

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
COGEAE**

TADEU ALVAREZ TELES

**DA SEGURANÇA JURÍDICA À PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: análise crítica
da teoria da relativização da coisa julgada sob a ótica constitucional**

**SÃO PAULO
2013**

TADEU ALVAREZ TELES

**DA SEGURANÇA JURÍDICA À PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: análise crítica
da teoria da relativização da coisa julgada sob a ótica constitucional**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Rene Zamlutti Junior.

SÃO PAULO

2013

TADEU ALVAREZ TELES

**DA SEGURANÇA JURÍDICA À PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: análise crítica
da teoria da relativização da coisa julgada sob a ótica constitucional**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, como exigência parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Rene Zamlutti Junior.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor

Professor

Professor

SÃO PAULO

2013

RESUMO

DA SEGURANÇA JURÍDICA DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: análise crítica da teoria da relativização da coisa julgada sob a ótica constitucional

O presente trabalho se destina a uma análise crítica da teoria da relativização da coisa julgada sob o prisma do Direito Constitucional Brasileiro. Para esse desiderato, principia-se com uma abordagem da teoria da norma jurídica pela exposição dos principais critérios de dissociação em voga na doutrina nacional, isto é: a distinção clássica, que parte da definição de princípios pela generalidade e essencialidade da norma; a distinção qualitativa, com base nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy; e também da distinção proposta na teoria dos princípios de Humberto Ávila, utilizada no trabalho em função da utilidade prática dos critérios sugeridos pelo autor. Tendo a teoria das normas como base argumentativa, analisa-se a evolução do significado do princípio da segurança jurídica no cenário nacional, partindo do aspecto objetivo – como limitação à atuação retroativa do Estado – para o reconhecimento do aspecto subjetivo – pela proteção das expectativas legítimas – o que permite a manutenção dos efeitos produzidos por atos invalidados em homenagem ao princípio da proteção da confiança. Ato contínuo, enfrenta-se o problema central do trabalho a partir do reconhecimento do instituto da coisa julgada como regra constitucional que ultima o ideal de estabilidade objetivado pelo princípio da segurança jurídica. Daí, verifica-se que a incompatibilidade e inconsistência dos principais argumentos que sustentam a teoria da relativização da coisa julgada com os principais cânones da moderna hermenêutica constitucional e com a nova significação da segurança jurídica. Ressalta-se, outrossim, a constitucionalidade da ação rescisória positivada pelo legislador ordinário como regra que disciplina a coisa julgada pela harmonização de valores que conflitam com a segurança jurídica que pretende promover. Em seguida, critica-se a possibilidade de invalidação de uma decisão definitiva com fundamento em declaração de inconstitucionalidade superveniente, haja vista sua incompatibilidade com o princípio da proteção da confiança e com o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Por fim, com fundamento na análise de uma decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que a superação excepcional da coisa julgada pode ser justificada pelas particularidades do caso concreto, o que se explica pela teoria da derrotabilidade.

Palavras-chave: Relativização da coisa julgada. Teoria da norma jurídica. Segurança jurídica. Proteção da confiança. Derrotabilidade.

ABSTRACT

LEGAL SECURITY TO TRUST PROTECTION: critical analysis of *res judicata* relativization theory in the constitutional perspective

This paper is intended for a critical analysis of *res judicata* relativization theory under the prism of Brazilian Constitutional Law. For this purpose, it starts with a view of legal theory with exposure of the main dissociation criteria in vogue at the national doctrine, that is to say: the classical distinction, which starts with the definition of principles in the sense of a very general and essential norm; the quality distinction, based on the theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy; and also the distinction proposed by Humberto Ávila, the distinction proposed by Humberto Ávila, which is chosen considering the utility of the criteria suggested by this author. With the legal theory acting as a *argu* base, the evolution of the legal security meaning is analyzed on the national scenario, from objective aspect – as a limit to State retroactivity action – to subjective aspect – protection of legitimate expectation – which enable the maintenance of effects produced by actions invalidated in honor of the principle of trust protection. Thereafter, the main subject is faced off with the recognition of the *res judicata* institute as a constitutional rule that best express the ideal of stability aimed by the legal security. From that, the incompatibility and inconsistency of the main arguments of *res judicata* relativization theory with the modern hermeneutics constitutional and the new meaning of legal security are verified. It is emphasized, moreover, the constitutionality of rescission action inserted by the ordinary legislator as rule that regulates the *res judicata* by the harmonization of values that conflict with the legal security. Then, the possibility of invalidation of a final sentence based on a later unconstitutionality declaration are criticized, considering its incompatibility with the principle of trust protection and the diffuse constitutionality control. Lastly, Lastly, taking in account the analysis of a leading case of the Brazilian Supreme Court, it is concluded that the exceptional superation of *res judicata* can only be justified by the particular features of the case, which is explained by the defeasibility theory.

Key words: *Res judicata* relativization. Legal theory. Legal security. Trust protection. Defeasibility.

SUMÁRIO

RESUMO	3
ABSTRACT	4
1 INTRODUÇÃO	6
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: VISÃO GERAL DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA	11
2.1 PRINCIPAIS TEORIAS.	13
2.2 DISTINÇÃO CLÁSSICA.	14
2.2 DISTINÇÃO QUALITATIVA: RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY.....	16
2.2 DISTINÇÃO TRIPARTIDA DE HUMBERTO ÁVILA.	19
3 NOVO SIGNIFICADO DA SEGURANÇA JURÍDICA	24
3.1 DIFERENTES ACEPTÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA.....	24
3.2 <i>STATUS</i> CONSTITUCIONAL DAS REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL.....	27
3.3 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO.....	29
3.4 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	33
3.4.1 Reflexos no Direito Administrativo.....	36
3.4.2 Proteção da confiança e a modulação dos efeitos das decisões judiciais	39
4 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA	44
4.1 SIGNIFICADO DA REGRA DA COISA JULGADA.....	44
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DAS PREMISSAS PARA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	46
4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA.....	51
5 COISA JULGADA E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	54
5.1 DECLARAÇÃO POSTERIOR DE INCONSTITUCIONALIDADE: PROTEÇÃO E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE ..	54
6 COISA JULGADA E A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	60
6.1 DERROTABILIDADE DA COISA JULGADA E O EXAME DE DNA.....	6
7 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

A *segurança jurídica* está diretamente ligada à concepção do Estado de direito, sendo comum se referir a *segurança* e *justiça* como seus valores centrais.¹ Com efeito, trata-se de valores complementares e essenciais a existência do *Estado de Direito*. Este somente se legitima quando preordenado a promoção da *justiça*, cuja realização somente se torna viável com a estabilidade nas relações sociais e previsibilidade das ações do Estado.

Ocorre que pela dinâmica das relações sociais, os valores idealizados pela segurança – *previsibilidade* e *estabilidade* – acabam por conflitar com a necessidade de mudança e aperfeiçoamento do direito, o qual deve constantemente se amoldar as diferentes conjunturas da sociedade sob pena de se perder de vista o valor da justiça, deslegitimando o Estado.

No cenário jurídico atual este quadro paradoxal é cada vez mais latente. Luís Roberto Barroso assevera que na pós-modernidade a segurança jurídica enfrenta uma crise de identidade frente a “[...] era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação”². Outra preocupação relevante no momento atual diz respeito à *explosão legal*, caracterizada pela avalanche normativa que aumenta a incerteza no âmbito social, que acaba por criar insegurança,³ isto é, uma sensação oposta à que deveria gerar.

A situação é hodiernamente ilustrada pelo número excessivo de medidas provisórias, mas não se restringe a atuação legislativa. Na verdade, as mudanças de rumo na atuação estatal, pela alternância democrática, e a alteração do direito pelo judiciário que, seja pelo câmbio de entendimentos

¹ Por todos: Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/99*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº4, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em 01 mai. 2012

² BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre o direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação)*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2 ed. p. 51.

³ MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima*. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.118.

jurisprudenciais, seja pela dita *interpretação evolutiva* – como no caso da mutação constitucional – também impactam diretamente a disciplina das relações sociais e causam insegurança quando as mudanças de rumo se dão de forma repentina. Tais fatores já são suficientes para justificar qualquer pesquisa sobre o princípio da segurança jurídica.

Todavia, o princípio possui múltiplos significados e inúmeras implicações no universo jurídico, o que impossibilita, ou pelo menos não recomenda, qualquer tentativa de compreendê-lo em sua integralidade. Daí decorre que para o desenvolvimento de um trabalho sobre a matéria é imperioso delimitar o aspecto ou aspectos sob os quais o estudo será direcionado.

A preocupação que inspirou o presente trabalho diz respeito ao instituto da coisa julgada, um dos principais corolários da segurança jurídica em dois de seus aspectos: *objetivo*, como limitação da atuação retroativa do Estado; e *subjetivo*, como proteção das expectativas legítimas do cidadão frente à atuação estatal presumidamente válida.

A pesquisa aqui desenvolvida foi inspirada pelo desconforto gerado pela existência no Direito Processual Civil de uma *teoria* para relativizar o significado dessa proteção constitucional, a despeito de sua positivação no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana e do princípio da segurança jurídica que lhe respalda. Embora timidamente tratada pelos constitucionalistas brasileiros, a questão é extremamente controversa e incandescente na jurisprudência dos tribunais, notadamente com relação à superação da coisa julgada em ações de investigação de paternidade não amparadas por exames de DNA.

Nesse cenário, o objetivo deste trabalho monográfico é proceder a uma análise crítica dos principais argumentos invocados para justificar a flexibilização da coisa julgada sob a ótica do Direito Constitucional, assim como investigar as condições em que a superação da coisa julgada seria tolerável no ordenamento pátrio. Para tal mister, toma-se por base a teoria da norma jurídica, como base argumentativa, e o significado da segurança jurídica do cenário jurídico atual, como fundamento para proteção da coisa julgada.

A adoção da teoria da norma jurídica como ponto de partida serve tanto para a definição da natureza da coisa julgada no âmbito da teoria das normas,

quanto para fornecer subsídios para o estudo de sua superação enquanto espécie normativa. A questão é extremamente relevante na medida em que na maioria dos trabalhos sobre a matéria inexistem qualquer critério metodológico para o enquadramento da coisa julgada enquanto espécie normativa. Na verdade, há autores que a concebem ao mesmo tempo como regra e princípio e, em alguns casos, fale-se até mesmo em valor da coisa julgada, embora o valor não possa ser concebido como norma jurídica.⁴

Regras, princípios e valores são fenômenos manifestamente distintos, com características e feições próprias. A confusão no enquadramento acarreta perplexidades, pois são sonegadas características essenciais de uma determinada espécie e enfatizadas outras que não lhe são afetas. No caso da coisa julgada, ao concebê-la como valor, deixa-se de lado sua natureza normativa, para concebê-la como um estado ideal; classificada como princípio, reconhece-se sua normatividade, sem esclarecer, contudo, o comportamento que deve ser realizado, de modo que se admite uma maior flexibilidade no momento da aplicação; vista como regra, admite-se a previsão de um comportamento específico que visa a uma determinada finalidade e, portanto, há uma delimitação rígida de seu conteúdo que não admite superação, senão em hipóteses excepcionais.

Em vista disso, no início do trabalho são fixadas premissas básicas para identificação das diferentes espécies normativas, a partir do estudo das principais teorias em voga no cenário nacional. Nesse desiderato são estudados os critérios de *distinção clássico*, que define os princípios segundo a generalidade e essencialidade da norma para o sistema; e *qualitativo*, que faz a distinção a partir das teorias de Dworking e Alexy. Além disso, são estudados os critérios propostos na teoria dos princípios de Humberto Ávila que, a partir de uma visão crítica das teorias anteriores, propõe uma dissociação clara e focada na utilidade prática para identificação das espécies normativas, bem

⁴ “Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.87)

como na interpretação e aplicação do direito pelo reconhecimento de suas principais características.

Em seguida, passa-se ao exame da segurança jurídica a partir do reconhecimento de sua feição multifacetária e de sua importância na qualidade elemento essencial, como base e objetivo primordial, do Estado de Direito. Diante do escopo do trabalho e das dificuldades, senão impossibilidade, de se apreender todas as implicações desse princípio, delimita-se a análise aos aspectos objetivo e subjetivo da segurança jurídica.

No tocante ao primeiro – objetivo – a análise é focada nos principais corolários da segurança jurídica inseridos na Constituição como limitação à atuação retroativa do Estado, isso é, a vedação à retroatividade e a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, sendo a coisa julgada, objeto principal do trabalho, relegada para capítulo próprio. Nesse ponto, é analisado o alcance e significado desses institutos, tendo a teoria das normas com base argumentativa. Vale ressaltar que os aspectos controvertidos relacionados ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não chegam a ser estudados nesta monografia, não por se desconhecer a importância do tema, mas sim para evitar o desvio do foco o principal do trabalho.

Na abordagem do aspecto subjetivo é ressaltado o novo significado do princípio da segurança jurídica no cenário nacional, notadamente a partir de sua positivação nas Leis nºs. 9.784/1999 – que dispõe sobre processo administrativo no âmbito federal – e 9.868/99 e 9.882/99 – as quais disciplinam o controle concentrado de Constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF). Com efeito, a partir da novel legislação, tornou-se forçoso reconhecer que o princípio da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo – princípio da proteção da confiança – pode justificar a manutenção de atos inválidos, ainda que ilegais ou mesmo inconstitucionais. Esse reconhecimento leva a uma ruptura da visão tradicional sobre a teoria das nulidades, com impactos relevantes no Direito Administrativo e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A partir da compreensão da teoria da norma jurídica e do princípio da segurança jurídica, em seus aspectos objetivo e subjetivo, passa-se ao enfrentamento do tema central do trabalho. Para tal mister, parte-se do significado da coisa julgada reconhecida como regra inserida na Constituição

Federal para em seguida debater os principais argumentos invocados na teoria da relativização da coisa julgada. Ainda nesse capítulo, é estudada a constitucionalidade da ação rescisória enquanto regra infraconstitucional que delimita a coisa julgada, harmonizando o instituto com outros princípios e valores que lhe são contrapostos nas hipóteses taxativas arroladas pelo legislador.

Ato contínuo é analisada a possibilidade de desconstituição da coisa julgada por impugnação ou embargos à execução, tendo em vista a previsão contida nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil. Neste aspecto, verifica-se a compatibilidade dessas previsões com sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, notadamente com a possibilidade de controle difuso e com o princípio da proteção da confiança. Note-se que a tormentosa redação desses artigos, bem como sua aplicação prática não chegam a ser debatidas, visto que se trata de questões processuais que escapam ao escopo dessa monografia de direito constitucional.

No capítulo final, propõe-se que a justificativa da superação da coisa julgada se dê a partir da teoria da derrotabilidade. Assim, o fundamento para relativizar a coisa julgada não estaria em características internas do instituto ou em seu rebaixamento hierárquico, e sim no reconhecimento de que também as regras jurídicas podem ser derrotadas em hipóteses excepcionais. Nesta senda, o capítulo se pauta por um caso paradigmático no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a superação da coisa julgada em uma situação específica, em homenagem ao direito fundamental à busca da identidade biológica.

Ressalta-se que o estudo monográfico é focado nos aspectos pertinentes ao direito constitucional. Assim, inobstante a teoria da relativização tenha se desenvolvido no âmbito do Direito Processual Civil, não se entrará no mérito das questões processuais e procedimentais relativas a instrumentos ou ações cabíveis para desconstituição da coisa julgada.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: VISÃO GERAL DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Este capítulo inicial se propõe a fixação das premissas teóricas acerca da teoria da norma jurídica a partir de uma abordagem dos principais critérios utilizados para diferenciação entre *princípios* e *regras* utilizados pela doutrina pátria, sobretudo os utilizados nos trabalhos que debatem a relativização da coisa julgada.

