

## REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: O QUE FAZER?

*Andréa de Castro*<sup>1</sup>

*João Paulo Orsini Martinelli*<sup>2</sup>

### RESUMO

Os casos envolvendo menores chocam cada vez mais a população de nosso país, o que nos leva a acreditar que não há mais saída e que gradativamente caminhamos para o fim, mas o que ninguém quer aceitar é que a solução para tal está nas mãos de cada um. Aludido assunto tem se tornado cada dia mais sério e profundo e, a sociedade preocupada com este assunto polêmico, questiona sobre a redução da maioridade penal. O que não se discute e tampouco se comenta é a impossibilidade desta redução, uma vez que a Constituição Federal traz como garantia fundamental que os menores de dezoito anos são plenamente inimputáveis, sendo certo que tal garantia encontra respaldo no artigo 60, IV, parágrafo 4º do texto constitucional, ou seja, está amparada por uma cláusula pétrea. Assim, o presente artigo científico foi elaborado por pesquisa bibliográfica em livros, códigos, periódicos e internet acerca do tema em debate. Ressalta-se a análise da possibilidade de alteração da Constituição da República, sob o fato da imputabilidade penal ser considerada cláusula pétrea, bem como se a redução da idade mínima diminuirá ou não a violência.

**Palavras-Chave:** Maioridade, Constituição, Adolescente, cláusula.

### I – MENORIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CLÁUSULA PÉTREIA?

Hodiernamente há um interesse muito grande na diminuição da maioridade penal, até por causa de casos que impactaram a opinião pública. O questionamento acerca da redução da idade mínima penal tornou-se um fato muito presente, onde a sociedade manifesta suas preocupações.

---

<sup>1</sup> Andréa de Castro. Advogada. Monografia apresentada em 2010. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Prof. Doutor João Paulo Orsini Martinelli - Pós-doutorado em Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP e professor da Facamp. Advogado

É certo que, a questão da redução da idade mínima penal tem gerado inúmeras e longas discussões no decorrer dos anos, porém nossa Carta Maior, ou seja, a Constituição Federal promulgada em 1988 traz nitidamente em seu artigo 228: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial.”<sup>3</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal n.º 8069/90, atendendo o mandamento constitucional, estabeleceu em seu artigo 104, caput, que “*são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei*”.

Conseqüentemente, o referido dispositivo da imputabilidade penal tem guarida constitucional, o que, *a priori*, só poderia sofrer mudança através de PEC (Projeto de Emenda Constitucional), nos termos da Constituição Federal.

No entanto, existem matérias que não poderão ser objetos de Emendas Constitucionais (art. 60, §4º da Constituição Federal), para que mantenha a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Como se pode notar, frente às discussões ocorridas por conta da diminuição da idade mínima penal, há quem diga que o almejado não será possível uma vez que, a própria Carta Constitucional, no artigo aludido se inscreve entre as garantias individuais e também se coloca como cláusula pétrea.

Assim, o veto ou mesmo a modificação através de emenda para alterar aludido dispositivo, por meio do artigo 60, IV, parágrafo 4 da Constituição, pode gerar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, podendo ser cogitado um descumprimento de um preceito legal garantido na Carta Magna.

Pode-se ter num âmbito maior, o desrespeito ao Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, significando dizer que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando aprovada com observância de requisitos determinados pela Carta Magna, ganhou pleno status de garantia constitucional. Desta forma, uma vez assinado o acordo e respeitadas as obrigações ali contidas, passam a valer no Brasil o entendimento de que adolescentes que cometeram atos equiparados a ilícitos devem ser processados separadamente dos adultos. Caso isso não ocorra poderá contrariar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, esse tratado assegura aos jovens o tratamento diferenciado onde os mesmos não poderão ser responsabilizados na esfera criminal.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade.

Assim, as limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investida ilegítimas, por outro, impedem que esse mesmo ordenamento jurídico evolua.

Cumpramos examinar neste ponto, o pensamento do nobre jurista Dalmo de Abreu Dallari, citado por Luiz Eduardo Pasquim:

[...] a previsão de tratamento jurídico diferenciado daqueles que se aplica aos adultos e um direito dos menores de 18 anos, que são pessoas, indivíduos, sujeitos de direito. De acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição, não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir garantias individuais. Como é evidente, qualquer proposta no sentido de aplicar as leis penais aos menores de 18 anos, significará a abolição de seu direito ao tratamento diferenciado, previsto em lei, e por esse motivo será inconstitucional.<sup>4</sup>

Por iguais razões, o aludido autor, destaca ainda o posicionamento do constitucionalista Alexandre de Moraes:

[...] assim, o art. 288 da Constituição Federal encerra hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 150, III, b (AdIn 939-7/DF – conferir comentários ao art. 5º, § 2º, e, conseqüentemente, autêntica cláusula pétreia prevista no art. 60, § 4º, IV (“ não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais).<sup>5</sup>

Ainda, Flávia Piovesan ao ser citada por Luiz Eduardo Pasquim nos mostra seu entendimento:

[...] a redução da maioria penal perverte a racionalidade e principiologia constitucional, na medida em que abole o tratamento constitucional especial conferido aos adolescentes, inspirada na ótica da responsabilidade, fundada nas medidas socioeducativas. Com isso, a perspectiva sociojurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva da inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social). Não bastando a afronta a direitos e princípios constitucionais, a proposta vê-se corroída de inconstitucionalidade ao violar cláusula pétreia consagrada pela Constituição.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> PASQUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 141.

