aplicabilidade, especiais restrições essenciais para correta interpretação da matéria.

Primeira destas características tem-se a historicidade, a compreensão de que os direitos fundamentais soam como produto de evolução histórica, como fato histórico. A conquista de referidos direitos decorre de conquistas da sociedade, de movimentos de ruptura, como o foi a queda do Estado Absolutista no surgimento dos direitos de primeira geração. Razão pela qual, invocando a doutrina de direito internacional, pode-se concluir pela vedação de retrocesso da matéria posta. O professor Zulmar Fachin bem explica:

Os direitos fundamentais são produto da História. Se, por um lado, é possível admitir o caráter transcendental de alguns direitos fundamentais, por outros, não se pode ignorar que tais direitos vão se afirmando na dinâmica da realidade histórico-social. Nasceram a partir de lutas encetadas na vida cotidiana – lutas sem tréguas, longas no tempo. (FACHIN, 2013, p. 235)

Como características que devem ser analisadas em conjunto tem-se a inalienabilidade e a irrenunciabilidade, a impossibilidade dos direitos serem transferíveis e negociáveis, tanto a título oneroso como gratuito. Eis a impossibilidade de se abrir mão dos direitos fundamentais, como características próprias dos seres humanos.

Mais a frente pode-se citar a imprescritibilidade, que determina que os direitos fundamentais não deixam de ser exigíveis pela falta de uso. Eis que os direitos não prescrevem, que não se perde a pretensão dos direitos pelo decurso de tempo.

Ainda, tem-se a universalidade, a determinação de que os direitos fundamentais sejam conferidos a todos os seres humanos sem distinção. Determinação,

mais do que isso, de que os direitos fundamentais sejam exercidos quantitativa e qualitativamente no mesmo patamar para todos os indivíduos.

Por fim, fala-se na limitabilidade e na concorrência, na constatação de que um direito fundamental limita o outro, de que nenhum direito fundamental é absoluto, que um direito concorre com o outro direito. Quer dizer, os direitos devem ser exercidos cumulativamente, devem conviver um com o outro; eis a ideia de concordância prática entre os direitos fundamentais, de exercício simultâneo no caso concreto.

2.3. EFICÁCIA

Os direitos fundamentais apresentam aplicação imediata, conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Uma aplicação imediata para além da data de vigência da Constituição diriam os jusnaturalistas, transcendendo para ideia de ser humano, para o momento de nascimento ou de concepção (vida uterina).

Logicamente que os direitos fundamentais apresentam graus diferentes de eficácia, mas sempre com um grau mínimo de eficácia. A ideia de que os direitos fundamentais devem ser cumpridos na maior medida possível, independentemente de os direitos sejam reconhecidos de eficácia plena, contida ou limitada. Eis a ideia, também, de eficácia dos direitos fundamentais que impede o descumprimento dos preceitos constitucionais por qualquer ato ou preceito infraconstitucional em sentido contrário. Mais do que isso, a ideia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de que os direitos irradiam para os três poderes determinando que: i) o Poder Legislativo promova a regulamentação dos direitos fundamentais infraconstitucionalmente; ii) o Poder Executivo promova políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais; iii) o Poder Judiciário conduza a resolução dos conflitos direcionada para a proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, importante lembrar que os direitos fundamentais não apresentam apenas eficácia vertical, mas também eficácia horizontal. De modo que os direitos fundamentais não são exercidos apenas em relação ao Estado, mas também em face dos demais indivíduos; gerando a singela conclusão de que, por exemplo, a liberdade de locomoção não é somente oposta ao Estado, ao sistema prisional por ele gerido, mas também em relação a estabelecimentos particulares como clínicas psiquiátricas.

3. SOBRE A NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO

3.1. COLISAO DE BENS JURIDICOS

A relativização da coisa julgada, para muitos, trata-se de medida necessária para proteção do valor da justiça em certos casos concretos. Ora, para atingir o valor máximo do Direito, o valor máximo da tutela jurisdicional, seria necessário mitigar o instituto da coisa julgada, a impossibilidade de se rediscutir matérias já apreciadas pelas cortes.