Não se trata de mero preciosismo terminológico. Com efeito, ao se advogar um discurso argumentativo lastreado nas diferentes características entre espécies normativas é imperioso que se fixem as bases conceituais sobre as quais o raciocínio será desenvolvido. Nesta senda, mais importante que a teoria escolhida é a coerência de seus critérios com a argumentação, sob pena de confusão conceitual pela junção de teorias incompatíveis que resulta em indesejável *sincretismo metodológico*.⁵

A preocupação ganha relevo no cenário jurídico atual⁶ pelo recente protagonismo do Direito Constitucional e a aproximação entre a interpretação e a aplicação do direito, a partir do reconhecimento da importância das circunstâncias do caso concreto para a real significação da norma jurídica.⁷ Nesta esteira, Canotilho assevera que:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa. Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através de sua <<passagem>>

⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁶ Para uma visão panorâmica do cenário atual: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Elaborado em 10/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/3>>. Acesso em: 12 set. 2012.

⁷ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 15.

a **norma de decisão** que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa.⁸

Nesse cenário, o intérprete assume um papel de extrema relevância na concretização do direito, na medida em que é apenas no caso concreto que se revela o correto dimensionamento da norma jurídica.⁹ Todavia, esse processo de revelação do direito não se traduz em exercício discricionário que permite a desconsideração arbitrária do direito positivo, como sói ocorrer pelo manejo equivocado da teoria do direito. Fernando Andreoni Vasconcellos adverte para o fato de que “Dentro da dogmática jurídica hodierna, presencia-se certo flerte com propostas teóricas que **desconsideram facilmente as previsões do direito positivo e propugnam por soluções apegadas a um decisionismo subjetivista.**”¹⁰ (grifo nosso)

Daí a importância de se identificar as reais características da norma jurídica, em suas diferentes manifestações, a partir de uma teoria condizente com a fundamentação empregada e sem perder de vista a importância do direito positivo como ponto de partida e limite do exercício hermenêutico. No dizer de Humberto Ávila:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins , a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. **O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.**¹¹ (grifo nosso)

Portanto, a identificação das características pertinentes a dada espécie normativa é extremamente relevante para construção do significado da norma no caso concreto. Assim é que a distinção entre princípios e regras não pode ser operada de maneira leviana, sob pena de se atribuir características de uma

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1221

⁹ *Ibidem*, p. 1221-1222.

¹⁰ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2009, p.10.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.37-38.

espécie normativa para outra que não as têm, gerando graves contradições na aplicação do direito.¹²

2.1 PRINCIPAIS TEORIAS

Preliminarmente, cumpre ressaltar que inexistente uniformidade na distinção entre as diferentes espécies normativas¹³ e nem poderia ser diferente. Tomada a norma jurídica enquanto objeto de estudo é inevitável que se cheguem a resultados diferentes, pois diversos são os critérios escolhidos para fins classificatórios.

Não é possível afirmar, por conseguinte, que uma classificação é mais correta que a outra. O que ocorre é que uma classificação pode se mostrar adequada para determinada finalidade, e ser inservível em outro contexto. Como bem assinala Patrick Roberto Gasparetto “A classificação passa a despertar interesse de acordo com a sua utilidade”¹⁴. Assim, a *definição tradicional de princípio*¹⁵ pode se revelar adequada para compreender a lógica de determinado ramo do direito pela identificação dos valores principais que orientam o estudo e aplicação de uma determinada matéria, como é o caso do Direito Administrativo.¹⁶ Não possui, contudo, maior utilidade sob a ótica da nova hermenêutica constitucional, a qual reclama uma delimitação mais precisa dos princípios para o fim de aplicá-los concretamente na solução de conflitos e realização de valores prescritos na constituição.

Para os fins propostos nesse trabalho é necessário analisar as principais teorias utilizadas no cenário nacional. Sobre a matéria, Virgílio Afonso da Silva ensina que:

¹² Ibidem, p.91-97.

¹³ SILVA, Virgílio afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012. p. 607-608.

¹⁴ GASPARETTO, Patrick Roberto. *Premissas para uma teoria da invalidade dos atos administrativos*. Boletim de Direito Administrativo. Junho/2013. São Paulo: Editora NDJ. p. 628.

¹⁵ Assim considerada a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello diuturnamente utilizada pela doutrina juspublicista.

¹⁶ Parece ser essa a motivação principal da definição de princípios utilizada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, haja vista que o conceito de princípios é empregado justamente no momento em que o doutrinador salienta as diferenças do Direito Administrativo para outros ramos do direito, ao explanar o *regime jurídico - administrativo*. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2010. p. 52 et. seq.

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade.⁷ Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios

No âmbito do Processo Civil, utiliza-se principalmente a distinção que pode ser chamada de *clássica* – que toma por base a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello – e a distinção *qualitativa* de Dworkin e Alexy, as quais serão analisadas nos tópicos seguintes. Também se analisará a dissociação proposta por Humberto Ávila que servirá de base para argumentação desenvolvida nesse estudo.

2.2 DISTINÇÃO CLÁSSICA

No âmbito nacional a distinção clássica entre espécies normativas foi incorporada ao Direito Constitucional a partir dos estudos de Direito Administrativo.¹⁷ Essa separação entre princípios e regras toma por base o *grau de abstração* da norma, isto é, o fato de se aplicar a um número mais ou menos amplo de situações fáticas; o *grau de generalidade*, quanto aos sujeitos a quem é dirigida; e ainda o *grau de essencialidade*, segundo o qual a norma pode ser considerada como mais ou menos prescindível para o ordenamento jurídico.

Hodiernamente as classificações doutrinárias que se baseiam nesses critérios são lastreadas pela vetusta lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello que define o princípio como:

[...] mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹⁸

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.91.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2010. p. 53.

Assim, pela distinção clássica assume-se que as regras são as normas que se dirigem a uma menor número de pessoas e situações e que axiologicamente não integram o núcleo basilar do ordenamento jurídico. Os princípios, de outra banda, são normas amplas, preordenadas a um número indeterminado de situações, sendo ainda consideradas como os pilares do sistema normativo devido ao valor axiológico que representam.

As principais críticas que se dirige a essa espécie de distinção está na fragilidade de seus critérios, pois: i a *abstração e generalidade*, ainda que em maior ou menor grau, são características comuns a toda norma jurídica até porque sua veiculação se dá por meio da linguagem;¹⁹ e ii. toda a norma possui um *conteúdo valorativo*, dado que destinada a realização de alguma finalidade. Demonstrando o conteúdo axiológico das regras, Humberto Ávila afirma que:

[...] as regras servem como meio para concretização de, no mínimo, dois valores: o valor formal de segurança, pois as regras têm uma pretensão de decidibilidade inexistente no caso dos princípios; e o valor substancial específico, já que cada regra tem uma finalidade que lhe é subjacente.²⁰

A fragilidade desses critérios de classificação demonstra a inadequação da *distinção clássica* para o presente trabalho, posto que a partir dela não é possível traçar uma diferenciação clara entre as diferentes espécies normativas e, tampouco, permite a identificação de suas características. Além disso, essa definição de princípios passa a falsa impressão de que existe uma hierarquia inata que os coloca em posição superior a das regras.²¹

Essa circunstância é evidenciada pela ideia, largamente difundida, de que:

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.92.

²⁰ *Ibidem*, p.92.

²¹ Refutando esse entendimento, Humberto Ávila e Ana Paula de Barcellos defendem que as regras são o produto de uma ponderação de valores já realizada pelo legislador, pelo que, como regra, devem prevalecer sobre os princípios. Cf. *Ibidem*, Passim. e BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69.

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escação do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²²

Eis o principal problema dessa teoria. Por um lado, os critérios de distinção não permitem uma distinção precisa das espécies, a qual dependerá de gradação subjetiva do intérprete ou aplicador. Por outro, o manejo equivocado da distinção acaba por autorizar uma atuação arbitrária pela qual se justifica a superação equivocada do direito positivo.

2.3 DISTINÇÃO QUALITATIVA: RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Virgílio Afonso da Silva afirma que é a partir das teorias de Dworkin e Alexy que a problemática da distinção entre regras e princípios ganhou força.²³ Com efeito, é com os ensinamento de Dworkin que se passa a defender a superação ao positivismo exacerbado pelo reconhecimento da força normativa dos princípios. Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que o objetivo do autor foi fundamentar a superação do positivismo num ataque geral – *general attack on Positivism* – por meio de premissas que permitem a aplicação direta dos princípios sem a necessidade da intermediação de regras.²⁴

A teoria de Dworkin diferencia as normas de modo *qualitativo*, considerando o *modo de aplicação*. Em sua doutrina as *regras* são normas que se aplicam pela lógica do tudo ou nada – *all-or-nothing* – possuindo apenas uma *dimensão de validade*.²⁵ Já os *princípios*, não condicionados a uma solução prévia, devem, na aplicação, ser confrontados com outros princípios

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2010. p. 53.

²³ SILVA, Virgílio afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012. p. 609.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39.

²⁵ SILVA, Virgílio afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012. p. 610.

para seu correto dimensionamento. Não se aplicam, portanto, segundo a *dimensão da validade*, e sim pela *dimensão de peso* aferida no momento da aplicação.²⁶

Alexy parte de igual pressuposto, isto é, a distinção qualitativa de princípios e regras. Contudo, o autor traça delineamentos mais precisos para a distinção, a partir da ideia de que os *princípios* são *mandamentos de otimização*. Segundo Virgílio Afonso da Silva, na teoria de Robert Alexy os “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida do possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados mandamentos de otimização.”²⁷

Essa distinção entre espécie normativas toma por base os seguintes critérios: *diferença quanto à colisão e quanto a obrigação que instituem*:

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto a obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.²⁸ (grifos no original)

A distinção proposta por esses dois autores é hoje dominante na doutrina juspublicista e vem ganhando espaço no cenário nacional. Todavia, ela também não é imune a críticas. Nesse sentido, Humberto Ávila aponta para dois fatores: Em primeiro lugar, o autor refuta a ideia de que somente os princípios podem ser objeto de ponderação, afirmando, através de exemplos, que as obrigações absolutas contidas nas regras também podem ser superadas por imposições do caso concreto.²⁹ Em segundo o lugar, cita o exemplo do livro eletrônico para afirmar que em alguns casos o *modo de*

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012. p. 610.

²⁷ Ibidem, loc. cit.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 41-42.

²⁹ Cf. Ibidem, p. 49-50.

aplicação da regra não é tão bem delineada,³⁰ de modo que “[...] o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo *mais ou menos* de aplicação”³¹. Por fim, o autor levanta o problema de se definir qual dessas espécies normativas – princípio ou regra – deve prevalecer quando possuírem a mesma hierarquia, como no caso de um confronto entre um princípio e uma regra prevista na Constituição Federal.

Embora isso não invalide as teorias, certamente indica que não se pode assumir a distinção entre princípios e regras de uma maneira dogmática com base nos critérios sugeridos por esses autores. E é justamente a recepção acrítica³² dessas teorias que tem levado a uma aplicação equivocada dos critérios de distinção, não só no âmbito doutrinário com no jurisprudencial. Conforme bem observou Virgílio Afonso da Silva:

[...]é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais nos moldes das concepções que acima chamei de tradicionais.³³

Em vista dessa confusão, alguns autores mencionam as teorias de Dworkin e Alexy, mas acabam classificando como princípios o que seriam regras pelos critérios de distinção qualitativa, uma vez que tomam por base a fundamentaliade da norma. Até aqui, o problema seria meramente terminológico.

Sucedede que na operação hermenêutica esses autores se valem das teorias de Dworkin e Alexy para atribuir para essas regras características que

³⁰ Sobre a matéria, Ana Paula de Barcellos assevera que: “O exemplo mais evidente dessa situação é dado pelas regras que contém conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas de indeterminação de outra natureza – como ‘mulher honesta’, ‘relevante interesse social’, dentre outros. Nessas hipóteses, muitas vezes é possível superar o conflito externo da regra com outras normas dependendo do sentido que se atribua ao conceito jurídico indeterminado nela contido.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.)

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.52.

³² Ibidem, p.30.

³³ SILVA, Virgílio afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012. p.613.

não possuem. É dizer, as regras erroneamente classificadas como princípios passam a ser consideradas com *mandamentos de otimização* e, portanto, seus comandos deixam de ser considerados como absolutos para maior parte dos casos, podendo ser superadas livremente. A questão é teratológica, pois da conjunção incompatível dessas teorias resulta que a fundamentalidade que se atribui à norma a torna mais flexível, a despeito dos limites sintáticos e semânticos que originalmente possui.³⁴

A coisa julgada que será objeto desse estudo fornece um exemplo claro das consequências dessa aplicação equivocada, pois inobstante a definitividade da decisão seja um comando absoluto para maioria das situações (regra na concepção de Alexy), os defensores da *relativização da coisa julgada* a denominam como *valor* ou *princípio*, para justificar sua relativização frente a outros princípios que consideram superiores.³⁵

2.4 DISTINÇÃO TRIPARTIDA DE HUMBERTO ÁVILA

Reconhecendo os pontos falhos das teorias anteriores, Humberto Ávila propõe solução alternativa, assumindo que uma *dissociação abstrata* deve permitir ao intérprete a antecipação segura das características do tipo normativo de modo a facilitar o ônus argumentativo do aplicador do direito pela identificação do que deve ser justificado para cada espécie normativa.³⁶

A partir disso, o autor propõe que as normas jurídicas sejam diferenciadas segundo três critérios, quais sejam: i. *modo como o comportamento é prescrito*; ii. *modo de justificação para aplicação*; iii. *modo de contribuição para decisão*.

³⁴ “Tratar-se-ia de uma disputa terminológica se não surgisse um problema fundamental: a atribuição de uma consequência específica para a aplicação das normas – suscetibilidade de superação mais flexível em virtude de razões contrárias. Sendo essas as características dos princípios, a doutrina, de um lado caís em contradição e, de outro – e o que é bem mais grave –, legitima a fácil restringibilidade de uma norma que a Constituição, pela técnica de normatização que adotou, queria menos flexível.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.97)

³⁵ Cf. BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 71.

Em relação ao primeiro critério, os *princípios* são identificados como normas que indicam o fim almejado sem prescrever o comportamento que deve ser adotado para esse mister. São normas *imediatamente finalísticas* que “estabelecem um **estado de coisas**³⁷ para cuja realização é necessária a **adoção de determinados comportamentos**”³⁸ (grifo nosso) os quais não são previamente especificados.

As *regras*, ao contrário, já contemplam em seu conteúdo o comportamento a ser adotado para que se alcance a finalidade que lhe é subjacente. Daí se falar em regras como normas *imediatamente descritivas* e *mediatamente finalísticas*. Segundo Humberto Ávila, essa “[...] distinção é centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas.”³⁹ Assim é que os *princípios* preveem diretamente uma finalidade, sem precisar o *comportamento* para seu atingimento, enquanto as *regras* prescrevem diretamente um comportamento com vistas as finalidades que lhes são inerentes.

No tocante ao segundo critério, *justificativa para aplicação*, por inexistir um comportamento previamente determinado, exige-se nos *princípios* que o aplicador demonstre que a solução adotada na hipótese conduz a realização da finalidade almejada, é dizer, que se demonstre a “[...] *correlação* entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido.”⁴⁰

Já nas *regras*, no qual o comportamento é previamente determinado, é necessária “[...] uma avaliação de *correspondência* da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte.”⁴¹ Decorre disso que o

³⁷ “*Estado de coisas* pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em *fim* quando alguém aspira conseguir gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estados de coisas como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário.” (³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.78.)

³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹ *Ibidem*, p.79.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁴¹ *Ibidem*, p. 80.