<sup>5</sup> Idem, p. 141-142.

<sup>6</sup> PIOVESAN, XX (ANO) apud PASQUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 142.

Há quem bata de frente com tais posicionamentos, como podemos observar na obra *Menoridade Penal*, já citada anteriormente. Conforme mencionado por Luiz Eduardo Pascuim, Reale Júnior não vê a questão da idade penal como cláusula pétrea: “não é a regra do art. 228 da Constituição Federal regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos”.<sup>7</sup>

Diante de tais assertivas, novamente utilizamos das palavras do referido autor:

Por derradeiro, suponhamos que o art. 228 da Constituição Federal não seja cláusula pétrea e a menoridade passe a ser dezesseis anos. É de se perguntar: qual seria o resultado prático em mandar para a cadeia os adolescentes a partir dessa idade? Respondemos: nenhum. Ou pensando bem, haveria resultado, mas resultado deletério.<sup>8</sup>

Em análise última, conclui o mestre Pascuim acerca do assunto:

[...] para espancar de vez qualquer possibilidade de sermos interpretados num outro sentido, fazemos nossas as palavras de Reale Júnior que, em didática síntese, expressa claramente o nosso ponto de vista:

O recolhimento em casa de detenção com adolescentes não deixa de ter conteúdo retributivo, mas pode, se for para não mais de cem menores, realizar uma tarefa educativa facilitadora do enfrentamento dos conflitos no mundo livre no futuro. Daí a absoluta inconveniência da redução da idade da imputabilidade, pois o adolescente submetido ao Estatuto, sequer entra como cliente do falido sistema criminal, desde o inquérito policial até a execução da pena, sendo ou devendo ser outra a formação e a perspectiva dos responsáveis por sua custódia.<sup>9</sup>

A Constituição Federal de 1988 sofreu diversas alterações por meio de emendas constitucionais. Contudo, o artigo 228, que trata da maioridade penal também foi alvo de projetos de emenda à Constituição, todos eles com o único propósito: a redução da maioridade penal.<sup>10</sup>

Apenas a título ilustrativo, colecionamos tais projetos e alguns dos textos propostos:<sup>11</sup>

- PEC 171. Deputado Benedito Domingos, de 1993;
- PEC 37. Deputado Telmo Kirst, de 1995;
- PEC 91. Deputado Aracely de Paula, de 1995;
- PEC 301. Deputado Jair Bolsonaro, de 1996;
- PEC 386. Deputado Pedrinho Abrão, de 1996;

---

<sup>7</sup> PASCUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 143

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>10</sup> PASCUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 147.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 147-152.

- PEC 426. Deputado Nair Xavier Lobo, de 1996;
- PEC 531. Deputado Feu Rosa, de 1997;
- PEC 68. Deputado Luiz Antonio Fleury, de 1999;
- PEC 150. Deputado Marçal Filho, de 1999;
- PEC 133. Deputado Ricardo Izar, de 1999;
- PEC 167. Deputado Ronaldo Vasconcellos, de 1999;
- PEC 169. Deputado Nelo Rodolfo, de 1999;
- PEC 633. Deputado Osório Adriano, de 1999;
- PEC 260. Deputado Pompeu de Mattos, de 2000;
- PEC 321. Deputado Alberto Fraga, de 2001;
- PEC 377. Deputado Jorge Tadeu Mudalen, de 2001;
- PEC 582. Deputado Odelmo Leão, de 2002;
- PEC 64. Deputado André Luiz, de 2003;
- PEC 179. Deputado Wladimir Costa, de 2003;
- **PEC 242. Deputado Nelson Marquezelli, de 2004. Altera o art. 228 da Constituição Federal. Onde se lê 18 anos, leia-se 14 anos de idade. “[...]a sociedade sente necessidade de impor ao jovem deveres que correspondam a seus direitos, amplamente elencados no ECA. E os deveres inerentes à imputabilidade penal devem ter início aos 14(quatorze) anos, idade em que o jovem já é capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, salvo se portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, caso em que será isento de pena ou poderá ter a mesma reduzida (art. 26, caput e parágrafo único, do Código Penal)”<sup>12</sup>(grifos nossos)**

Interessante se faz, concluirmos com o pensamento do citado Luiz Eduardo Pascuim, que tão bem dissertou acerca da questão:

Todas essas emendas estão apensadas às Propostas de Emenda à Constituição 171/93 e 91/95. Em que pese o nosso respeito pelo ideal exurgente de cada propositura, não podemos acolhê-las em nosso sentir. Já dissemos em outras passagens que o remédio para os adolescentes infratores não é, simplesmente, jogá-los, literalmente nas enxovias. Há, antes, todo um caminho, com muitos obstáculos, é verdade, a ser vencido. Assistir o adolescente infrator devidamente parece-nos uma solução exequível, sem necessidade de planos mirabolantes. Havendo, todavia, premência solução para a ‘assustadora’ criminalidade juvenil, por que não aumentar, para os casos graves, hediondo, o prazo de internação? Esta vertente já foi por nós abordada e, caso não haja adequação das casas de custódia – estabelecimentos para cumprimento de pena exclusivas de adolescentes infratores -, nem ousamos pensar em tal desiderato.<sup>13</sup>

## II - REDUZIR A IDADE PENAL DIMINUIRÁ A VIOLÊNCIA?

Diante de tanta violência urbana, muitas pessoas diariamente têm estórias para contar. A violência hoje, tem várias faces: ora está perto, dentro de nossas casas; ora está

<sup>12</sup> Idem, p. 153.