Entretanto, por outro lado, certo que a relativização da coisa julgada significa a relativização dos próprios direitos fundamentais, notadamente do direito a segurança. De modo que, a relativização da coisa julgada determina uma colisão de bens jurídicos, instaurando um concurso de direitos a ser resolvido, necessariamente, no caso concreto.

Quer dizer, segurança significa falar em tranquilidade de exercício de direitos por parte dos indivíduos, da existência de relações jurídicas estáveis dentro da sociedade. Afinal, os indivíduos têm direito a conhecer antecipadamente as consequências jurídicas dos seus atos. Nesse sentido:

A coisa julgada existe para assegurar a segurança jurídica.
O Direito não poderia suportar um sistema em que as questões são decididas e novamente voltam a pauta para nova discussão, eternizando o litígio.
Dessa forma, a fim de garantir a segurança e a paz social, assim como salvaguardar a boa administração da justiça e o adequado funcionamento do aparato judicial, instituiu-se a coisa julgada. (ROSA, 2011, p. 300)

Quando se fala no valor da justiça, por sua vez, significa a entrega pelo Poder Judiciário ou a indicação por parte do órgão em exercício da jurisdição da melhor solução ao caso concreto; da solução que favoreça um equilíbrio ou proporcionalidade nos direitos e deveres envolvidos na relação jurídica posta.

Direitos, que sofrem colisão, a serem concordados, a sofrerem concordância prática no caso concreto por meio da proporcionalidade:

(...) o postulado da proporcionalidade – e de suas três regras operativas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) – consubstancia o método que permite a ponderação ou o sopesamento dos princípios constitucionais *tanto quanto seja possível, relativamente as possibilidades fáticas e jurídicas*. (SILVA, 2011, p. 83-84)

O professor e Ministro Gilmar Ferreira Mendes bem explica a colisão de direitos:

(...) muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos individuais configuram *conflitos* aparentes, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo. A precisa identificação do âmbito de proteção do direito indica se determinada conduta se acha protegida ou não. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 266)

Entretanto, para alguns como Nelson Nery Jr, a singela ideia de relativização da coisa julgada deve simplesmente ser abandonada, ante seu perigoso componente anti-democrático, ante a possibilidade de deturpação do mecanismo estatal.

3.2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A relativização da coisa julgada, apesar de certa voz substancial da doutrina em sentido contrario, e adotada na jurisprudência, pontualmente, em diversas matérias. Além disso, a relativização da coisa julgada e matéria institucionalizada em dois institutos ou instrumentos do processo: a Ação Rescisória e a Revisão Criminal.

A ação rescisória se trata da ação que permite a quebra da coisa julgada de determinada decisão judicial dentro de certas situações pontuais e específicas.

A rescisória, inclusive, curiosamente, pode ser manejada em situações de ofensa a coisa julgada; mesma situação que se repete na chamada impugnação de cumprimento da sentença, para casos de títulos judiciais fundado em dispositivo declarado inconstitucional.

A revisão criminal, por sua vez, trata-se da ação voltada para quebra da coisa julgada especificamente de condenações criminais, permitindo a reapreciação de matérias de defesa dos condenados.

Pontualmente, para além das duas hipóteses acima, de reconhecida quebra de coisa julgada por ações especiais que muito se assemelham a recursos, tem-se decisões reiteradas dos tribunais superiores voltadas para relativização da coisa julgada em temas como: relações de trato sucessivo, aplicação da sumula 654 do Supremo Tribunal Federal, investigação de paternidade e desapropriação.

Primeiramente, no que concerne a relações de trato sucessivo, e firme a jurisprudência de que relações renováveis periodicamente não são atingidas pela coisa julgada, com possibilidade, conseqüente, das partes envolvidas pleitear novos provimentos jurisdicionais. A exemplo tem-se relações próprias de direito tributário, como atinentes a tributos periódicos, em que a coisa julgada poderia determinar um engessamento da aplicação da nova legislação tributaria.

Passando para análise da sumula 654 do Supremo Tribunal Federal, que determina que “a garantia da irretroatividade da lei não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”, certo que a coisa julgada pode ser relativizada. A imaginar, tem-se edição de uma lei por parte do poder público municipal alterando o zoneamento urbano; lei que não pode ser aplicada retroativamente para atingir um município que questionou a

lei revogada em juízo, e perdeu a ação, mas que deseja se valer das inovações a ele favoráveis da nova legislação.