ônus argumentativo pode ser variável. Por um lado, há casos em que a correspondência entre os fatos e a regra é verificada de plano, sendo a descrição normativa o bastante para a justificação. Por outro lado, podem ocorrer situações nas quais a adoção do *comportamento* descrito na norma destoaria da finalidade que justificou sua positivação ou nos quais a norma deve ser superada por razões que se contrapõem a sua realização.⁴²

É nessa última hipótese, dos *casos difíceis*, que as *regras* deverão ser ponderadas, considerando-se os fundamentos para existência da regra e as razões substanciais que, em vista das circunstâncias do caso, recomendam que a mesma seja excepcionada. Para ilustrar a questão, Humberto Ávila descreve um caso hipotético de uma regra que proíbe que motoristas de táxi conduzam pessoas acompanhadas de animais, sob pena de multa. No caso de cães-guia de passageiros portadores de deficiência visual a regra deveria ser superada, tendo em vista a incompatibilidade entre o conteúdo semântico da regra (proibição de animais nos veículos de táxi) e o fim que a justifica (promoção da segurança no trânsito). “Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (*rule’s purpose*) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis.”⁴³

Registre-se, todavia, que o ônus argumentativo para essa superação da regra no caso concreto é bem mais elevado, demandando fundamentação em que se demonstre que as razões para a superação da regra devem prevalecer sobre as razões que justificam o seu cumprimento incondicional.⁴⁴ É nesses casos que se fala em *derrotabilidade* da regra, que será objeto de análise mais detida em capítulo próprio.

Quanto ao último critério, *contribuição para decisão*, considera-se que os *princípios* contribuem de maneira complementar ou preliminarmente parcial, posto que dependem da complementação de outros fatores. São normas que “[...] não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.”⁴⁵

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 81.

⁴³ *Ibidem*, p. 80-81.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 84.

As *regras*, por seu turno, têm por objetivo contemplar todos os elementos para tomada de decisão, de modo a justificá-la sem a necessidade de outros elementos, ou seja, “O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras.”⁴⁶

Vale ressaltar que nos casos difíceis, a exemplo do acima descrito, embora preenchidas as condições de aplicabilidade da regra, o comando normativo pode ser superado em função de *razões excepcionais* que se sobrepõe a *aplicação normal da regra*.⁴⁷

A partir desses critérios de distinção, Humberto Ávila sintetiza os seguintes conceitos:

As **regras** são normas **imediatamente descritivas**, primariamente retrospectivas e com **pretensão de decidibilidade e abrangência**, para cuja aplicação se exige uma **avalização da correspondência**, sempre **centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes**, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os **princípios** são normas **imediatamente finalísticas**, primariamente prospectivas e com **pretensão de complementaridade de parcialidade**, para cuja aplicação se demanda uma **avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para promoção**.⁴⁸ (grifo nosso)

A teoria dos princípios de Humberto Ávila fala ainda em uma terceira espécie normativa que, por suas peculiaridades, não se confunde com as regras e princípios. Trata-se dos *postulados normativos* que segundo ele correspondem a

“[...] normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas.”⁴⁹

Os *postulados normativos* se distinguem das demais espécies normativas, pois: i. *Se situam em outro nível (segundo grau)*: não atuam em

⁴⁶ Ibidem, p. 84.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84.

⁴⁸ Ibidem, p. 85.

⁴⁹ Ibidem, p. 143.

relação ao situação fática, e sim na aplicação de outras normas; ii. *Possuem outros destinatários*: enquanto os princípios e regras são preordenados ao Poder Público e particulares, os postulados se dirigem ao intérprete e aplicador do direito; iii. *Ausência de conflituosidade com outras normas*: ao contrário dos princípios e regras, os postulados não entram em conflito com outras normas, justamente por operarem em um *metanível*.⁵⁰

Assim, o autor considera que a *Ponderação*, a *Concordância prática* e a *Proibição de excesso* são *Postulados Inespecíficos*,⁵¹ enquanto a *Igualdade*⁵², a *Razoabilidade* e a *Proporcionalidade* correspondem a *Postulados Específicos*.

A *teoria dos princípios* de Humberto Ávila foi desenvolvida em perspectiva crítica, com a preocupação de traçar critérios mais claros e pragmáticos a fim de evitar confusões conceituais e com vistas a utilidade prática da classificação para *interpretação* e a *aplicação do direito*. Além disso, o autor propõe critérios objetivos para justificação da superação excepcional de regras jurídicas. Daí decorre sua escolha para o presente trabalho.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 143.

⁵¹ O autor define como *postulados inespecíficos* os “[...] postulados eminentemente formais. Constituem-se, pois, em meras ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação”, enquanto os *postulados específicos* são os que “[...] exigem o relacionamento entre elementos específicos, como critérios que devem orientar a relação entre eles. Também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas” (Ibidem, p. 163-164).

⁵² Igualdade é uma norma peculiar, visto que “[...] pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)” (Ibidem, p. 171)

3 NOVO SIGNIFICADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 DIFERENTES ACEPTÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA

O ideal de segurança está intrinsicamente ligado à existência do Estado de Direito. Este foi concebido como instrumento para garantir a segurança das relações sociais e, ao mesmo tempo, a segurança é elementar para a sua manutenção. Nesse sentido, afirma-se que “[...] há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele.”⁵³ Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso afirma que “As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualistas, assentam-se sobre uma cláusula comutativas: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade.”⁵⁴

Daí se afirmar que o *princípio da segurança jurídica* é *subprincípio* ou decorrência do Estado de Direito, conforme entendimento assente na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁵ A *segurança* corresponde a um *direito fundamental* estampado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, no rol dos direitos individuais e coletivos, assim como no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão entre os direitos naturais e imprescritíveis. Aliás, a ideia “[...] umbilicalmente vinculada a dignidade da pessoa humana.”⁵⁶

Em razão de seu caráter plurissignificativo a segurança jurídica comporta uma série de acepções.

⁵³ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de direito administrativo n. 23. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 34.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139.

⁵⁵ Cf. MS 22.357-0/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 27/05/2004. Publicado no DJ em: 05/11/2004. RE 466.546-8/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 14/02/2006. Publicado no DJ em: 17/03/2006. e MS 24.268-0/MG. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 05/02/2004. Publicado no DJ em: 17/09/2004.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Público. RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

José Afonso da Silva fala que a *segurança no direito* pode assumir dois sentidos, isso é, *segurança do direito*, como valor que exige a positividade do direito, e a *segurança jurídica*, assim considerada a garantia que decorre dessa positividade, dependente, portanto, das previsões estabelecidas pelo Direito Constitucional Positivo.⁵⁷ A partir das normas constitucionais, o autor ainda divide a *segurança jurídica* em quatro tipos, a saber: i. *segurança como garantia*; ii. *segurança como proteção dos direitos subjetivos*; iii. *segurança como direito social*; iv. *segurança por meio do direito*.⁵⁸

Com igual didatismo Luís Roberto Barroso fala da segurança jurídica nos *planos institucional, objetivo e subjetivo*. O primeiro – *institucional* - se refere à existência de instituições criadas para manutenção das garantias e do funcionamento do Estado. O segundo – *objetivo* – refere-se à irretroatividade das normas jurídicas e à estabilidade do Direito. O último – *subjetivo* – diz respeito à proteção da confiança.⁵⁹

Nessa monografia, a análise da segurança jurídica será pautada nos dois últimos planos (objetivo e subjetivo) ou no que José Afonso da Silva concebeu como *segurança como proteção dos direitos subjetivos*.⁶⁰

Situando a matéria de acordo com a Teoria dos Princípios, pode se afirmar que o ideal/valor da segurança, nos planos objetivo e subjetivo, corresponde a um *estado das coisas* ou finalidade estabelecida pelo *princípio da segurança jurídica*, na condição de *norma-do-que-deve-ser (ought-to-be-norms)*⁶¹. Esse *estado das coisas* possui algumas qualidades que, nos ensinamentos de Canotilho, são identificadas como *ideias nucleares da segurança jurídica*:

⁵⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16-17.

⁵⁸ Ibidem, p.17-29.

⁵⁹ Cf. Prefácio In: ARAÚJO, Valter Shuenquer de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.19-23.

⁶¹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em trono de dois conceitos: (1) **estabilidades** ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) **previsibilidade** ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.⁶²

Portanto, pode se assumir que esses núcleos conceituais⁶³ - estabilidade e previsibilidade – são as qualidades objetivadas pelo princípio da segurança jurídica. Diversos são as regras, ou comportamentos descritivos, previstas no ordenamento para o atingimento desse estado ideal: como a irretroatividade, as regras de direito intertemporal, a prescrição, decadência e preclusão, entre outros institutos.⁶⁴

No Direito Brasileiro a questão é tradicionalmente analisada sob o enfoque da *estabilidade*, tendo por base os institutos do *direito adquirido*, do *ato jurídico perfeito* e da *coisa julgada*.⁶⁵ Isso deve, sobremaneira, a previsão positivada no artigo 5º da Constituição Federal que se caracteriza como um dos principais instrumentos para realização desse valor constitucional. Vale frisar que essa regra é comum a todas as Constituições brasileira, exceção feita a Constituição do Estado Novo de 1937.⁶⁶

Nesse quadro, nos próximos tópicos serão tratadas algumas questões fundamentais de *direito intertemporal* relacionadas ao conceito e alcance da vedação à irretroatividade e da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Além disso, será feita uma análise do *princípio da proteção da confiança* o qual tem recomendado uma nova leitura da *segurança jurídica* a

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 264.

⁶³ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de direito administrativo n. 23. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.46.

⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade*. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 169.

⁶⁵ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de direito administrativo n. 23. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 47.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 142.

partir do reconhecimento de seu aspecto subjetivo, a permitir a proteção de expectativas legítimas geradas pelos atos estatais, ainda que inválidos.⁶⁷

3.2 STATUS CONSTITUCIONAL DAS REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL

Uma das questões mais tormentosas do direito é harmonizar o desejo de *estabilidade* nas relações sociais com a necessidade de mudança do direito para sua conformação a realidade social.⁶⁸ Como pontua Judith Martins-Costa o “[...] ordenamento jurídico é perpassado por uma secular *relação de tensão* entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança.”⁶⁹

Essa problemática também é colocada com precisão por Elival da Silva Ramos:

A partir da hegemonia do paradigma dogmático do Direito positivo, restou patenteada a permeabilidade do sistema jurídico às mudanças sociais e, portanto, sua compatibilidade com a vida contemporânea. Todavia, enquanto instrumento de modelagem das relações sociais, que tem a pretensão de não apenas refleti-las e sim de sobre elas atuar, o direito e seus operadores não poderiam assistir impassíveis ao fenômeno da sucessão de padrões de conduta normativamente prescritos: era preciso estabelecer parâmetros para que esses constantes ajustes entre o conjunto normativo e o substrato fático se dessem sem o completo aniquilamento da segurança jurídica, valor esse que, genericamente concebido, integra o núcleo ético irredutível

⁶⁷ “Nesse sentido, **a doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo que a própria legalidade pode sofrer limitações, em virtude, principalmente, da preservação da confiança legítima inerente à lógica da segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal já decidiu mais de uma vez que, transcorrido lapso de tempo suficiente para consolidar situação de fato, descabe decretar tardiamente a nulidade do ato que, à época, tinha aparência de legalidade.** Assim, por exemplo, o fez a Corte Suprema no caso de estudante que, mesmo tendo obtido nota abaixo da média, concluiu curso universitário com amparo em decisão liminar, posteriormente reformada por sentença (REExt 13.807, Rel. para acórdão min. Prado Kelly, RTJ, 37/248). Também em acórdão bem fundamentado, relatado pelo ilustre min. Bilac Pinto, decidiu o STF de forma semelhante. Recorrendo às lições dos professores Miguel Reale e José Frederico Marques, a decisão considerou extemporânea a anulação de nomeação para cargo público após dois anos da decisão que havia considerado ilegal (REExt 85.179, RTJ 83/91).” (WALD, Arnaldo. *O princípio fundamental da segurança jurídica*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. ROSAS, Roberto. VELLOSO, Caio Mário da Silva (coord.). São Paulo: Lex Editora, 2005. p. 220)

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 501.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípios da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 131.

de todo e qualquer ordenamento jurídico. Esses parâmetros acabaram por constituir, precisamente, objeto de um importante segmento da Ciência Jurídica, qual seja, o Direito Intertemporal.⁷⁰

Assim é que o conflito entre estabilidade e mudança do direito é resolvido pelas normas de Direito Intertemporal. O principal dispositivo da matéria foi inscrito no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, segundo a qual a *lei* não pode prejudicar o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*.

A presença dessa norma no texto constitucional, aliás, é um fato que merece destaque, pois conforme preleciona Luís Roberto Barroso: “Na América Latina, à exceção do México, e na Europa, a regra da não-retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo mesmo, ser derogada por legislação superveniente.”⁷¹ Ilustrando esse fato, Almiro do Couto e Silva menciona os exemplos da França e Alemanha. Na França a limitação à retroatividade é objeto do Código Civil e, portanto, não limita a atuação do Legislador, tendo o juiz e o aplicador do direito como seus principais destinatários. Na Alemanha a limitação à retroatividade decorre da *segurança jurídica*, como subprincípio do Estado de Direito.⁷²

Daqui já se pode extrair uma conclusão importante: A proteção ao *direito adquirido*, *ato jurídico perfeito* e *coisa julgada* possui status constitucional no Direito Brasileiro,⁷³ a despeito da delimitação da matéria ser regulada por normas infraconstitucionais. A questão, aliás, já está pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como se extrai do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.p.2.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 142.

⁷² Cf. COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 144.

Vimos, aqui, na ADIn 493 – e creio que o acompanhamos por unanimidade – o voto antológico do Ministro Moreira Alves a sustentar que, precisamente porque – ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e tantos outros – a nossa garantia do direito adquirido (...) não é um construção teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar-se de lei de ordem pública pode não afetar no Brasil a proteção do direito adquirido, exatamente, porque – ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu Roubier ou na Itália, onde escreveu Gabba -, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de solução de questões intertemporais.⁷⁴

Gimar Mendes chama atenção para a importância da orientação que foi adotada pela Corte como “ [...] decisiva para a própria aplicação do princípio do direito adquirido em sede de controle de constitucionalidade incidental [...]”⁷⁵, ressalta ainda que se tivesse prevalecido o entendimento em sentido contrário “[...] muito provavelmente, a garantia do art. 5, XXXVI, teria desaparecido enquanto direito de hierarquia constitucional”⁷⁶.

3.3 ÂMBITO DE PROTEÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO

Fixada a natureza constitucional da vedação à retroatividade, resta definir a extensão dessa proteção constitucional. A questão pode ser reconduzida as seguintes indagações: i. *Quais as hipóteses em que a retroatividade deve ser observada?*; ii. *O que deve se entender por efeito retroativo?*; iii. *O que vem a ser Direito Adquirido e Ato Jurídico perfeito?*⁷⁷

Para respondê-las, vale situar a matéria no âmbito da teoria das normas, assumindo o texto normativo como ponto de partida e limitação para o exercício hermenêutico.

Nesse aspecto, inobstante seja tradicional o tratamento da vedação à retroatividade e seus corolários como princípios, essa aceção somente pode ser aceita se adotada a *distinção clássica*, a qual define os princípios segundo a sua essencialidade para o sistema. Adotada a *distinção qualitativa* – de

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 508.

⁷⁵ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁷⁷ A análise da coisa julgada será objeto de capítulo próprio.

Dworkin e Alexy – não haveria que se falar em princípios da não retroatividade, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, pois não se trata de mandamentos de otimização que devam ser realizados na maior medida do possível, e sim de *obrigações absolutas* que sempre devem ser observadas ou superadas, em situações excepcionais em que se justifique a derrotabilidade.