<sup>13</sup> PASCUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. (ano 2006), 4ª reimpr. Juruá. 2009. Pág 153

longe, nos morros, favelas, avenidas. Ela pode ser física, como um soco, um tiro ou ainda, psicológica como um olhar, um gesto, uma humilhação.

Infelizmente, o que precisamos entender e enfrentar é que a violência existe e que provém de muitas causas:

- somos o país com a quarta pior concentração de renda do mundo;
- as cidades brasileiras estão degradadas: as pessoas moram mal, não tem acesso ao lazer, a cultura, a serviços de boa qualidade;
- está cada vez mais difícil conseguir um bom trabalho;
- falta educação de qualidade e os direitos da maioria não são garantidos;
- temos cada vez menos tempo para dedicar à infância e à juventude;
- falta solidariedade e visão de comunidade, etc.<sup>14</sup>

O que vemos atualmente é a mídia incentivando o consumo em excesso, criando padrões de comportamento (homens brancos, ricos, heterossexuais, etc) enquanto que a maioria da sociedade está “fora do padrão” (a maioria não é rica, nem branca, não se parece com o que vemos na televisão).

Diante desses fatos, nasce a baixa auto-estima, a falta de perspectiva. É onde iniciam-se os problemas, é onde a violência começa a ser gerada. Nas ruas, dentro das casas, nas relações inter pessoais, nas comunidades.

E, é exatamente com isso que devemos nos preocupar: *“as violências estão todas ligadas e se alimentam: do pequeno delito ao crime organizado.”*<sup>15</sup>

Inadequado seria acreditar, também que prender adolescentes e adultos diminuirá a violência.

---

<sup>14</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>15</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

Na última década, o número de adultos presos no país dobrou e, a internação de adolescentes em instituições triplicou nos últimos 10 anos. Chega-se, portanto, a conclusão de que o país está “prendendo” mais e mais jovens, o que não resultou em redução de casos de violência.<sup>16</sup>

“Primeiro: a causa da violência não está relacionada somente à “pena” que será aplicada a quem cometeu um crime.<sup>17</sup>

Segundo: a prisão não melhora a sociedade nem as pessoas.”<sup>18</sup>

É cediço que muitos países estão alcançando ótimos resultados nas formas de responsabilização, como penas alternativas, por exemplo, que são mais eficazes, mais baratas e geram menos sofrimento.<sup>19</sup>

Por isso não é correto que se coloquem adultos e adolescentes juntos no sistema prisional. O adolescente está em pleno desenvolvimento e, desta forma muito mais suscetível ao meio que o cerca.

Muitos países tratam distintamente adolescentes e adultos e, sendo assim a redução da idade penal, seria um retrocesso.

Crianças e adolescentes necessitam de condições para desenvolverem suas potencialidades e é exatamente durante essa fase da infância (0 a 11 anos) e adolescência (12 a 18 anos) que o desenvolvimento é mais intenso.

Para muitos especialistas, tudo o que é vivenciado por uma criança até os dez anos fica gravado em sua mente e, a adolescência é uma fase repleta de incertezas, medos, contradições. Por tais razões há necessidade de uma lei específica, e o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê direitos e garantias a elas.<sup>20</sup>

Quando falamos em responsabilidade, o ECA estabelece a responsabilização daquele que a partir dos 12 anos tenha praticado ato contra lei, porém, temos que pensar em um sistema de responsabilização dos adolescentes diferente daquele aplicado aos adultos.

---

<sup>16</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2009.

[...] o sistema de responsabilização dos adolescentes é diferente do sistema dos adultos e tem que ser assim, para buscar uma medida que eduque o adolescente, para que ele construa outra relação com sua vida e busque alternativas. Ninguém quer impunidade para quem cometeu um ato contra a lei. A responsabilização faz parte do processo de aprendizado dos adolescentes. O tratamento é diferenciado não porque o adolescente não sabe o que está fazendo até mesmo uma criança de 5 anos sabe quando faz uma coisa errada, mas sim devido à condição peculiar de desenvolvimento em que se encontra e o que queremos com isso: possibilitar a ele um recomeço de vida ou fazê-lo sofrer pelos erros cometidos?<sup>21</sup>

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu Capítulo IV, as medidas sócio-educativas. Convém ressaltar que:

[...] o objetivo da medida é tentar colaborar para que a pessoa refaça sua vida e não fazê-la ter mais raiva e ódio da sociedade. Por isso é necessário que haja, nas unidades de internação, um projeto pedagógico que vá nesse sentido, de ressocializá-lo.<sup>22</sup>

Então, mudar a lei não adianta nada, é pura ilusão porque o problema da violência não é de lei. São necessárias uma série de mudanças: na segurança pública, na criação e execução de medidas preventivas pelos municípios – projetos de esportes, cultura e lazer – envolvimento da comunidade. Precisamos de educação de qualidade para podermos disputar nossas crianças e adolescentes com o meio que os leva para o caminho da violência e do tráfico, precisamos de ofertas de trabalho, de profissionalização.<sup>23</sup>

E, por fim: não precisamos de mais prisão para os jovens, precisamos de mais direitos respeitados, mais justiça e mais solidariedade. A paz não vem do medo. Vem da justiça, da solidariedade, do respeito mútuo, do sentimento de responsabilidade do mundo.<sup>24</sup>

## CONCLUSÃO

---

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>23</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>24</sup> Idem.

O aparecimento de menores praticando uma série de ilicitudes penais é cada vez mais frequente em nosso cotidiano, transformando crianças e adolescentes em vítimas da sociedade.

Há que se traçar novas perspectivas, novos caminhos, implantar novos horizontes para essa realidade que persiste em resistir possa gradativamente ser reduzida e quem sabe chegar ao fim.

Não temos dúvidas de que a criança e o adolescente em nosso país merecem que todas as áreas da sociedade voltem esforços para transformar a realidade desses menores em uma realidade mais agradável, mais adequada a condição de pessoa em desenvolvimento. Resta claro que não existe apenas um responsável nessa história, todos têm o dever de zelar pela vida desses jovens mostrando-lhes que o conto de fadas que aparece na televisão, por meio de novelas, os jogos de vídeo game, as revistas de celebridades não são o retrato de uma vida real, ao menos, não para eles.

Para vencer e superar os obstáculos, a sociedade necessita dar um voto de confiança a este novo modelo e começar a participar efetivamente das atividades desenvolvidas à ressocialização juvenil.

Sabemos que a comunidade precisa participar efetivamente na vida dos jovens, a fim de melhorar a situação de convivência, lutando por melhores condições de educação, emprego, moradia, saúde, a fim de que diminua a delinquência juvenil, a situação de abandono e a marginalização. Pois, não basta somente a adoção de uma política de proteção, se a sociedade não colaborar com a socialização ou a ressocialização desses menores, não sendo só o curador, o governo, a polícia, o juiz ou o responsável por este importante trabalho de ressocialização e reeducação do menor infrator, todos os cidadãos têm obrigação de fazer a sua parte no combate à criminalidade, à violência.

É cediço que a maior parte da população acredita que a redução da maioria penal é a solução para a diminuição da violência e, até mesmo para o abrandamento dos crimes praticados por menores, porém, após nossos estudos, pudemos perceber que essa hegemonia não passa do fruto da ignorância de um povo que desconhece o assunto e deixa-se levar pela influência negativa da mídia.

Infelizmente, os governantes, aproveitando-se da falta de instrução da maioria de nossa população, editam projetos inviáveis e ineficazes, na mais pura forma de mostrarem

serviço, o que demonstra o desinteresse e a falta de respeito que têm pela sociedade, que confiou a eles a ordem social e que na maioria das vezes tais governantes apenas “brincam de legislar”.

Infelizmente é notório que os direitos fundamentais da maioria da população não são respeitados. No entanto, a problemática dos adolescentes infratores merece ser analisada e enfrentada sob duas óticas: a da culpa do jovem e a necessidade de puni-lo com rigor e a ótica de toda a sociedade. Apenas para resumirmos e simplificarmos, o que estamos fazendo é varrendo a sujeira para debaixo do tapete, querendo jogar os jovens em cadeias super lotadas.

Estamos falhando como sociedade, reforçando a exclusão social, privando de oportunidades, caminho este que leva ao mundo da barbárie, da miséria, da privação. Se queremos realmente reverter essa lógica, mudar esse quadro, precisamos desde cedo investir em nossas crianças, em educação de boa qualidade, em programas sociais.

Diante disso, precisamos “enxergar” que o poder está em nossas mãos.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 40. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Saraiva de Legislação). P. 159.

PASCUIM, Luiz Eduardo. Menoridade Penal. 1. ed. Juruá: EDITORA JURUÁ, 2009. páginas 141, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152 e 153.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2009.