Outra hipótese conhecida de relativização da coisa julgada no âmbito da jurisprudência e a da quebra da coisa julgada nas investigações de paternidade em que não foi realizado o famoso exame de DNA. A quebra da coisa julgada, como tratado no conhecido Recurso Extraordinário número 363.889, em que se fala em coisa julgada *secundum eventum probationis*, segundo o resultado da prova.

Por fim, tem-se a quebra da coisa julgada em ações de desapropriação, como no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial de numero 622.405, em que relativiza-se o instituto em situações de ilegitimidade *ad causam* do beneficiário da indenização.

3.3. UMA NOVA PERSPECTIVA

Como se pode extrair das situações citadas acima, certo que a jurisprudência e a doutrina vêm se posicionando, cada vez mais, favoravelmente a relativização da coisa julgada, principalmente em prol de direitos fundamentais como se trata da premissa deste estudo.

Certo, todavia, que a positivação de hipóteses de mitigação da coisa julgada ainda esta muito mais distantes dados os aspectos fáticos delicados envolvidos; notadamente no caso de direitos fundamentais e evidente que o grau de abstração e de indeterminação dos conceitos envolvidos impede dada sistematização.

De toda forma, para uma nova perspectiva para mitigação da coisa julgada em prol de direitos fundamentais imperioso reconhecer que a decisão judicial não se pode cristalizar quando injusta ou inconstitucional, quando se apresenta contraria ao núcleo axiológico dos direitos fundamentais da Constituição.

Quer dizer, a coisa julgada precisa ser revista a qualquer tempo tanto por formas típicas (como rescisória e revisão criminal) como por formas atípicas, quando atinge direitos fundamentais, quando atinge tais clausulas que se apresentam como normas materialmente constitucionais, como fundamentos centrais do constitucionalismo moderno ou do neoconstitucionalismo.

Enfim, e preciso ampliar o entendimento da relativização da coisa julgada ora inaugurado no Brasil por formas atípicas, como muitos defendem, pelo Ministro Jose Augusto Delgado do Superior Tribunal de Justiça. Mais do que isso, e preciso objetivar, tornar mais claras, as hipóteses de desconsideração da coisa julgada; não bastaria o

entendimento de Delgado de que a coisa julgada poderia ser desconsiderada em casos de afronta aos princípios da moralidade, legalidade e da proporcionalidade.

Parece adequado falar em relativização da coisa julgada, em prol de direitos fundamentais, naqueles casos em que o princípio do devido processo legal é ofendido; tanto a ofensa do devido processo no âmbito formal, no desrespeito das garantias processuais básicas, como a ofensa do devido processo material ou substantivo, nas decisões irrazoáveis (desproporcionais) determinariam quebra da coisa julgada.

O professor Candido Dinamarco (2001) diria que a coisa julgada não poderia ser absurdamente lesiva ao Estado ou ofender os direitos do homem. Humberto Theodoro Jr (1996) diria, por sua vez, que a coisa julgada não pode ser relativizada nos casos de seria injustiça.

Entretanto, existe clara ressonância na doutrina de que a coisa julgada é atributo do Estado Democrático de Direito e que a coisa julgada é instituto que efetiva materialmente o acesso ao Poder Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni diria que uma segunda decisão do judiciário poderia ser errada da mesma forma que a primeira, admitindo-se a possibilidade de erro. Eis seu posicionamento:

Esta claro que as teorias que vem se disseminando sobre a relativização da coisa julgada não podem ser aceitas. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão. (...) O problema da falta de justiça não aflige apenas o sistema jurídico. Outros sistemas sociais apresentam injustiças gritantes, mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida. Por tudo isso, o momento atual é extremamente oportuno para frisar a relação entre o instituto da coisa julgada material e o princípio da segurança dos atos jurisdicionais. (MARINONI, 2004, p. 851-853)

Fredie Didier Jr (2012) diria que a decisão judicial em si não revela norma existente, mas cria uma no caso concreto. Quer dizer, a quebra da coisa julgada só poderia ser aceita em situações de decisões judiciais com desrespeito a garantia de um devido processo legal.