Chega-se a mesma conclusão na Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, pois da análise do dispositivo constitucional, verifica-se que o Poder Constituinte optou inserir uma norma *imediatamente descritiva* no artigo 5º, inciso XXXVI, a qual exige a adoção do comportamento prescrito pelo Poder Público, isto é, uma regra constitucional para que o Poder Público *não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.⁷⁸

A partir disso, tem-se que a não-retroatividade não é aplicável para toda e qualquer situação, na maior medida do possível, mas apenas na exata medida do que foi previsto na Constituição. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que essa regra:

[...] somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, a saber: a) a proteção a segurança jurídica no domínio das relações sociais, veiculada no art. 5º, XXXVI, anteriormente citado; b) a proteção a liberdade do indivíduo contra a aplicação retroativa da lei penal, contida no art. 5º, XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”); c) a proteção do contribuinte contra a voracidade retroativa do Fisco, constante do art. 150, III, “a” (é vedada a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houve instituído ou aumentado”). Fora dessas hipóteses, a retroatividade da norma é tolerável.⁷⁹

No que atine à segunda indagação, sobre o efeito retroativo, existem duas correntes doutrinárias que se dedicaram a questão, representadas pelo italiano Gabba e pelo francês Paul Roubier.⁸⁰ Em relação aos fatos ocorridos e consumados, bem como efeitos já produzidos desses atos passados, não existe polêmica, sendo entendida como retroativa a lei que tentar modificá-los. O problema está em definir se existe retroatividade quanto aos efeitos

⁷⁸ Cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 143.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 145.

ocorridos após vigência de uma lei velha, mas que sejam decorrentes de atos praticados no passado, sob o império da lei revogada.

Para o doutrinador francês não há retroatividade, e sim *efeito imediato* da lei quando aplicada a efeitos futuros de atos anteriores a sua vigência. Em sentido contrário, o jurista italiano defende que o conceito de *direito adquirido*, asseverando que a Lei nova não pode ser aplicada para os efeitos de fatos idoneamente produzidos sob a vigência da Lei anterior.⁸¹

No âmbito nacional, prevaleceu a posição de Gabba. Nesse sentido foi o voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na ADI 493-DF, consolidando o entendimento na matéria. Na ocasião, o ministro fez referência à obra de Matos Peixoto, classificando a retroatividade em três tipos, a saber: *retroatividade máxima*, quando a lei afeta a coisa julgada e os fatos consumados; *retroatividade média*, se a lei se aplica a efeitos pendentes de fatos que lhe são anteriores; *retroatividade mínima*, quando a lei é aplicada a efeitos produzidos sob seu império, mas decorrentes de atos anteriores. Segundo o posicionamento adotado pelo Supremo, todas elas são inválidas⁸².

Visto isso, já é possível perquirir o conceito de *direito adquirido* e de *ato jurídico perfeito*. Segundo a lição de Gabba:

[...] direito adquirido é a consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que possa vir atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada de uma nova norma relativa ao mesmo assunto e que, nos termos da lei nova sob o império da qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.⁸³

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 145.

⁸² Cf. ADI 493. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento em: 25/06/1992. Publicado no DJ em 04/09/1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+493%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+493%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxn4ws7>>. Acesso em: 01/06/2013.

⁸³ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa. 1898. v. 1. p. 191 *apud* FERRARI, Regina Macedo Nery. *O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade*. In: Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 227.

Pelos ensinamentos do jurista italiano, tem-se que o *direito adquirido* é um direito que incorpora o patrimônio do seu titular, como consequência de um fato aquisitivo idôneo que se completou, mas cujos efeitos ainda não se verificaram.⁸⁴

O ato jurídico perfeito é assim considerado quando se verificam todos elementos necessários a sua formação. Segundo Rafael Valim:

‘Perfeição’ significa, aqui, completude, é dizer, ato cujo ciclo de formação se encerrou. Donde, a categoria ato jurídico perfeito não qualifica um ato jurídico como de validade incontestada ou como de efeitos esgotados, senão que impõe que sejam respeitados, durante o período em que se desenvolver a eficácia do ato jurídico, os pressupostos de validade do momento em que encerrou seu ciclo de formação. Trata-se, como se vê, da posituação da vetusta máxima *tempus regit actum*.⁸⁵

Portanto, a proteção ao ato jurídico perfeito implica o respeito aos pressupostos de validade que vigiam ao tempo de sua consumação. Trata-se, pois, de uma proteção complementar a do direito adquirido. Este “se preordena à salvaguarda da eficácia dos fatos jurídicos em geral, enquanto o ato jurídico perfeito destina-se à garantia dos pressupostos de validade dos atos jurídicos.”⁸⁶

Alguns doutrinadores⁸⁷ consideram que o dispositivo constitucional não precisaria mencionar a coisa julgada e o ato jurídico perfeito em seu âmbito de proteção, uma vez que a proteção ao direito adquirido seria objetivo principal desse comando constitucional, sendo “[...] o ato jurídico perfeito e a coisa julgada apenas são dois modos típicos – ainda que não únicos – de geração de direitos adquiridos.”⁸⁸

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre o direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação)*. In: Temas de direito constitucional. 2. ed. tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 58-59.

⁸⁵ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de direito administrativo n. 23. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.109.

⁸⁶ *Ibidem*, p.109.

⁸⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 504.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 154.

Não obstante, como bem observa Luís Roberto Barroso, é justificável a opção do constituinte ao mencionar os três institutos, na medida em que os conceitos de ato jurídico perfeito e de coisa julgada são mais tangíveis, facilitando a compreensão e aplicação prática dessa proteção constitucional.⁸⁹

Pelo exposto, é possível afirmar que o dispositivo do artigo 5º, inciso XXXVI, engloba regras constitucionais de proteção à estabilidade das relações jurídicas, regularmente constituídas por um ato jurídico perfeito ou por decisão judicial que se tornou imutável – coisa julgada – havendo uma proteção ampla para os direitos subjetivos que ingressarem no patrimônio de um particular, como decorrência de fatos idôneos, contra a atuação retroativa do Estado.

3.4 PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Tradicionalmente a análise do *princípio da segurança* jurídica era restrita a seu aspecto objetivo, tendo por base as hipóteses do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Ainda é comum a afirmação de que a *expectativa de direito* não estaria contemplada pela salvaguarda constitucional.⁹⁰ Todavia, as regras extraídas a partir desse comando constitucional – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – não são suficientes para a salvaguarda do ideal de segurança, sobretudo se considerada a dimensão subjetiva, consubstanciada pela proteção às expectativas legítimas.

Essa qualidade é extremamente relevante para o Estado, pois conforme salienta Valter Shuenquener de Araújo:

Reduzindo a hesitação nas relações sociais, a confiança atua como um mecanismo protetor hábil a evitar o caos e a desordem. Serve para conter a insegurança por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos. A confiança de uma pessoa na concretização das suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social. Ela vai viabilizar as relações sociais por meio de uma estabilidade que é

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 155.

⁹⁰ “É comum encontrarmos no pensamento jurídico mais tradicional, e hoje ainda reinante, a ideia de que ‘de modo geral, não é relevante a esperança de adquirir direito’ (FRANÇA, Ricardo Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994. p.67)”. (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção a confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 70.)

alcançada pela existência de expectativas recíprocas. Com ela, o passado se estende para o futuro e o potencial de modificação inesperada das relações sociais é reduzido, o que torna possível o convívio entre os seres humanos.⁹¹

Tal preocupação foi a inspiração para o surgimento da doutrina da *proteção da confiança legítima*, originada nos julgados da jurisprudência alemã e posteriormente incorporada, por influência desta, ao direito comunitário europeu.⁹² Patrícia Baptista destaca a importância desse tema no direito contemporâneo, tendo em vista “A ampliação do papel do Estado, em especial como provedor de bens e serviços, fez surgir uma relação de dependência do cidadão face ao aparelho estatal.”⁹³

Na doutrina alemã existem duas correntes principais que procuram justificar a existência do princípio: a *civilista* e a *constitucionalista*.⁹⁴

Os partidários do primeiro entendimento ressaltam a influência do reconhecimento da exigência de boa-fé objetiva no direito público.⁹⁵ A corrente constitucionalista refuta essa ideia, chamando atenção para o fato de que a proteção da confiança é mais ampla que a boa-fé objetiva. Enquanto esta se limita a proteção de relações jurídicas concretas, a proteção da confiança abrange tanto as relações concretas como as abstratas.⁹⁶

Parece assistir razão à corrente constitucionalista que situa a proteção da confiança como corolário dos princípios do Estado de Direito Estado de Direito e da Segurança jurídica.⁹⁷ Sobre a relação entre os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, Canotilho ensina que:

⁹¹ ARAÚJO, Valter Shuenquer de. *O princípio da proteção a confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 13.

⁹² COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

⁹³ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006. p. 14.

⁹⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquer de. Op. cit. p. 33.

⁹⁵ Ibidem, p. 33-34.

⁹⁶ Ibidem, p. 35-36.

⁹⁷ “[...] o fundamento que nos parece mais adequado seja aquele obtido através da cadeia de derivação Estado de Direito-Segurança jurídica-princípio da proteção da confiança”. (Ibidem, p. 57).

Esses dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se prende mais com as componente subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos públicos [...] Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis de perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial.⁹⁸

O reconhecimento dessa tutela da confiança implica a necessidade de uma nova leitura da segurança jurídica, o que na visão de Judith Martins-Costa representa a renovação do âmbito de normatividade do princípio da segurança jurídica.⁹⁹ É a partir dessa nova concepção que passa a se justificar a superação da *estrita legalidade*¹⁰⁰, tolerando-se a preservação dos efeitos de atos inválidos, ainda que reputados como nulos por violação a lei ou a constituição¹⁰¹.

O princípio da protecção da confiança confere uma protecção mais ampla que àquela relativa aos direitos adquiridos, na medida em que abrange direitos

[...]em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas conseqüências revelam-se chocantes.¹⁰²

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 257.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro Couto e Silva e a re-significação do princípios da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 124.

¹⁰⁰ Cf. *Ibidem*, p. 132-133.

¹⁰¹ COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Protecção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

¹⁰² MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima*. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.117.

Essa proteção foi recentemente positivada no ordenamento jurídico nacional por meio das Leis 9.784/1999 – que dispõe sobre processo administrativo no âmbito federal – 9.868/99 e 9.882/99 – relativas ao controle concentrado de constitucionalidade pela ação declaratória de constitucionalidade e inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente.¹⁰³

3.4.1 Reflexo no Direito Administrativo

O reconhecimento do princípio da proteção da confiança teve elevada influência na doutrina e jurisprudência nacionais, o que pode ser observado com clareza na seara do Direito Administrativo. Isto porque, de maneira geral, são os atos do Estado no exercício da função administrativa os que mais afetam as expectativas de particulares.¹⁰⁴

A questão pode ser ilustrada a partir do artigo 54 da Lei Federal 9.784/99, *in verbis*:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

O dispositivo estabelece um prazo decadencial para que a Administração Federal realize a anulação de seus atos quando deles decorrem efeitos favoráveis para particulares, ressalvada a hipótese de má-fé. A regra

¹⁰³ Conforme observado por Almiro Couto e Silva, os dispositivos legais se referem a segurança jurídica, mas “[...] a <<segurança jurídica>> é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre, <<proteção à confiança>>.” (COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.)

¹⁰⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquer de. *O princípio da proteção a confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 167.

configura uma ruptura da visão tradicional de nulidade dos *atos inválidos*, é dizer, de que os atos nulos o são desde o início, não podendo, por isso, produzir efeitos.

A origem dessa concepção equivocada reside na transposição acrítica das regras de nulidade do direito civil para o direito administrativo, sem a observância das nuances desse ramo do direito. Nesse sentido, Patrick Roberto Gasparetto ressalta que: “A falta de sistematização dos vícios dos atos administrativos e das respectivas consequências tem gerado incessantes disputas doutrinárias, especialmente no que se refere à aplicação dos preceitos do Código Civil.”¹⁰⁵

Almiro Couto e Silva adverte para tal problema ao mencionar que a teoria das nulidades do Direito Administrativo tem tomado rumos próprios nos países Europeus:

A diferença como os esquemas de pensamento tradicional está em que os atos administrativos nulos, na concepção atual, constituem um número extremamente diminuto de atos jurídicos, marcados por tão evidente, estridente, manifesto e grosseiro vício, que, no direito de alguns países, como a França e a Itália, são eles tidos como atos inexistentes.¹⁰⁶

A distinção do Direito Francês confere maior clareza para o tema. Para os atos teratológicos, cuja gravidade é tão evidente a ponto de não se reconhecer sua existência no sistema jurídico, não existe decadência, podendo sua inexistência ser declarada a qualquer tempo.¹⁰⁷ Frise-se, todavia, que não é a mera incompatibilidade com a Lei que qualifica o ato como inexistente. Essa classificação é caracterizada por circunstâncias excepcionais que somente são identificadas pelo aplicador no caso concreto. Conforme anota Almiro do Couto e Silva: “[...] os chamados atos administrativos inexistentes são excepcionalíssimos, sendo muito raramente utilizados recursos

¹⁰⁵ GASPARETTO, Patrick Roberto. *Premissas para uma teoria da invalidade dos atos administrativos*. Boletim de Direito Administrativo. Junho/2013. São Paulo: Editora NDJ. p. 625.

¹⁰⁶ COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

processuais tendentes a declaração de sua inexistência.”¹⁰⁸ A doutrina alemã chega a resultados semelhantes por meio da *teoria da evidência*, segundo a qual o princípio da proteção da confiança não poderá ser invocado quando o vício do ato administrativo for manifesto e grave¹⁰⁹.

Com raciocínio semelhante, Rafael Valim propõe uma ruptura com a visão tradicional da teoria da nulidades, sugerindo a separação dos planos da *existência, validade e eficácia*. Os dois últimos dependeriam do primeiro plano (existência), mas seriam independentes entre si, consignando que

a invalidade do ato administrativo não predica sua ineficácia, podendo este produzir regularmente os efeitos a que estava preordenado, se restritivo, deve a invalidação ser *ex tunc*, exonerando o particular das consequências onerosas do ato inválido. Se ampliativo, e o particular não participou da ilegalidade, apresentando-se de boa-fé, a invalidação deve ser *ex nunc*, de modo a assegurar ao particular as vantagens que auferiu do ato inválido.

Essa releitura da *teoria das nulidades* sob o prisma da *proteção da confiança* é extremamente importante, pois o entendimento assente na jurisprudência atual, máxime após as Leis 9.784/1999, 9.868/99 e 9.882/99, torna forçoso reconhecer que mesmo os atos ilegais e inconstitucionais podem produzir efeitos. De fato, é inegável que até a declaração de invalidade, milita uma presunção de legitimidade em favor desses atos, devendo ser protegida a expectativa legítima de particulares que confiaram em sua validade.

A questão também pode ser justificada sob a ótica da *teoria dos princípios*: A regra do artigo 54 corresponde ao resultado da ponderação prévia entre os princípios da legalidade e da proteção da confiança realizada pelo legislador. Por um lado, a *legalidade* é prestigiada pela possibilidade de anulação dos atos inválidos. Por outro, assegura-se a *proteção da confiança* contra atuação tardia da administração na supressão de atos que pelo decurso de tempo criaram expectativas legítimas de sua continuidade.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

Com a positivação dessa fórmula, evita-se que “[...] a controvérsia entre os valores morais que elas afastam ressurgja no momento de aplicação.”¹¹⁰ Nesse sentido, vale transcrever o posicionamento de Almiro do Couto e Silva:

Como não cabe ao intérprete ou ao aplicador do art. 54 efetuar qualquer <<ponderação>> entre princípios, pois, no caso essa ponderação já foi feita pelo legislador, não tem ele qualquer espaço para estabelecer soluções gradualistas, de maior ou menor intensidade, de maior ou menor extensão, ao reconhecer a decadência. É <<tudo ou nada>> ou a decadência se consumou e o ato administrativo se tornou inatingível por providência ulterior da Administração Pública, ou não se consumou, e o ato administrativo então pode ser anulado.¹¹¹ (grifo nosso)

Isso não significa, contudo, que para casos anteriores a Lei 9.784/99 ou ainda que nos Estados e Municípios que não possuam regra semelhante, o mesmo entendimento não possa ser aplicado. Na verdade, o que ocorre nessas hipóteses é que o *ônus argumentativo* do aplicador será maior, pois a ausência da regra demanda que a ponderação seja efetuada no caso concreto para justificar aplicação direta desse princípio.