## A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL EM OPOSIÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

*Bruna Felis Alves*<sup>1</sup>

*Tarcísio Germano de Lemos Filho*<sup>2</sup>

### RESUMO

O objeto fundamental deste trabalho é discorrer acerca do tema relativização da coisa julgada material. Este é um assunto que ocupa espaço nos debates jurídicos, gera divergência entre doutrinadores, operadores do direito e, sobretudo nos Tribunais do país: A coisa julgada é um efeito processual ao qual estão sujeitas todas as causas discutidas judicialmente, assim sua aplicação e os fundamentos das teses que defendem a rompimento da coisa julgada além dos limites da rescisória, denominada “Relativização”, diz respeito a todas as áreas do direito, evidenciando sua relevância acadêmica. Considerando também que a coisa julgada visa colocar fim no conflito, a sua relativização interessa aos sujeitos da discussão judicial e todos que sofrem suas consequências. A relevância do tema está também na sua relação com direitos e garantias fundamentais. Partindo do significado da garantia constitucional da segurança jurídica, o debate se inicia quando nos deparamos com decisões judiciais possivelmente injustas já atingidas pelo instituto da coisa julgada. Pretende-se pelo trabalho provocar uma reflexão sobre a importância da segurança jurídica também nas decisões que pareçam injustas, mas que já estão encobertas sobre o manto de certeza da coisa julgada material. Pela análise das opiniões sobre a relativização da coisa julgada podemos comparar sua força e eficácia com os valores de justiça e segurança jurídica. O trabalho procura instigar o estudo a respeito da coisa julgada, seu conceito, fundamento, efeitos e instrumentos de rescisão. A coisa julgada é uma garantia constitucional que torna imutável a sentença transitada em julgado. A ação rescisória tem prazo decadencial de dois anos para ser ajuizada, isto faz com que o instituto da coisa julgada seja visto como absoluto e finalista. Serão expostos também os limites a que se sujeita a coisa julgada, justificando-se cada um deles. A partir desse raciocínio, será apresentada a tese da relativização da coisa julgada, e os argumentos contrários a este instituto, justificando sua pertinência, não deixando de apontar a posição do judiciário sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Debates. Importância. Segurança jurídica. Limites da coisa julgada. Tese da Relativização.

---

<sup>1</sup> Autora: Bruna Felis Alves. cursando 4º ano de Direito. Monografia a ser apresentada até 2015. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Orientador: Prof. Tarcísio Germano de Lemos Filho –Advogado. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Univali. Professor de Direito Processual Civil e Prática Jurídica na Unianchieta; Professor orientador do trabalho de conclusão de curso

## 1. A COISA JULGADA MATERIAL

### 1.1) DIFERENÇA ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL

Pela coisa julgada material o que se protege é a prestação jurisdicional outorgada e matéria alcançada pela sentença transitada em julgado, ou seja, o conteúdo da decisão torna-se imutável e indiscutível. Em contrapartida, a coisa julgada formal ocorre quando uma sentença terminativa põe fim a uma discussão sem resolução de mérito, com isso a matéria não será mais discutida naquele processo, mas poderá ser proposta uma nova ação futuramente para resolver o litígio.

O objeto de estudo é a coisa julgada material, no sentido de ato jurídico perfeito que tem proteção constitucional como instituto garantidor da segurança jurídica. “A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional”<sup>3</sup>. A discussão avança além da ação rescisória definida pelo legislador processual civil.

### 1.2) CONCEITO E IMPORTÂNCIA

O Código Civil, em seu artigo 467 traz o conceito de coisa julgada: “Denomina-se coisa julgada material, a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”<sup>4</sup>

Nesse *judgamento*, que se torna imutável ao precluir (ou esgotar-se) a faculdade de impugná-lo mediante recurso (ou quando nasce irrecurável), constitui a *coisa julgada*; ela é pronunciamento imutável emitido pelo Estado no exercício soberano da função jurisdicional, por ele autoritariamente imposto aos litigantes como solução formulada *in specie* para compor o conflito de interesses submetido à apreciação do juiz.<sup>5</sup>

A coisa julgada torna a discussão uma decisão imutável. É um princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, com status de cláusula pétreia.

---

<sup>3</sup> ROBERTO, Paulo de Oliveira Lima. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997., p. 436-7.

<sup>4</sup> **Vade Mecum Compacto**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 178.

<sup>5</sup> ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 197.

Além disso, o instituto da coisa julgada visa dar as partes litigantes certeza jurídica, sendo elemento garantidor da segurança.

### 1.3) IMUTABILIDADE DAS DECISÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Escreve Caldeira: “para a jurisdição atender a seus objetivos, o processo deverá em determinado momento prover uma decisão definitiva sobre a demanda, não podendo eternizar-se sobre pena de se tornar inútil”<sup>6</sup>. Tal decisão definitiva é a sentença, que após a preclusão dos recursos é atingida pelo instituto da coisa julgada.

A tradição processual romano-germânica instituiu sobre a coisa julgada natureza quase absoluta (intocável). As expressões romanas: “*res judicata facit de albo nigrum*”, que pode ser traduzida como *a coisa julgada mudanças de preto em branco*; “*falsum in verum*”, em que a tradução seria *falso em um verdadeiro*, são utilizadas para afirmar a finalidade de uma sentença com força de caso julgado.

Podemos considerar a coisa julgada como sendo um dos efeitos das sentenças, ou como diriam outros como uma qualidade, atributo e propriedade de algumas decisões. Por intermédio dos recursos e outros meios de impugnação da decisão é possível a manifestação de inconformismo da parte sobre o que foi decidido, o que pode vir a suspender ou modificar o conteúdo da sentença. Necessário se faz, também, para a pacificação social a existência de um ponto final, com a estabilização da decisão, que ocorre com o transito julgado e torna a matéria decidida imodificável.