Raciocínio a contrasenso do professor Fredie que Ovidio Baptista (SILVA, 2004, p. 826) realiza, ao defender que a mitigação da coisa julgada não pode se operar sob simples incidente processual. Ora, não poderia a mitigação ser aplicada em contexto duvidoso ou limitado de acesso ao devido processo legal.

Sendo estes os posicionamentos, cabe resgatar a própria teoria a respeito da coisa julgada; cabe invocar os parâmetros (princípios) da coisa julgada que caso estejam comprometidos determinariam a relativização da coisa julgada.

Quer dizer, a coisa julgada tem que respeitar a instrumentalidade, a legalidade e a proporcionalidade. O processo só tem sentido quando o julgamento esta pautado nos ideais de justiça e realidade; o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não sendo possível aceitar decisões alheias ao direito; e a coisa julgada não pode prevalecer de forma absoluta sobre outros princípios e valores, independentemente do caso concreto.

Mais do que isso, sendo verificado que a coisa julgada não respeitou os preceitos acima, para muitos (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 634), deve-se reconhecer que não ocorreu a formação da coisa julgada em si, não havendo razão para o debate posto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em regra, a coisa julgada é indissociável à ordem jurídica atual, vez que traz segurança nas relações sociais e jurisdicionais, sobretudo, almejando o alcance da pacificação social. A doutrina moderna, como visto alhures, vem permitindo a sua relativização, desde que assegure a efetivação de direitos fundamentais, com vistas ao atual Estado Democrático de direito.

Sob a ótica deste trabalho, também é preciso que a decisão relativizadora respeite o princípio da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. Da mesma forma, salienta-se que o julgado deve estar pautado em ideais de justiça, por conseguinte, adequando-se ao caso para que a decisão seja equânime.

Vê-se, então, que não se pode reconhecer - na visão pós-moderna - o caráter absoluto à coisa julgada, de modo que a sua contraposição a direitos fundamentais exterminaria com a obrigação constitucional de elevação de valores de maior grandeza, pois não poder-se-ia harmonizá-los.

Por isso, admissível, com as citadas ressalvas – pois o assunto oferece dificuldades no plano prático –, a relativização da coisa julgada em prol de direitos fundamentais, uma vez que a segurança jurídica não pode fechar os olhos à grave lesão à Constituição Federal.

Eis que a relativização da coisa julgada jamais pode ser entendida como cláusula aberta de revisão das sentenças, mas deve proporcionar maior força normativa da Constituição quanto a direitos fundamentais, considerando, nesse sentido, que nenhum direito ou instituto é absoluto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Preclusão e Coisa Julgada. **Revista dos Tribunais**. RT 365/22, mar./1966.

BATISTA, Zótico. Coisa Julgada. **Revista dos Tribunais**. RT 120/3, jul./1939.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Relativização da Coisa Julgada Material**. In. DIDIER JR, Fredie (Org). Relativização da Coisa Julgada – Enfoque Crítico – Salvador: Juspodium, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder et al. **Fronteiras do direito contemporâneo**. São Paulo: D.A. João Mendes Junior, 2002.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª Ed. Vol. 2. Salvador: Juspodium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol. 2, n. 2, jul.-dez./2001, São Paulo: Imprensa Oficial.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? **Revista dos Tribunais**. RT 830/55. São Paulo, dez/2004, p.851 e 853.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre a Coisa Julgada. **Revista dos Tribunais**. RT 416/9, jun./1970.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROSA, Michele Franco. Coisa julgada tributaria e inconstitucionalidade. **Revista da AGU**. Ano X. Numero 29. Brasília, jul/set 2011.

SILVA, Claudio Fontes Faria e. Neoconstitucionalismo, ponderação e racionalidade: o critério de correção argumentativa do ponto médio de ruptura. **Revista da AGU**. Ano X. Numero 29. Brasília, jul/set 2011.

SILVA, Ovidio A Baptista. Coisa Julgada Relativa? **Revista dos Tribunais**. RT 821/38. São Paulo, mar/2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Coisa Julgada, Ação Declaratória Seguida de Condenatória. **Revista de Processo**. RePro 81/82. Jan-mar./1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.