3.4.2 Proteção da confiança e a modulação dos efeitos das decisões judiciais

O reconhecimento do aspecto subjetivo da segurança jurídica no direito brasileiro também teve grandes reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mormente após a edição da Leis 9.868/99 e 9.882/99.¹¹² De acordo com os artigos 27 da Lei da ADI e ADC e 11 da Lei da ADPF, positivou-se a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle concentrado por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, por decisão de dois terços de seus membros.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.117.

¹¹¹ COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

¹¹² Cumpre mencionar que existem duas Ação Diretas de Inconstitucionalidade em face desses diplomas normativos: As ADI nºs. 2.231, 2.258.

Sem embargo das críticas de parte da doutrina,¹¹³ esses dispositivos têm sido largamente utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, vale citar a decisão proferida na ADI 4029/AM na qual os efeitos da decisão foram modulados a fim de preservar as Medidas Provisórias irregularmente convertidas em Lei até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. **MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99)**. AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc.

9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que “o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011).

10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

¹¹³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882/99 de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, **postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.**¹¹⁴

Ressalte-se que mesmo antes desses diplomas legislativos já havia notícia de entendimento semelhante na jurisprudência do pretório.¹¹⁵ A justificativa para esse entendimento fica bem clara na lição de Teori Albino Zavascki:

Com efeito, não é nenhuma novidade, na rotina de juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegitimidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedora de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima.

Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes, sem culpa do interessado que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.¹¹⁶

Nesse sentido, parece assistir razão à Regina Maria Macedo Nery Ferrari, quando afirma que:

[...] a postura relativa a aceitar a nulidade *ab initio* da lei inconstitucional sempre foi decorrente de posicionamento jurisprudencial, não parece chocar o ser inconstitucional a previsão

¹¹⁴ ADI 4029/AM. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 08/03/2012. Publicado no DJe em: 26/06/2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4029%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4029%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a96kpra>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

¹¹⁵ “Nesse sentido, nota-se que *até mesmo antes da vigência das citadas leis* (Lei n. 9.868/98 e Lei n. 9.882/99), já se conhecia uma decisão paradigmática do STF, que, ao estabelecer diferença entre o plano da norma e o plano concreto para deste excluir como forma de proteção à segurança jurídica a possibilidade de anulação do ato normativo que lhe dá respaldo, afirmou “[...] retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade” (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009. p. 19.)

¹¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 49-50.

legal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.¹¹⁷

A solução adotada no Brasil é semelhante à do sistema constitucional português. A Constituição daquele país prevê no artigo 282.4 a possibilidade do Tribunal Constitucional restringir os efeitos retroativos da decisão, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público relevante.¹¹⁸

Ainda assim, poderia se indagar se a modulação dos efeitos pode ser aplicada para outras hipóteses não abrangidas pelos referidos diplomas legislativos, tal qual o controle difuso de constitucionalidade e as decisões de outros Tribunais Superiores.

Valorosa doutrina tem entendido que sim¹¹⁹. Aliás, já existem decisões como modulação dos efeitos em sede de controle difuso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

[...]

7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.

8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.¹²⁰ (grifo nosso)

¹¹⁷ FERRARI, Regina Macedo Nery. *O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade*. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 212.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.240.

¹¹⁹ Nesse sentido, entre outros: Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roque Antonio Carrazza, Nelson Nery Junior. Cf. (FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009)

¹²⁰ RE 197.917/SP. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento em: 06/06/2002. Publicado no DJ em: 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+197917%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/adf4rbr>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

A partir disso, Tércio Sampaio Ferraz Junior afirma que o mesmo princípio utilizado para justificação da norma contida nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 pode ser aplicado a outras situações regidas pelo mesmo princípio com base em uma *indução amplificadora*.¹²¹ No mesmo sentido, Roque Antônio Carrazza consigna que:

Sempre com apoio no *princípio da segurança jurídica*, estamos convencidos de que também no controle *difuso* de constitucionalidade, o STF detém aptidão para, na salvaguarda dos princípios constitucionais, máxime o da segurança jurídica, apontar a prospectividade, evitando, assim, a fulminante e por vezes formidável eficácia '*ex tunc*'.

[...]

A par disso, pensamos que também há espaço para a aplicação analógica (interpretação extensiva) do art. 27, da Lei n. 9.868/98, no âmbito dos demais Tribunais Superiores [STJ, TST, STM e TSE].¹²²

Pelo exposto, é inexorável o reconhecimento da tutela da confiança legítima pelo direito brasileiro. Daí que a visão dogmática segundo a qual a legalidade é bastante para justificativa da nulidade *ipso iure* de atos posteriormente invalidados não deve mais ser aceita. Os atos emanados pelo Poder Público, ainda que viciados em sua origem, têm o condão de produzir expectativas legítimas nos cidadãos, pelo que se justifica a manutenção de atos inválidos para tutela da confiança daqueles que de boa-fé confiaram na idoneidade do ato.¹²³

Vale repisar que a confiança, enquanto aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, também integra a concepção de Estado de Direito como valor essencial para sua manutenção. Como bem assina-la Judith Martins-Costa: “Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou

¹²¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009. p. 25.

¹²² CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la - questões conexas*. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009. p. 68.

¹²³ O princípio da proteção à confiança pode ter outras implicações além da preservação dos efeitos do ato, como a necessidade de se fixar regras de transição e a fixação de compensações patrimoniais para aqueles que confiando no Estado sofreram perdas pela mudança repentina de programas do Estado. Para uma visão ampla do princípio ver: ARAUJO, Valter Shuenquer de. *O princípio da proteção a confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

que não viabilize, por seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança.”¹²⁴

¹²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro couto e silva e a re-significação do princípios da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 145.)

4 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A *coisa julgada* corresponde a um dos principais corolários do *princípio da segurança jurídica*. Trata-se do instituto que última a ideia de *estabilidade* nas relações jurídicas, uma vez que é a partir do seu reconhecimento que a matéria, até então controvertida, é pacificada, não podendo mais ser objeto de discussão posterior. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

A coisa julgada material é muito mais do que uma situação jurídica já consolidada – ela é, em si, a máxima expressão da consolidação de uma situação jurídica. Ou, de forma precisa, a coisa julgada, mais do que uma situação jurídica consolidada, é a *qualidade que torna uma situação jurídica irretorquivelmente consolidada*.¹²⁵

Mesmo sem desconhecer a importância do instituto, diversos processualistas passaram a questionar esse *status* de definitividade atribuído para as decisões judiciais, sobretudo quando confrontado com outros valores constitucionais que entendem ser de igual ou superior estatura. Trata-se do movimento doutrinário que defende a *teoria de relativização* da coisa julgada.

No presente capítulo serão analisados os principais fundamentos invocados pelos defensores dessa teoria, tendo por parâmetro as premissas teóricas fixadas nesse trabalho, isto é, a teoria dos princípios como base argumentativa e a nova significação da segurança jurídica enquanto princípio subjacente à regra da coisa julgada.

4.1 SIGNIFICADO DA REGRA DA COISA JULGADA

O primeiro aspecto que chama atenção nas teorias que advogam a flexibilização da coisa julgada é a impropriedade da categorização desse instituto no âmbito da teoria das normas. Conforme já se afirmou alhures, a questão não é meramente terminológica, posto que a partir da denominação equivocada passam a ser agregadas à norma características atribuíveis a outra espécie normativa. Vale dizer, ao se chamar uma regra de princípio, flexibiliza-

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p 166-167.

se uma norma que o *poder constituinte originário* – no caso da coisa julgada – optou por tornar mais rígida.

Ao instituir a coisa julgada o legislador constituinte prescreveu um comportamento descritivo, isto é, uma *norma-do-que-fazer* (*ought-to-do-norms*)¹²⁶ com vistas à segurança jurídica que lhe é sobrejacente. Trata-se, por conseguinte, de uma regra, e não princípio, isto é, uma norma que por sua natureza é incompatível com a ideia de flexibilização. Como bem pontua Humberto Ávila:

[...] pode-se afirmar que **aquilo que caracteriza as regras é precisamente o seu grau de rigidez**, indicativo de um comportamento ou de um âmbito de poder, que não pode ceder senão diante da excepcionalidade da situação e mediante o preenchimento de requisitos formais e materiais. P. 55

Veja-se que ainda que fosse utilizada a distinção qualitativa de Dworkin e Alexy, a coisa julgada não seria enquadrada como princípio, pois não se trata de uma norma que deve ser aplicada na maior medida do possível, e sim na exata medida do que foi prescrito na Constituição, como dever definitivo.

Após situar o instituto no âmbito da teoria dos princípios é necessário precisar seu alcance e significado no ordenamento nacional, notadamente no âmbito do Processo Civil que alberga a teoria aqui debatida.

Na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (antiga LICC) a coisa julgada é definida como a *decisão judicial* insuscetível de recurso. No Processo Civil é dividida em dois aspectos, formal e material, como duas formas de manifestação da imutabilidade das decisões judiciais.¹²⁷ Diz-se formal a coisa julgada quando a decisão não decide o mérito do conflito, ficando a imutabilidade restrita ao processo em que foi proferida, pela imunização do processo em que foi proferida. A coisa julgada é material quando a decisão definitiva resolve o mérito da matéria discutida. Nesse último caso, a decisão também não poderá ser discutida em outro processo, significando que está imunizada tanto externa quanto internamente. Para o escopo dessa monografia é esse o aspecto a ser analisado.

¹²⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 79.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

Fredie Didier menciona três correntes doutrinárias para definir a natureza da coisa julgada: A primeira, de influência alemã, entende que apenas a declaração contida na decisão seria imutável;¹²⁸ a segunda, que toma por base os ensinamentos de Liebman, entende que coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da decisão, isto é, a imutabilidade dos efeitos substanciais dessa decisão;¹²⁹ a terceira corrente define a coisa julgada como *situação jurídica* que torna imutável o conteúdo da decisão.¹³⁰

Mesmo sem adentrar no mérito do debate sobre qual das três é a mais adequada, é possível extrair um elemento comum a todas as definições: a *imutabilidade*. Indubitavelmente esta é a principal característica do instituto que confere a definitividade à decisão judicial, seja em seu conteúdo declaratório, seja como qualidade dos efeitos, ou ainda como situação jurídica do seu conteúdo. Em suma, é a aptidão de tornar definitivo o provimento jurisdicional.

Do que se expôs até aqui, já se verificam dois equívocos flagrantes da teoria da relativização da coisa julgada: i. a coisa julgada corresponde a uma regra, não podendo ser relativizada como se princípio fosse; ii. a imutabilidade da coisa julgada não é um mito,¹³¹ e sim um elemento essencial do instituto.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DAS PREMISSAS PARA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O fundamento principal da teoria da relativização da coisa julgada centra-se na ideia de que a imutabilidade da decisão deve ceder quando estiver em confronto com o valor da justiça das decisões. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “[...] não é legítimo eternizar injustiças a pretexto

¹²⁸ DIDIER JR. Fredie. BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 556.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

¹³⁰ DIDIER JR. Fredie. BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 559.

¹³¹ Por todos, vale citar a afirmação de Carlos Valder do Nascimento: “O mito da intangibilidade da coisa julgada e a ausência de um instrumento para enfrenta-la, uma vez caracterizada a sua nulidade, decorrente de sentença institucional, possibilitaram o desenvolvimento de alguns trabalhos, avertando a possibilidade de se recorrer a uma ação autônoma de impugnação da *res judicata* construída em desacordo com os comandos constitucionais.” (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.)

de evitar a eternização de incertezas.”¹³² A partir disso, surgem diversos argumentos para amesquinhar a importância do instituto.

Talvez o principal deles esteja na afirmação de que a coisa julgada, conquanto prevista na Constituição Federal, não possui natureza constitucional. Nesse diapasão, Carlos Valder Nascimento assevera que: “Sendo a coisa julgada de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infraconstitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da constituição.”¹³³ No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior entende que a regra do artigo 5º não engloba a noção de *intangibilidade*. Para o doutrinador:

Daí que a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.

José Augusto Delgado chega a defender a validade de se alterar o instituto da coisa julgada “[...] ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até sua supressão em alguns outros casos.”¹³⁴

Também é comum nessas doutrinas que a relativização da coisa julgada seja justificada com base numa ponderação abstrata que defende a existência de uma hierarquia entre os valores constitucionais. Afirma-se que “Os princípios da moralidade, justiça e de equidade devem ser realçados como apanágio de uma sociedade civilizada, de modo a revelar seu degrau de superioridade com os demais que povoam o universo jurídico.”¹³⁵ ou ainda que “Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor da segurança jurídica.”¹³⁶

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

¹³³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 13.

¹³⁴ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 43.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

Diante disso, tem-se que a fundamentação da teoria pode ser reconduzida a quatro premissas principais: i. *A imutabilidade das decisões deve ceder para prestigiar a justiça*; ii. *A regra da coisa julgada é de natureza infraconstitucional*, sendo a artigo 5º, inciso XXXVI, uma mera limitação ao legislador infraconstitucional; iii. *O valor da segurança não deve prevalecer quando confrontado com valores hierarquicamente superiores, como a moralidade, a legalidade e a justiça*.

Sem embargo da valiosa contribuição desses estudos para compreensão da coisa julgada, verifica-se a argumentação da teoria se assenta em premissas que estão em total descompasso com os cânones de interpretação constitucional e segue na contramão evolução doutrinária acerca do princípio da segurança jurídica, senão vejamos:

A primeira premissa peca pela vagueza. Isto porque, não há como precisar de modo genérico o que vem a ser uma sentença injusta. Como bem questiona Ovídio Baptista da Silva: “Afiml, que sentença não poderia ser acusada de ‘injusta’; e qual a injustiça que não poderia ser tida como ‘grave’ ou ‘séria’?”¹³⁷.

Na verdade as situações de injustiça ‘gritante’ utilizadas pelos defensores da relativização da coisa julgada são excepcionalíssimas, como é reconhecido pelo próprio Dinamarco:

Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de **que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto** é a ocorrência desses graves inconvenientes.¹³⁸ (grifo nosso)

Assim sendo, temos que o ideal de *justiça* não justifica a relativização da coisa julgada em termos genéricos, conforme é proposto por seus defensores. A derrotabilidade ou superação da regra da coisa julgada somente será aceitável em hipóteses excepcionalíssimas.

¹³⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa julgada relativa? Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podium, 2008. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20formatado.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

Neste diapasão, vale lembrar que a coisa julgada corresponde a uma regra que não deve ser objeto de ponderação em abstrato, já realizada pelo legislador.¹³⁹ Eventual superação somente deve ocorrer em: “[...] situações de ruptura, em que a aplicação da regra cria uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional.”¹⁴⁰

Veja-se que essa conclusão está plena conformidade com a visão atual da *teoria da norma jurídica*, segundo a qual a previsão da regra pode ser excepcionada em circunstâncias especiais. Isso, todavia, não autoriza uma relativização em termos genéricos que venha a esvaziar o conteúdo da norma. Com efeito: “Situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais [...] Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda.”¹⁴¹

O equívoco da segunda premissa é muito mais grave. Não se pode conceber que conteúdo da coisa julgada tenha natureza infraconstitucional e tampouco que sua imutabilidade pode ser afastada por estar prevista por diplomas infraconstitucionais.