O processo tem que ser organizado, com suas fórmulas e instâncias destinadas a garantir uma sentença tão justa quanto possível, mas há de ter também um ponto final, representado pelo esgotamento das vias recursais. E sempre que esse ponto é atingido, tendo havido pronunciamento judicial, quanto ao mérito do litígio, deve ser emprestada a decisão certa dose de rigidez, portanto há em seu favor forte presunção de correção e adequação ao Direito. O termino do processo nada representaria se o perdedor pudesse, em outra relação jurídico-processual, voltar a agitar os mesmos temas. Isso significaria sim, inutilidade absoluta do processo, dado que seu objetivo é compor litígios encerrando-os.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CALDEIRA, Marcos Flavio Horta. **Coisa Julgada e crítica à sua “relativização”**. 1. ed. Brasília: Tessauros, 2012. p.19.

<sup>7</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 09.

Esta seria, portanto, a consequência da imutabilidade das decisões, qual seja por fim ao processo, garantindo segurança jurídica em determinado momento processual, mesmo que para isso a coisa julgada construa “falsas declarações de verdades”.

Ter o legislador fixado um prazo para a ação revisional da coisa julgada corresponde a dar a sentença força criativa (a sentença transitada em julgado cria e extingue direitos).

Oportuno investigar os efeitos da coisa julgada nos dias atuais e seu alcance sobre a realidade dos litígios levados atualmente ao judiciário, considerando o crescente número de processos, as possibilidades recursais, e como consequência da “maquina de sentenciar” que se tornou o judiciário, a possibilidade de decisões injustas e contrarias aos ditames constitucionais. Seria isso significativo? Ora, em que pese a solução do litígio compreender decisão sobre situações da vida das partes do processo, e que, sobre os efeitos da coisa julgada, pode ter eficácia “*ad eternum*”, conclui-se que o assunto é sim relevante.

Os efeitos das decisões muitas vezes são tardios, pois, esta certa “coisa julgada” pode se concretizar em momento posterior a eficácia esperada. O sistema processual permite isso quando dispõe de três, ou como dizem outros, quatro instancias recursais, em prejuízo aos ideais de justiça. E, por outro lado, vemos que o moderno direito processual brasileiro, com seu sistema recursal e a própria formação da sentença (não estar presa apenas a lei, mas os juízes são preparados para que decidam considerando princípios jurídicos, doutrina, jurisprudência, não apenas o direito positivo) são instrumentos que visam propiciar segurança jurídica.

E mais, a atividade jurisdicional está restrita aos fatos apresentados no processo e ao direito que se deve aplicar. Seria em outras palavras dizer que a decisão transitada em julgado nasce dos elementos postos no processo, o magistrado conduz o procedimento conforme as ferramentas naquela situação jurídica disponível.

Há casos que a sentença não consiste na aplicação da lei no caso concreto, por exemplo, quando a lei em que baseou a sentença foi declarada inconstitucional. Porém a Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser proposta e julgada quando na decisão anterior que foi aplicada, já transitou em julgado e essa seria uma situação que poderia ensejar a relativização da coisa julgada.

Portanto, a imutabilidade das decisões e suas consequências, positivas ou negativas, têm peculiaridades decorrentes do próprio sistema jurídico criado, e não podemos nos esquecer de que o direito é uma máquina em funcionamento, construção e aprimoramento.

## **2. LIMITES DA COISA JULGADA**

### **2.1) LIMITES OBJETIVOS**

Os limites objetivos da Coisa Julgada material estão restritos ao alcance do que foi decidido sobre o objeto de sentença, ou seja, o conteúdo do dispositivo de sentença sobre de imutabilidade a causa de pedir (matéria discutida no processo).

A doutrina defende que a coisa julgada atinge somente o dispositivo da sentença (que seria a parte em que o juiz decide os pontos controvertidos), mas que esta não abarca os fundamentos da sentença, sendo estes apenas acessórios.

### **2.2) LIMITES SUBJETIVOS**

Dispõe o art. 472 do Código de Processo civil que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é proferida, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Os limites subjetivos da Coisa Julgada são as pessoas que são atingidas pela sentença, seriam as partes do processo (autor e réu, chamados ao processo, denunciados, nomeados à autoria, e oponentes aceitos).

## **3. PROTEÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL**

A Constituição é composta de **princípios estruturantes**. A mutação e novas interpretações que fazem parte do direito brasileiro, não poderão atingir esses princípios sob pena de inconstitucionalidade.

Nosso sistema jurídico é normativo, compreende regras e princípios. Humberto Avila esclarece que “... um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras”,

pois os princípios são flexíveis e as regras rígidas, sendo necessário ambos para atingir a finalidade da constituição com eficácia: “alocar e limitar o exercício do poder”<sup>8</sup>.

Para Avila, em seu livro *Teoria dos princípios*, merece destaque o princípio da **igualdade, razoabilidade e proporcionabilidade**.

É pelo contrapeso das regras e princípios constitucionais afirmados na igualdade, razoabilidade e proporcionalidade que faremos o estudo do instituto da coisa julgada.