Conforme se demonstrou no tópico precedente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a natureza constitucional das regras pertinentes ao Direito Intemporal, a despeito de estarem disciplinadas pela legislação ordinária. Por outro lado, a imutabilidade é uma característica essencial do instituto da coisa julgada, ao ponto de se confundir com seu próprio conceito. Como bem pontua Luiz Guilherme Marinoni:

A imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além de garantia do cidadão à estabilidade da

¹³⁹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

¹⁴¹ DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 588.

tutela jurisdicional, corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção à confiança¹⁴².

Ademais, pretender que o instituto da coisa julgada previsto na constituição seja interpretado segundo as normas infraconstitucionais, ou pior, que seu significado possa ser reduzido e suprimido em alguns casos vai de encontro com os cânones que informam a nova hermenêutica constitucional.¹⁴³

Com efeito, uma vez reconhecida a *força normativa da constituição* é imperioso que na operação hermenêutica dê-se preferência a pontos de vista que promovam a maior eficácia para das normas constitucionais.¹⁴⁴ Disso decorre a ideia de *máxima efetividade* das normas constitucionais que, na visão de Gilmar Mendes,

[...] veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, **sobretudo em sede de direitos fundamentais**, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.¹⁴⁵ (grifo nosso)

É justamente o caso da coisa julgada inserida entre os direitos fundamentais da pessoa humana do artigo 5º da Constituição Federal¹⁴⁶.

Finalmente, não há qualquer base teórica para a hierarquização de valores constitucionais. Na verdade, hoje é assente na doutrina constitucionalista o entendimento segundo o qual inexiste hierarquia entre os bens ou valores protegidos na Constituição,¹⁴⁷ de modo que suas normas

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p 34.

¹⁴³ Embora esses *princípios de interpretação* sejam utilizados largamente pela doutrina majoritária e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cumpre registrar a existência de críticas contra a utilização dogmática dos mesmo pela doutrina nacional. Sobre o assunto ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 118.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade*. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 176/177

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 115.

devem ser interpretadas como parte de um todo harmônico, isto é, parte de um sistema unitário dentro da ideia de *unidade da constituição*.

Portanto, é apenas diante do caso concreto que os valores em conflito podem ser efetivamente sopesados, não havendo como conceber uma hierarquia prévia aplicável para toda e qualquer situação, pois é apenas no momento da aplicação que descobre o real dimensionamento da norma jurídica e seu *peso* para o caso concreto.

Há ainda que se atentar para a nova significação da segurança jurídica, máxime a partir da positivação de seu aspecto subjetivo – a *proteção da confiança*. Com efeito, é hoje pacífico na jurisprudência nacional a possibilidade de se manterem como válidos atos administrativo ou legislativos ilegais ou até mesmo inconstitucionais, o que faz cair por terra a suposta inferioridade desse princípio em relação a outros, como a Legalidade.

Pelo exposto, não é possível se conformar com a ideia generalista de relativização da coisa julgada, tendo por base uma ponderação abstrata de valores. A coisa julgada corresponde a uma regra que o Poder Constituinte originário julgou imprescindível para a *certeza e estabilidade do Direito*. Não é possível, pois, justificar a sua flexibilização a partir da teorização que parte de hipóteses absurdas¹⁴⁸ ou de falhas excepcionais.¹⁴⁹

4.3 AÇÃO RESCISÓRIA E O STATUS CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

Demonstrada a natureza constitucional da coisa julgada, poderia ser questionada a constitucionalidade da ação rescisória inserida pela legislação ordinária, segundo a qual se autoriza a rediscussão de uma decisão judicial após o trânsito e julgado. Para melhor analisar a questão vale transcrever o dispositivo legal:

¹⁴⁸ Com a devida vênia, esse parece ser caso da exemplificação deduzida pelo Ministro José Delgado. Cf. DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Coisa julgada inconstitucional. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 56-59.

¹⁴⁹ DIDIER JR. Fredie. BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p 288.

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Pela leitura do dispositivo, verifica-se a enumeração de situações excepcionais que maculam a decisão judicial proferida, como uma postura criminosa do prolator (inciso I), seu impedimento ou incompetência (inciso II), a existência de dolo ou conluio com intuito fraudulento (inciso III), entre outras hipóteses.

Situando a questão segundo a teoria das normas é possível afirmar que na ponderação dos valores em conflito pelos vícios descritos na norma, o legislador optou por um regime mais rigoroso para formação da coisa julgada. São casos nos quais a decisão só se torna imutável após o transcurso do prazo de dois anos. A estipulação desse limite temporal para propositura corresponde à fórmula adotada pelo legislador para harmonizar os valores em conflito. Por um lado, permite a desconstituição de julgados em casos patológicos, prestigiando os princípios da moralidade, justiça e legalidade. Por outro, inseriu um prazo limite, promovendo a convivência harmônica dos valores finalísticos

almejados com esses princípios e a estabilidade exigida pelo princípio segurança jurídica.

Veja-se que a estipulação legal de hipóteses não elimina a *previsibilidade* e tampouco a *estabilidade* almejados com fulcro no *princípio da segurança jurídica*, uma vez que há *previsibilidade* pela positivação de um rol taxativo – *numerus clausus*¹⁵⁰ – de hipóteses nas quais a coisa julgada não se formará ou que poderá ser desconstituída mesmo após o exaurimento da via recursal – e se permite a *estabilidade* com a limitação temporal de dois anos.

Daí o porquê de não se cogitar a inconstitucionalidade da previsão de ação rescisória em legislação infraconstitucional. Na verdade, a rescisória foi o instrumento encontrado para permitir o controle de decisões viciadas, cujo vício não foi retificado pelo sistema recursal.

Portanto, antes de confirmar a *teoria da relativização da coisa julgada*, a ação rescisória demonstra que o caminho adotado por seus defensores é equivocado. Neste aspecto, parece assistir razão aos processualistas¹⁵¹ que refutam revisão atípica de julgados definitivos, defendendo a revisão das hipóteses de ação rescisória por alteração legislativa. Com efeito, a positivação dessas situações excepcionais diminui o ônus argumentativo do interprete, posto que a ponderação é realizada previamente pelo próprio legislador.

As críticas aqui deduzidas não significam que a regra constitucional seja insuperável em todas as situações. O que se procurou demonstrar foi a inconsistência das principais premissas da *teoria da relativização da coisa julgada* as quais, em última análise, representam a falência do instituto, pois não há como se defender a imutabilidade de uma decisão que possa a qualquer tempo ser contestada com fundamento em ponderações abstratas e critérios subjetivos do aplicador.

¹⁵⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. .p. 778.

¹⁵¹ São partidários desse entendimento: Fredie Didier Jr; Paula Sarno Braga; Rafael Oliveira; Luiz Guilherme Marinoni; Olívio Baptista e Nelson Nery Jr. Cf. DIDIER JR. Fredie. BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p.588.

5 COISA JULGADA E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No capítulo precedente, procedeu-se a uma análise crítica dos principais argumentos em prol da relativização atípica da coisa julgada. Resta agora analisar uma hipótese legal extremamente controversa no âmbito doutrinário. Trata-se da previsão contida nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, os quais preveem a inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou que esteja fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas como incompatíveis com a Constituição Federal por esse órgão.

Diante do escopo desta monografia, não serão abortados os problemas práticos derivados da tormentosa redação do dispositivo,¹⁵² pois, mais que decifrá-lo, importa verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente com o controle difuso de constitucionalidade e com a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo.

Preliminarmente, impede fixar como ponto de partida que a declaração de inconstitucionalidade se refere à Lei ou ato normativo, e não a decisão judicial propriamente dita. Assim, os efeitos *ex tunc* dessa decisão dizem respeito tão somente ao ato legislativo.¹⁵³ Daí o porquê de não se admitir a desconstituição da coisa julgada como mera consequência lógica da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o que será analisado nos tópicos seguintes é a possibilidade de se invalidar um juízo prévio definitivo em sede de execução judicial, tendo por base uma declaração de inconstitucionalidade posterior.

5.1 DECLARAÇÃO DE POTERIOR DE INCONSTITUCIONALIDADE E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Para analisar a compatibilidade da previsão legal contida nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, com o sistema de controle de

¹⁵² Sobre o assunto ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 25.

constitucionalidade brasileiro, é interessante se traçar um paralelo com outros países. Neste intento, serão utilizados os sistemas alemão, de controle concentrado, e português, de controle difuso.

A Constituição Federal Alemã, como já se afirmou alhures, não contempla regra expressa acerca do princípio da segurança jurídica e tampouco de proteção da coisa julgada. No entanto, a segurança jurídica é reconhecida pela jurisprudência da corte constitucional tedesca como decorrência do princípio do Estado de Direito. Apesar disso, inseriu-se na Lei do Tribunal Constitucional uma regra para disciplinar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre decisões judiciais que se tornaram imutáveis. Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Diferentemente da legislação brasileira, o §79 da *BVerfGG* foi inspirado no temor de que se desse a uma declaração de inconstitucionalidade um efeito que destruísse a coisa julgada”.

Friedrich Müller esclarece o conteúdo dessa previsão legal:

Ocorre que o § 79 regulamentou matérias especialmente relevantes: contra sentenças penais que se baseiam em uma norma posteriormente declarada inconstitucional ou nula cabe a retomada de um processo. **Mas decisões não mais impugnáveis nas outras áreas do direito remanescem “intocadas”; por conseguinte, não mais podem ser eliminadas. Se a partir delas ainda não tiver sido efetuado o procedimento da execução – e.g. no Direito Civil -, isso não poderá mais ocorrer a partir de agora. E caso no passado já tenha sido realizada uma execução a partir delas, essa prestação [Leistung] não mais poderá ser cobrada de volta, “pretensões resultantes de enriquecimento ilícito [...] estão excluídas” (§ 79 II 4).**¹⁵⁴ (grifo nosso)

Extraí-se disso que no ordenamento alemão apenas as sentenças penais baseadas em norma posteriormente declarada nula ou inconstitucional podem vir a ser afetadas por declaração de inconstitucionalidade superveniente. Para as demais matérias decididas em definitivo, o entendimento é que a nova decisão não poderá desconstituir execuções já efetuadas. Todavia, a decisão de inconstitucionalidade superveniente poderá

¹⁵⁴ MULLER, Friedrich. *O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais de inconstitucionalidade de leis no direito alemão (conferência)*. Rio de Janeiro. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

servir como fundamento para se opor a execução ainda não efetuada. Segundo Friedrich Müller:

O § 79 precisava solucionar o conflito entre a justiça no caso individual e a segurança jurídica objetiva [...] A corte extraiu até do § 79 um “princípio jurídico universal”, no sentido de “que **uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas**, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado.¹⁵⁵ (grifo nosso)

Neste ponto, é imperioso que se atente para uma peculiaridade do sistema alemão, no qual vige o controle concentrado de constitucionalidade, isto é: *a impossibilidade de questões constitucionais serem apreciadas pelo juízo ordinário*. Na verdade, deparando-se com matérias que envolvem o controle de constitucionalidade, o juiz deve suspender o processo e remetê-lo para apreciação do Tribunal Constitucional Alemão.

Assim, existe fundamento para se obstar a continuidade da execução fundada em parâmetro declarado inconstitucional, pois há um vício na decisão do juiz que aplicou uma lei inconstitucional ao invés de submetê-la ao Tribunal Constitucional. Ressalte-se que, ainda assim, prestigiou-se a segurança jurídica ao se assegurar a estabilidade de situações já consolidadas.

Neste ponto, já se nota uma diferença crucial com o sistema brasileiro, posto que a Constituição Federal pátria admite expressamente o controle de constitucionalidade pelos juízes ordinários e demais tribunais (artigos 102, inciso III e 97). Destarte, não há irregularidade do exercício jurisdicional, ainda que o fundamento da decisão seja posteriormente declarado inconstitucional, máxime diante da possibilidade dessas decisões serem apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal pela via do *recurso extraordinário*.

No sistema português, que também adota o controle difuso, a Constituição estabelece o seguinte em seu artigo 282.3

“Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal,

¹⁵⁵ MULLER, Friedrich. *O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais de inconstitucionalidade de leis no direito alemão (conferência)*. Rio de Janeiro. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.”¹⁵⁶ (grifo nosso)

Comentando essa disposição, Canotilho assevera que:

Quando a Constituição (art.282º/3) estabelece a **ressalva dos casos julgados** isso significa a *impertubabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *revisíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*.¹⁵⁷ (grifos no original)

Do excerto, é possível afirmar que no sistema português os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade não afetam a coisa julgada, excepcionados os casos relativos à matéria penal e disciplinar. Segundo Jorge Miranda, essa regra assegura a autoridade dos Tribunais como órgãos de soberania e a exigência de segurança jurídica.¹⁵⁸

Salienta-se que o Tribunal Constitucional Espanhol adota solução semelhante:

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, no artigo 40, I, determinou: ‘As sentenças declaratórias de inconstitucionalidade (sentenças estimatórias) de Leis, disposições ou atos com força de Lei não permitirão revisar processos transitado em julgado mediante sentença com força de coisa julgada as quais tenham sido embasados em aplicação de Leis, disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso de processos que tratem de matéria penal ou de contencioso administrativo referente a um procedimento sancionador em que, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução de pena ou da sanção, ou uma exclusão, inserção ou limitação da responsabilidade’¹⁵⁹

Essa visão de direito comparado evidencia o equívoco dos dispositivos inseridos na legislação brasileira permitindo a impugnação ou embargos de

¹⁵⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art289>>. Acesso em: 01 mai. 2013.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1014.

¹⁵⁸ Cf. FERRARI, Regina Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p 247.

¹⁵⁹ Ibidem. p 246.

execução com fundamento na declaração de inconstitucionalidade superveniente. Ao que parece, o fundamento dessa previsão esta na ideia de que as Leis inconstitucionais são nulas desde sua gênese e, diante disso, não teriam condições para produzir efeitos.

Conforme já foi demonstrado nos capítulos precedentes, esta visão está ultrapassada. Com efeito, mesmo no sistema alemão no qual a proteção a coisa julgada é prevista em Lei infraconstitucional são reconhecidos os efeitos da Lei declarada inconstitucional em homenagem a segurança jurídica. A inexigibilidade do título judicial fundado em lei inconstitucional justifica-se, naquele sistema, pelo vício da própria decisão judicial a qual deixou de submeter questão constitucional para o Tribunal Constitucional.

Reconhecer o mesmo no Brasil é subtrair a competência dos juízes ordinários e demais tribunais para conhecer de questões constitucionais, o que representaria o sepultamento do controle difuso de constitucionalidade no Brasil. De fato, afirmar que a decisão de controle difuso pode ser revista a qualquer tempo, pela superveniência de decisão contrária do Supremo Tribunal Federal, é transformá-la mera opinião sobre assunto, pois não terá o condão de se tornar imutável.¹⁶⁰

Lembra-se que a aplicação dos dispositivos aqui debatidos poderia justificar até mesmo a oposição a uma decisão judicial do próprio Supremo Tribunal Federal, no caso da decisão em controle concentrado posterior ser diferente da anteriormente proferida pelo mesmo tribunal em sede de controle difuso. Além disso, conquanto se reconheça no Supremo a figura do guardião da Constituição, isso não significa que a decisão por ele proferida no controle abstrato, ou concreto de outro caso, pode se sobrepor a decisão proferida no caso particular. Vale lembrar que a inconstitucionalidade do dispositivo legal não equivale à inconstitucionalidade de todas as normas que se extraem de sua interpretação.

Tendo em vista a possibilidade de *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* e de *interpretação conforme à constituição*, diuturnamente utilizadas nos julgamentos do Supremo, é forçoso reconhecer que um mesmo

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

dispositivo pode comportar mais de uma interpretação, sendo algumas inconstitucionais e outras constitucionais. Por conseguinte, pode ocorrer de uma solução interpretativa adotada no controle difuso estar em conformidade com a Constituição e, ainda assim, a Lei ser declarada inconstitucional se o Supremo não vislumbrar essa solução em sede de controle abstrato. Nessa situação, a norma jurídica do caso concreto seria constitucional a despeito da Lei que lhe serviu de fundamento ter sido declarada inconstitucional.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o reconhecimento do aspecto subjetivo do *princípio da segurança jurídica* mitigou a visão tradicional acerca da nulidade de atos inconstitucionais. De fato, o princípio da *proteção da confiança* foi reconhecido e positivado pelo ordenamento nacional, permitindo a permanência de atos inválidos nas hipóteses em que a supressão causa prejuízos a particulares de boa fé. Ora se a segurança jurídica justifica a manutenção de situações irregulares não canceladas pelo judiciário, com maior razão devem ser mantidas àquelas que se tornaram imutáveis por decisão judicial. Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni:

“Na verdade, **a coisa julgada material é um verdadeiro signo da tutela confiança do cidadão nos atos estatais**. É, por assim dizer, um concreto ‘exemplo’ de proteção da confiança legitimamente depositada pelo cidadão nos atos de poder”¹⁶¹ (grifo nosso)

Pelo exposto, fica claro que o Brasil deve adotar sistemática igual ou semelhante àquela positivada pelo direito português, sob pena esvaziar o sentido do controle difuso amparado na Constituição Federal Brasileira. A incompatibilidade dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, com o controle difuso por certo evidencia a inconstitucionalidade material dessas previsões.¹⁶²

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

¹⁶² Ressalte-se que a ausência previsão semelhante à portuguesa na Constituição Federal brasileira não impede que se chegue a esta conclusão: “Em Portugal, João Calvão da Silva adverte que, mesmo que a Constituição portuguesa não protegesse a coisa julgada material, ‘igual resultado seria atingido através do recurso às regras gerais do caso julgado e a sua razão de ser’. Isto porque, como observa o jurista, ‘o respeito expresso pelo caso julgado na Constituição’ portuguesa é ‘conforme aos princípios gerais’(João Calvão da Silva, Estudos de direito civil e processo civil, cit., p. 212)” (Ibidem, p. 68-69.)

6 COISA JULGADA E DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

A coisa julgada é uma regra constitucional que prescreve um comportamento descritivo para a promoção do princípio da segurança jurídica que lhe é sobrejacente. Dessa forma, não é justificável a ponderação em abstrato que fundada em critérios subjetivos almeja justificar a modificação de decisões judiciais definitivas.

No entanto, há situações em que as particularidades do caso concreto recomendam que o comando normativo seja excepcionado. Em que a aplicação de regra, considerada válida em geral, se mostra inconstitucional em face de peculiaridades desse caso específico,¹⁶³ seja porque a realização do comportamento descritivo não conduz a realização da finalidade que lhe inspira, seja porque as razões que conflitam com essa finalidade prevaleçam na ponderação concreta da circunstância apresentada.

Trata-se de exceções à regra que não poderiam ser antecipadas, e quando ocorrem, justificam a não aplicação ou derrotabilidade da norma,¹⁶⁴ sem invalidá-la. Vale dizer: a norma apenas deixa de ser aplicada em função da excepcionalidade do caso concreto. Para dar maior clareza para matéria, Fernando Andreoni Vasconcello trabalha a questão com termos processuais aduzindo que

“[...] pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma ‘*prima facie*’ derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista a *priori* a partir da literalidade textual”¹⁶⁵

Fernando Andreoni Vasconcellos afirma que “[...] as normas jurídicas não serão sempre *derrotadas*, mas podem ser, ao menos em tese *derrotáveis*”¹⁶⁶ uma vez que se reconhece “a falibilidade de todas as normas jurídicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as

¹⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.

¹⁶⁴ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2009. p. 48.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.51.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 72.

normas, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis.”¹⁶⁷

O reconhecimento da falibilidade das normas jurídicas permite duas conclusões relevantes para os fins a que se propôs esse estudo: i. Assiste razão aos defensores da teoria da relativização da coisa julgada, quando afirmam que a coisa julgada não é absoluta. Contudo, não é por se tratar de um princípio, como propalado por seus defensores, mas porque as regras jurídicas também podem ser ponderadas em concreto e, excepcionalmente, derrotadas;¹⁶⁸ ii. A justificativa para a superação da coisa julgada não decorre da imutabilidade ou de outra característica que lhe seja inerente, e sim das particularidades que, no caso concreto, recomendam que a regra não seja aplicada.

A questão pode ser visualizada com maior clareza a partir de um exemplo concreto. Para tal mister, será analisado um emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal no qual se admitiu a superação da regra da coisa julgada em ações judiciais de investigação de paternidade em prol do direito fundamental ao descobrimento da identidade genética.

6.1 DERROTABILIDADE DA COISA JULGADA E O EXAME DE DNA

A inovação tecnológica caracterizada pelo surgimento do exame de DNA pôs em cheque a imutabilidade de decisões anteriores nos processos de investigação de paternidade, notadamente naqueles em que o processo foi julgado improcedente por insuficiência de provas. Isto porque, trata-se de um novo mecanismo de prova o qual permite a comprovação da paternidade biológica com elevadíssimo grau de probabilidade. Segundo os estudiosos do tema, o exame apresenta 98,99% (noventa e oito vírgula noventa e nove por cento) de chance de acertar o resultado.¹⁶⁹

¹⁶⁷ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2009. p. 72.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Et. Seq.

¹⁶⁹ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 109.

Em vista da possibilidade de se identificar a vinculação genética com tamanha precisão, a *imutabilidade* da decisão judicial em processos de investigação julgados improcedentes por insuficiência de provas passou a figurar como um obstáculo para obtenção da identidade biológica, reconhecido como direito fundamental pela jurisprudência da corte constitucional brasileira.¹⁷⁰

Trata-se claramente de um caso difícil – *hard case* – em vista do conflito concreto entre dois direitos fundamentais. Nesse quadro, torna-se necessária a investigação da razão finalística que justifica a regra da coisa julgada, uma vez que a invocação de seu comando descritivo não é suficiente tem o condão de justificar, per si, a solução para este caso específico.

A questão foi objeto de intenso debate nas searas doutrinária e jurisprudencial. No Superior Tribunal de Justiça, houve linhas jurisprudências tanto no sentido de superar o óbice da coisa julgada,¹⁷¹ como no de privilegiá-la com fundamento na proteção da segurança jurídica.¹⁷² Em 2008 a Segunda Seção pacificou o entendimento da corte no sentido de prestigiar a manutenção da coisa julgada ainda que diante da possibilidade de se realizar o exame de DNA:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido.¹⁷³

Recentemente, um caso paradigmático foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal pelo Recurso Extraordinário nº 363.889, Relatado

¹⁷⁰ Cf. RE 248.869/SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento em: 07/08/2003. Publicado no DJ em: 12/03/2004.

¹⁷¹ Cf. REsp 226.436/PR. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 28/06/2001. Publicado no DJ 04/02/2002. e REsp 826.698/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 06/05/2008. Publicado no DJe em: 23/05/2008.

¹⁷² Cf. REsp 107.248/GO. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em: 07/05/1998. Publicado no DJ 29/06/1998.

¹⁷³ REsp 706.987/SP. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator para Acórdão Ministro Ari Pargendler. Julgamento em: 14/05/2008. Publicado no DJe em: 10/10/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=706987&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 01 jun. 2013

pelo Ministro Dias Toffoli. Para enfatizar as peculiaridades do caso, o Ministro Luiz Fuz delimitou a matéria nos seguintes termos:

(i) a possibilidade de afastamento de coisa julgada material (ii) formada a respeito de relação de filiação (iii) diante da superveniência de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica, meio este dotado de altíssimo grau de confiabilidade e capaz, justamente por isso, de reverter, por si só, a conclusão do julgamento anterior, e (iv) cuja realização não se mostrara possível por conta da deficiência do regime da assistência jurídica aos hipossuficientes.¹⁷⁴

Essa delimitação é extremamente relevante, na medida em que evidencia que o fundamento para decisão não foi a *relativização generalizada da coisa julgada* ou seu rebaixamento na hierarquia das normas. Pelo contrário, no voto de todos os ministros verifica-se uma grande preocupação em ressaltar a importância da coisa julgada enquanto regra constitucional que integra a própria noção de dignidade de pessoa humana:

Com efeito, **no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana reside a possibilidade de que cada indivíduo, dotado de igual consideração e respeito por parte da comunidade em que se insere, formule e ponha em prática seu plano ideal de vida, traçando os rumos que entende mais afeitos ao livre desenvolvimento de sua personalidade. O projeto individual de futuro, no entanto, deve partir, para concretizarse, de premissas dotadas de confiabilidade, cuja higidez não seja colocada em xeque a cada novo momento.** E é justamente sobre essas premissas que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, coloca o manto da inalterabilidade, protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada material das incertezas que as mudanças do futuro poderiam ocasionar.¹⁷⁵ (grifo nosso)

Inobstante essa constatação, a maioria dos ministros¹⁷⁶ entendeu que o óbice da coisa julgada poderia ser superado frente às particularidades do caso submetido para julgamento.

A uma, pela natureza do direito material, isto é, por se considerar a busca da identidade genética como um direito da personalidade. Neste aspecto, foi ressaltado no voto vencedor do Ministro Dias Toffoli que “[...] o

¹⁷⁴ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 85.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 88-89.

¹⁷⁶ Os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso mostraram-se contrários a superação da coisa julgada nesse caso. Cf. Ibidem, p. 148-158.

reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, imprescritibilidade essa, de resto, que já era reconhecida por esta Suprema Corte há muito tempo.”¹⁷⁷ Por se tratar de uma ação de estado, o Ministro Ricardo Lewandowski assinalou que deveria prevalecer “a verdade real, e não a verdade ficta ou processual.”¹⁷⁸ O Ministro Luiz Fux ressaltou que:

o *status* de filho, mais do que fonte de direitos *patrimoniais*, ostenta inquestionável viés *existencial*, como um substrato fundamental para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

[...]

A identidade, nesse novo contexto, passa a ser concebida como o complexo de elementos que individualizam cada ser humano, distinguindo-o dos demais na coletividade, conferindo-lhe autonomia para que possa se desenvolver e se firmar como pessoa em sua dignidade, sendo portanto e nessa medida, expressão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁹

A duas, porque a decisão definitiva questionada consignou que a improcedência da ação se deu pela ausência de provas consistentes para respaldar o pleito autoral. Neste aspecto, o Ministro relator entendeu que esta decisão judicial não resolvia o conflito, o que justificaria a superação da coisa julgada para que o autor obtivesse um novo julgamento com a possibilidade de uma prova que lhe assegure com altíssimo grau de probabilidade a aferição da existência de vínculo com o suposto pai. Por seu turno, a ministra Carmem Lúcia considerou que, em face do direito material envolvido, deveria ser afastada a concepção ortodoxa de coisa julgada. Para a Ministra, nas ações de estado, a exemplo do que ocorre nas ações coletivas, só haveria coisa julgada *secundum eventum probationis*, isto é, a coisa julgada da decisão com o esgotamento da via de prova, apesar de não existir previsão normativa neste sentido.¹⁸⁰

¹⁷⁷ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 97.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 120.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 97-98.

¹⁸⁰ “Embora realmente não exista disposição normativa expressa impondo a produção da coisa julgada ao esgotamento dos meios probantes em ações de investigação de paternidade, parece-me que a leitura do ordenamento jurídico, especialmente a partir dos princípios constitucionais nos quais se tem a ênfase hoje na pessoa humana e no direito que lhe assiste de ter perfeitamente identificada a sua história biológica, permitiria sim o afastamento da concepção ortodoxa sobre a coisa julgada para essa espécie de ação.” Ibidem, p. 161.

A três, porque houve a negativa do Estado em custear o exame de DNA e o autor era beneficiário da assistência judiciária, fator esse decisivo na resolução da primeira lide. Diante disso, os Ministros asseveraram que houve violação do dever estatal de assistência judiciária assegurado pelo artigo 5º, inciso LXXIV, o qual não se basta à isenção das custas processuais, mas abrange todas as despesas do processo, inclusive a relativa à prova pericial.

Por fim, um aspecto importante para a superação da coisa julgada no caso concreto, sobretudo nos votos dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, reside no fato de que a nova ação foi proposta no interregno de dois anos a partir da edição da Lei Distrital 1.097/96 a qual prescreve a gratuidade do exame para as pessoas reconhecidamente necessitadas. Neste aspecto, o Ministro Luiz Fuz ressaltou que a jurisprudência então dominante era contrária ao custeio de prova pericial pelo Estado sem previsão legal expressa.¹⁸¹

Decorre disso o entendimento dos ministros no sentido de que o acesso ao exame reconhecido pela Lei distrital se caracteriza com um elemento superveniente à decisão judicial que possibilitou o acesso ao exame de DNA, uma prova técnica de alto grau de precisão capaz de dar uma nova solução ao caso.

Embora a *teoria da derrotabilidade* não seja mencionada por nenhum dos ministros, verifica-se que em última análise foi isso que ocorreu. A questão pode ser vislumbrada com clareza pela análise dos requisitos para a derrotabilidade ou superabilidade normativa contidos nos ensinamentos de Humberto Ávila.

Inicialmente, o doutrinador fala em *requisito material* propondo que se considere tanto a *finalidade subjacente da regra* – valor finalístico material objetivado com a realização do comportamento descritivo – e o *valor formal da segurança jurídica*, considerando que as regras “[...] desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos.”¹⁸²

¹⁸¹ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 118-119.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p 122.

O valor finalístico da regra da coisa julgada é a *certeza e estabilidade* das relações jurídicas submetidas ao crivo do judiciário. Na hipótese, a superação rompe com a estabilidade assegurada pelo o instituto, mas o faz diante da incerteza sobre o mérito da decisão, máxime em face da possibilidade de se definir com precisão a existência ou inexistência do vínculo biológico com o suposto pai por meio da realização do exame de DNA.

Assim, se por um lado se supera o princípio da segurança jurídica para prestigiar a busca da identidade genética, por outro permite a renovação e o fortalecimento do princípio superado por meio de uma nova decisão de mérito amparada por exame de elevado grau de acurácia.

No tocante segurança jurídica como valor formal subjacente às regras, é necessário que se analise a probabilidade da circunstância particular ser reproduzida ou alegável em outros processos,¹⁸³ é dizer, aferir o quanto a justiça do caso particular pode interferir na justiça para maior parte dos casos. Nesse aspecto, houve grande preocupação de todos os ministros no sentido de ressaltar as peculiaridades do caso submetido para julgamento, repisando-se em vários momentos que a situação dificilmente seria repetida.¹⁸⁴

Humberto Ávila fala também concebe *requisitos formais* para superação das regras jurídicas que dizem respeito a necessidade de *justificativa, fundamentação e comprovação condizente*.

A *justificativa condizente* corresponde a necessidade de demonstração do requisito material, ou seja, que:

A tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para maior parte dos casos. E o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo que benefício (*more harm than good*)¹⁸⁵.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.124.

¹⁸⁴ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. Et. Seq.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.124.

A *fundamentação condizente* é a exigência de que as razões para a derrotabilidade seja exteriorizadas por escrito na decisão, o que permite o controle das razões utilizadas na superação da regra.

Quanto a *comprovação condizente*, o autor afirma que

[...] não sendo necessárias, notórias nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovados por meios de prova adequados, como documentos, perícias ou estatísticas.¹⁸⁶

O julgamento do Supremo Tribunal Federal contempla uma justificativa condizente, pois a derrotabilidade da coisa julgada somente foi aceita diante das peculiaridades do caso, no qual o prestígio a coisa julgada representaria uma violação ao direito fundamental a busca da identidade genética. Por outro lado, a superação não implica a vulneração da justiça em geral, em vista das particularidades do caso. E mais: a nova decisão gozará não só de estabilidade como de certeza científica quanto ao mérito, na medida em que venha a ser amparada pelo exame de DNA, o que, em última análise, reforça a *segurança jurídica* para o conflito desse caso específico.