Analisando as distinções de regras e princípios desenvolvidas por *Ronald Dworkin* e em um segundo momento por *Robert Alexy*, e comentários de Barroso no livro *Interpretação e aplicação da Constituição*, Pedro Lenza<sup>9</sup> sintetiza as características dos princípios, que os diferenciam das regras, merecendo destaque:

- Enquanto as regras são **específicas** ao conteúdo que alcançam com **validade, vigência, os princípios destacam-se pela *importância, peso e valor***;
- No caso de ***conflito entre regras (uma das regras em conflito ou será afastada pelo princípio da especialidade, ou será declarada inválida...)***, caberia dizer que as regras são “*tudo ou nada*”. No caso de ***Colisão entre princípios (não haverá declaração de invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro)***. Assim temos **balanceamento, ponderação, sobressamento** sobre princípios colidentes.

Conforme defendido por Humberto Ávila, existem justificativas para se entender a importância da obediência das regras: “eliminação de controvérsias e incertezas”; “produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como **segurança, paz e igualdade**”; e “solução de conflitos sociais”. No entanto, analisando os princípios chega-se a conclusão de que os princípios também são mecanismos garantidores de **segurança, paz e igualdade**, pois integram as regras.

Conclui-se, portanto, que princípios e regras devem atuar juntos. A aplicação depende do caso concreto devendo ser lógica, sistemática, histórica e seguir uma concordância prática, afastando excessos para evitar confusões jurídicas de interpretação e atingir ao fim que se destinam no sistema jurídico.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, 10. ed., p. 120-1.

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*, 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013., p. 150-2

### 3.1) **PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

#### 3.1.1) PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO (PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA)

Objetiva a integrar o sentido de todas as normas constitucionais. A Constituição deve ser interpretada como um todo em respeito à unidade do texto (sistema de regras e princípios integrados). O interprete deve priorizar critérios que favoreçam a integração política e social resultando em soluções integradoras.

#### 3.1.2) PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Objetiva dar maior operacionalidade e efetividade social possível das normas constitucionais para que tenham sentido na sociedade. Assim a aplicação das normas constitucionais devem objetivar a máxima utilidade. Ex: Em questões que envolvem direitos fundamentais devem se priorizar a interpretação que garantam os direitos fundamentais, extrair da norma constitucional o sentido que se busca, nesse caso a proteção dos direitos fundamentais.

#### 3.1.3) PRINCÍPIO DA JUSTEZA OU CONFORMIDADE FUNCIONAL

A interpretação da constituição não pode atingir ou alterar o esquema de organização funcional da constituição (organização e repartição das funções/competências entre os poderes constituídos), como por exemplo a separação dos poderes regulada no art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

#### 3.1.4) PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA

Ao solucionar os conflitos jurídicos, dar-se preferencia à *vontade da Constituição*, deve-se assim prevalecer não só a vontade do poder aplicador, mas dar efetividade as normas

constitucionais para dessa forma atingir aos fins que se destinam. Se isso não ocorre, não serão mais vigentes.

### 3.1.5) PRINCIPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Diante de normas de mais de uma interpretação, deve-se preferir a que se aproxime mais do texto constitucional, devendo dar prevalência à Constituição, seguindo para isso o texto literal e o sentido da norma. Se o resultado for contrário a Constituição, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo que seja aplicada (declarada em ultima instancia pela Suprema Corte). O interprete não pode atuar como legislador positivo, para criar nova regra.

Em resumo temos:

- *Supremacia constitucional*
- *Conservação de normas*
- *Exclusão da interpretação “contra legem” (contrária à lei)*
- *Interpretação não pode criar norma nova.*

### **3.2) LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Os limites de interpretação visam a garantia de certeza e segurança jurídica diante da realidade atual. Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como centro para as técnicas de interpretação e decisão.

- **Constitucionalidade das decisões** - a Corte constitucional entre possíveis interpretações deve seguir aquela que é conforme a Constituição; verificada inconstitucional, a corte suprema anula com efeitos “*erga omnes*” as decisões de instancias inferiores.
- **Decisões manipuladoras** - originárias da doutrina e jurisprudência italiana, há as denominadas **decisões manipuladoras**, que a corte constitucional, além de declarar a inconstitucionalidade da decisão, modifica agindo como legislador positivo.

- **Sentenças ativas** - “ a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto ou seu âmbito de incidência”<sup>10</sup>

- **Sentenças substitutivas** - a Corte anula uma norma que foi impugnada na Declaração de Inconstitucionalidade e a substitui por outra.

- **Lacuna constitucional** – nesse caso nossa doutrina defende a interpretação constitucional aberta, aplicando-se o ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional. Deparando-se com vários princípios constitucionais, em lugar de dar prevalência de um sobre o outro, aplica-os em conjunto, verificando as alternativas para aquele caso, conseguindo na prática atingir ao dinamismo dos conflitos jurídicos, o que o Ministro Gilmar Mendes denominou de “**pensamento jurídico possível**”.