No que atine a *fundamentação condizente*, verifica-se nos votos a exteriorização por escrito dos fundamentos que levaram a derrotabilidade da coisa julgada na hipótese. Quanto à *comprovação condizente*, como já se afirmou anteriormente, houve uma grande preocupação dos ministros com a estrita delimitação da demanda para o fim de evidenciar suas peculiaridades, evitando o aumento excessivo de controvérsias. Portanto, é inegável a acerto da decisão proferida neste Recurso Extraordinário no sentido de derrotar regra da coisa julgada no caso concreto.

Vale repisar que o referido julgamento apenas evidencia os equívocos da teoria da relativização atípica da coisa julgada, pois: i. a coisa julgada é expressamente *reconhecida como regra constitucional e direito fundamental a pessoa humana*, não como princípio ou regra que possa ser restringida pelo legislador ordinário; ii. parte dos ministros não admitiu a relativização da coisa

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.128.

julgada despida de parâmetro temporal, *ênfatizando a importância de um limite à exemplo da ação rescisória*;¹⁸⁷ iii. *a ponderação que justifica a superação da regra da coisa julgada e do princípio da segurança jurídica, é implementada no caso concreto*, levando-se em conta as peculiaridades do caso-a-caso, como foi salientado pelo ministro Joaquim Barbosa:

“Acho que esta questão deve ser tratada caso a caso. Nós não deveríamos proferir uma decisão muito aberta, porque várias possibilidades podem surgir nesta matéria - inclusive, examinando na outra assentada, pude fazer anotações nesse sentido.”¹⁸⁸

Na hipótese, superou-se a coisa julgada em função do conflito com o direito fundamental à busca da identidade genética e a possibilidade real de sua satisfação com o exame de DNA, cuja realização havia sido denegada ao autor por sua situação de vulnerabilidade e posteriormente foi possibilitada pela previsão de seu custeio pelo Estado.

Destarte, o que pode justificar a superação ou derrotabilidade da coisa julgada não são características que lhe são inerentes, como a imutabilidade, e tampouco seu rebaixamento frente a outros valores constitucionais. A superação da coisa julgada, assim como de qualquer regra constitucional, demanda do aplicador um elevado ônus argumentativo no sentido de demonstrar as razões que no caso concreto se sobrepõe à estabilidade das relações jurídicas que se almeja com essa norma.

¹⁸⁷ Foi o caso do ministro Luiz Fuz que aplicou o dispositivo da ação rescisória por analogia. Nesse sentido, defendeu que o prazo de dois anos fosse computado a partir do novel legislativo que permitiu o custeio do exame de DNA pelo poder público. Cf. RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 116-117.

¹⁸⁸ RE 363.889. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 02/06/2011. Publicado no DJe em: 15/11/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>>. Acesso em: 01 jun. 2013. p. 123). Preocupação semelhante foi externada pelos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Cf. Ibidem. p. 145.

CONCLUSÃO

Neste estudo monográfico propôs-se uma análise crítica da *teoria da relativização da coisa julgada* sob o prisma constitucional, procurando identificar as razões que poderiam justificar validamente a superação dessa norma constitucional tendo por base a teoria das normas e o princípio da segurança jurídica.

Num primeiro momento foram analisadas as principais teorias que explicam a distinção entre princípios e regras, para o fim de ressaltar as principais características das diferentes espécies normativas: a *distinção clássica* que identifica os princípios segundo sua generalidade e essencialidade; e a *distinção qualitativa* que amparada nas teorias de Dworkin e Alexy distingue as regras e princípios de acordo com a forma como são aplicados, na primeira, e quanto a à colisão e a obrigação que instituem na segunda.

Neste ponto, concluiu-se que a classificação escolhida deve ser condizente com os objetivos para os quais se pretende emprega-la, pois o maior problema não está na escolha de uma ou outra teoria, e sim na confusão gerada pela mistura dos critérios de ambas. Não se pode admitir que se defina uma norma como princípio pela distinção clássica, para em seguida ponderá-la com outros princípios pelas características dos princípios na distinção qualitativa, sob pena da essencialidade subjetivamente atribuída a uma norma (distinção clássica) vir a torná-la mais flexível com o emprego da distinção qualitativa, a despeito dos limites sintáticos e semânticos que possui na forma originalmente concebida pelo legislador.

Diante disso, estuda-se a dissociação proposta por Humberto Ávila que propõe a divisão em três espécies normativas, a partir da identificação de suas características essenciais. As *regras* são definidas como normas jurídicas cuja função principal é a descrição de um comportamento para promoção de uma finalidade que lhe é inerente, podendo justificar diretamente uma decisão por uma avaliação de correspondência. Trata-se de norma que, por tais características, só pode ser afastada ou derrotada em situações excepcionais

verificadas no caso concreto. Os *princípios* correspondem a normas voltadas diretamente a um valor finalístico, cuja aplicação demanda o exame de correlação entre comportamento definido na hipótese concreta como necessário e o estado das coisas visado. Por inexistir a fixação prévia desse comportamento, há maior maleabilidade em sua aplicação. Assim, diferente das regras, podem ser afastados por ponderação abstrata. O autor concebe uma terceira espécie normativa, os *postulados aplicativos*, que são normas metódicas que estabelecem os critérios para aplicação dos princípios e regras, o que os caracteriza como *metanormas*.

Optou-se pela utilização da última teoria pela utilidade prática de seus critérios em vista dos objetivos traçados no trabalho. Isto porque, além de permitir uma diferenciação clara entre as diferentes espécies normativas, permite a identificação das características que as particularizam, o que facilita sua interpretação. Além disso, essa teoria dos princípios sugere critérios objetivos para justificar a superação excepcional de regras jurídicas, o que permite a compreensão das razões que justificam a derrotabilidade excepcional da regra da coisa julgada.

Estudando o princípio da segurança jurídica, tem-se que o mesmo está intrinsecamente relacionado com o Estado de Direito, seja como fundamento para o mesmo, seja como um de seus objetivos centrais. Devido a sua feição multifacetária a análise é centrada na segurança como proteção dos direitos subjetivos ou nos aspectos *objetivo* e *subjetivo* da segurança jurídica.

A partir da teoria das normas, verifica-se que o princípio da segurança jurídica visa um estado das coisas qualificado pela *estabilidade* das relações sociais, a qual impede a modificação arbitrária e a atuação retroativa do Estado; e a *previsibilidade* que permite a certeza quanto às situações estabelecidas e a estimativa do futuro a partir delas.

A doutrina tradicional fixa-se no estudo da *estabilidade* tendo por base a vedação à atuação retroativa do Estado e a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Trata-se de institutos de direito intertemporal que objetivam a harmonização entre o valor da estabilidade e a necessidade constante de adaptação do direito para sua conformação à realidade social. Em vista da previsão inserida no artigo 5º, inciso XXXVI, da

Constituição Federal, conclui-se que essas regras possuem no Brasil *status* constitucional, a despeito de sua disciplina ter sido fixada pela legislação ordinária.

No tocante a natureza e alcance dessa proteção constitucional, reconhece-se que o dispositivo prescreve comportamentos descritivos, isto é, regras constitucionais com vistas ao princípio da segurança jurídica que lhe serve de fundamento. Daí decorre que a não-retroatividade não se aplica de maneira irrestrita, na maior medida possível, mas apenas nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, pois se trata de regra jurídica. A proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito também são regras. O *direito adquirido* impede a atuação do poder público que viole um direito já incorporado ao patrimônio de seu titular como consequência de um fato aquisitivo idôneo; o ato jurídico perfeito assegura que os pressupostos de validade do ato serão os vigentes ao tempo em que foi ultimado seu ciclo de formação.

Todavia, a visão tradicional que parte dessas normas é insuficiente para promoção dos valores finalísticos da segurança jurídica, notadamente da previsibilidade, haja vista que não são asseguradas às expectativas legítimas, é dizer, a tutela da confiança legítima que as pessoas depositam nos atos do Estado. É nesse cenário que se passa a reconhecer a dimensão ou aspecto subjetivo da segurança jurídica que se manifesta pela proteção das expectativas legítimas, no que alguns autores, inspirados pela doutrina e jurisprudência alemã, denominam como *princípio da proteção da confiança*.

A partir desse reconhecimento, há uma renovação no significado do princípio da segurança jurídica que permite a superação do dogma incrustado na mentalidade jurídica pátria segundo o qual a legalidade se sobrepõe a segurança, sendo os atos inválidos incapazes de produzir quaisquer efeitos na ordem jurídica. Com efeito, hoje é assente na jurisprudência dos tribunais superiores a possibilidade de se preservar os efeitos de atos inválidos, ainda que ilegais ou inconstitucionais, em homenagem à proteção da confiança legítima, máxime a partir das regras positivadas nas Leis nºs. 9.784/99, 9.868/99 e 9.882/99.

Analisando a *coisa julgada* sobre a ótica da teoria das normas, conclui-se que se trata de uma *regra constitucional*, seja pela *distinção qualitativa*, seja pela dissociação proposta por Humberto Ávila. Disso, já se verifica o primeiro equívoco flagrante das teorias que a relativizam essa regra como se princípio fosse, flexibilizando em abstrato uma norma que o constituinte originário optou por tornar mais rígida.

Por outro lado, não é possível afirmar que a imutabilidade da coisa julgada é mito e tampouco que essa característica pode ser limitada ou suprimida pelo legislador ordinário. Na verdade, a imutabilidade é uma característica essencial da coisa julgada que, na qualidade de regra constitucional e direito fundamental da pessoa humana, não poderia ser afastada sequer por emenda constitucional. Além disso, pela *máxima efetividade* das normas constitucionais, devem ser privilegiados os pontos de vista que promovam a realização ótima da norma, não os que a enfraquecem.

Outrossim, a doutrina constitucionalista dominante não mais admite a hierarquização de valores ou normas constitucionais em abstrato. Predomina a ideia de *unidade da constituição*, pelo que somente nas situações concretas é possível o sopesamento de valores em conflito. Ademais, pela nova significação da segurança jurídica, qualificada pela proteção da confiança, não mais se admite que a Legalidade se sobreponha de maneira irrestrita à segurança jurídica, na medida em que o ordenamento positivo admite expressamente os efeitos produzidos por atos invalidados, quando se trate de situações consolidadas em homenagem à segurança jurídica.

Pela derrocada dos principais fundamentos da teoria da relativização da coisa julgada, evidencia-se a impossibilidade de se admitir a ideia generalista de relativização atípica propalada por seus defensores.

No tocante a ação rescisória, disciplinada pelo legislador ordinário, verifica-se que se trata de uma regra infraconstitucional que revela a ponderação de valores realizada em abstrato pelo legislador, nas situações taxativamente enumeradas. A previsão promove a harmonização desses valores ao permitir a desconstituição de julgados em casos patológicos com base nos princípios da moralidade, justiça e legalidade, sem, contudo,

descuidar da segurança jurídica, na medida em que estabelece um limite temporal.

Desse modo, a existência da ação rescisória apenas evidencia o equívoco da teoria da relativização em hipóteses atípicas, pois a estipulação legal mantém presente os valores da previsibilidade – pela positivação das hipóteses em que a coisa julgada se formará com maior dificuldade – e da estabilidade, pois após o lapso temporal a situação tornar-se-á definitiva.

Destarte, antes de confirmar a *teoria da relativização da coisa julgada*, a existência da ação rescisória demonstra que o caminho adotado por seus defensores é equivocado. Melhor seria a defesa de alteração legislativa que revise a regra da ação rescisória, pois a positivação das situações excepcionais que justificam a superação da regra evita que o conflito de valores seja suscitado no momento da aplicação, reduzindo o ônus argumentativo do intérprete e a incerteza no momento da aplicação.

Na mesma linha, asseverou-se a inconstitucionalidade da previsão contida nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, uma vez que além de violar o princípio da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo, isto é, a confiança legítima que os particulares depositam na atuação do Poder Judiciário presumidamente válida, são incompatíveis com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. De fato, admitir-se a desconstituição de julgados definitivos com fundamento em declaração de inconstitucionalidade superveniente representa o aniquilamento do controle difuso de constitucionalidade amparado nos artigos 102, inciso III e 97 da Constituição Federal, pois retira a aptidão para definitividade das decisões em sede de controle difuso ao possibilitar que sejam revistas a qualquer tempo.

As críticas à relativização atípica da coisa julgada não significam que a regra seja absoluta, mas apenas que os motivos pra sua superação não derivam de sua natureza imutável, de ponderações abstratas e tampouco de sua disciplina pela legislação infraconstitucional. A justificativa para a superação está no reconhecimento de que as regras jurídicas também podem ser afastadas sem que com isso percam sua validade.

Diferente da superação dos princípios jurídicos que por não indicar um comportamento descritivo permitem maior flexibilidade, a derrotabilidade das

regras demanda elevado ônus argumentativo amparado nas circunstâncias do caso concreto.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 363.889 corrobora esse entendimento, pois: i. *ratificou que a coisa julgada é uma regra constitucional que integra o rol dos direitos fundamentais da pessoa humana*; ii. *não admitiu a desconstituição irrestrita de decisões definitivas, sem qualquer parâmetro concreto ou limitação temporal*; iii. *justificou a superação da coisa julgada pelas peculiaridades aferidas no caso concreto em que a coisa julgada configurava um obstáculo a busca da identidade genética que poderia ser aferida com altíssimo grau de precisão por exame de DNA que foi negado ao autor, circunstância com particularidades que dificilmente seriam repetidas*.

Portanto, a superação ou derrotabilidade da coisa julgada somente se justifica pela verificação de razões particulares que no caso concreto se mostrem mais relevantes que o princípio da segurança jurídica que a respalda. Contudo, conforme demonstrado pela teoria da derrotabilidade, a constatação de exceções à regra da coisa julgada não a invalida, não a rebaixa na hierarquia das normas ou afasta as características que lhe são inerentes, como a imutabilidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquer de. O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2010.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 91.

BARROSO, Luís Roberto. A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, nº4, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf>. Acesso em 01 mai. 2012

_____. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo (reflexões sobre o direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação)*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2 ed.

_____. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil*. In: Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Elaborado em 10/2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/3>>. Acesso em: 12 set. 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. *A relativização da coisa julgada que viola a constituição*. In: Coisa julgada inconstitucional. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la - questões conexas*. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009.

COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à 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 nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 2. abril/maio/junho 2005. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DIDIER JR. Fredie. BRAGA. Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. vol.2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. In: FERRAZ JR, Tércio Sampaio Ferraz. CARRAZZA, Roque Antonio. NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Editora Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882/99 de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

GASPARETTO, Patrick Roberto. *Premissas para uma teoria da invalidade dos atos administrativos*. Boletim de Direito Administrativo. Junho/2013. São Paulo: Editora NDJ.

MARTINS-COSTA, Judith. *Almiro couto e silva e a re-significação do princípios da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos*. In: *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. ÁVILA, Humberto (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MULLER, Friedrich. *O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais de inconstitucionalidade de leis no direito alemão (conferência)*. Rio de Janeiro. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/exibeconteudo?article-id=151244>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade*. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Público. RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada - Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Olvídio Baptista da. *Coisa julgada relativa? Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podium, 2008. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da (org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.

Disponível em: <
<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/03/VASilva-P-e-R-Mitos-e-equivocos-1.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. Coleção Temas de direito administrativo n. 23. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *O conceito de derrotabilidade normativa*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, 2009.

WALD, Arnoldo. *O princípio fundamental da segurança jurídica*. In: Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. ROSAS, Roberto. VELLOSO, Caio Mário da Silva (coord.). São Paulo: Lex Editora, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.