### 3.3) EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

*Proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que "nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil", com a consciência de que "os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual"*<sup>11</sup>

As regras e princípios constitucionais podem ter eficácia apenas jurídica (por sua validade dentro do ordenamento jurídico), ou serem de eficácia social, quando esta tem vigência de aplicação na realidade dos contextos do cotidiano. O professor José Afonso da Silva classificou as normas da constituição em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segurança Jurídica, Isonomia, Proporcionalidade, valores esses que estão estreitamente ligados com a os objetivos das demandas judiciais e finalidades das sentenças.

### 3.4) PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. I. M. Coelho, P. G.G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. Ed. p. 1432.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. Revista de Processo. - Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003.

E o que significa segurança jurídica? Até onde a segurança jurídica deve prevalecer sobre decisões judiciais possivelmente injustas já atingidas pelo instituto da coisa julgada?

Necessário é o cuidado para a Manutenção da Segurança Jurídica, do Estado de Direito brasileiro que a solidez e irreversibilidade da Decisão transitada em julgado permite. Não se pode esquecer que a Coisa Julgada é um instituto constitucional que garante equilíbrio e certeza, que determina um fim as discussões judiciais.

### 3.5) PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

A observância desses princípios é de grande importância, principalmente diante da colisão de valores constitucionais. Está pautado nas ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, proibição de excesso, outros valores nesse sentido, valendo como regras de interpretação.

Lenza destaca três elementos substanciais que devem ser observados, sendo eles: (a) **necessidade** - ser indispensável para o caso concreto; (b) **adequação** - pertinência, quando o meio utilizado visa atingir determinado objetivo; (c) **proporcionalidade** - ponderação entre maior efetividade e menor restrição dos valores constitucionais.

O legislador apontou explícita ou implícita a obediência a esses princípios, merecendo destaque:

**art. 5º, LIV da CF:** Ninguém será privado da Liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

**art. 2º, VI, da Lei n. 9.784/99:** A administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: - **adequação entre meios e fins vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.** (grifei)

**Art. 156 do CPP:** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém, facultando ao juiz de ofício; I – ordenar, mesmo antes

de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a **necessidade, adequação e proporcionalidade** da medida” (grifei)

### 3.6) PRINCIPIO DA ISONOMIA

Previsto no *caput* do art. 5º, em seu conceito mais básico significa que todos são iguais perante a lei, o que consiste em tratar os iguais de forma equitativa e os desiguais com desigualdade na medida de suas diferenças.

Um exemplo de violação desse princípio é quando determinado Tribunal aplica a lei de uma forma diferente a casos absolutamente idênticos num mesmo momento histórico.

## 4. O VALOR DA JUSTIÇA: O JUSTO VALOR

Os valores são relativos, nascem das aspirações e percepções dos juízos de valores. São escolhas da sociedade, da cultura que no decorrer do tempo indicam o que vale.

Segundo o Professor José Renato Nalini, nas palavras de Osvaldo Guariglia, “um valor é uma concepção, explícita ou implícita, própria de um indivíduo ou característica de um grupo, da desiderabilidade que influencia a seleção das normas, dos meios e dos fins da ação”<sup>12</sup> :

A ordem de valores fundantes das normas jurídicas é social, humana, científica e dialética, e, sob o critério sociológico, os valores cumprem três funções: a) dão coerência e sentido ao código de normas e modelos destas b) coagem, racional e psiquicamente, os destinatários; c) contribuem para a integração social da comunidade. Sob essa vertente, a hermenêutica do texto constitucional pode concebê-lo menos como um sistema de regras estruturado por princípios, mas – prioritariamente- **como uma ordem concreta de valores**.<sup>13</sup>

O valor de justiça, conforme defende Alf Ross, no livro *Direito e Justiça*, traduzido por Edson Bini <sup>14</sup> é mais abrangente que o valor de moral e está esculpido nas leis positivas, sua interpretação e medida de correção, pois a justiça tudo abrange sobre direito e moral,

<sup>12</sup> GUARIGLIA, Osvaldo. *Uma ética para el siglo XXI* – Ética y derechos humanos em um tempo posmetafísico, p. 85-86.

<sup>13</sup> NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8. ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 87.

<sup>14</sup> ROSS, Aff. *Direito e Justiça (On law and justice)* – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2º ed., 2007. p. 313.

destacando o Sermão da Montanha que diz: “ Bem aventurados os que tem fome e Sede de Justiça, pois serão satisfeitos.”<sup>15</sup>

Quando se afirma que a justiça é relativa, quer-se dizer que, mesmo dependendo do contexto que aparece, nunca será absoluta, será sempre um “contentamento descontente”<sup>16</sup> no sentido de que não irá satisfazer a todas as vontades. O Justo nem sempre será o justo para outro. Há de se considerar necessidade, capacidade, posição e condição do sujeito.

Refletir sobre valor de justiça é o mesmo que equidade, justa proporção. No direito a ferramenta de disseminar justiça é a razoável aplicação das normas jurídicas, sua criação e aprimoramentos.

Um dos mais comentados estudiosos sobre o valor da justiça foi Hans Kelsen que escreveu um livro traduzido com o título: ‘O que é Justiça’. Kelsen defende ser impossível generalizar a ideia de justiça e que quando se considera razão e emoção fica comprovada que não existe uma justiça universal. Por isso a relativização das normas (aplicação de acordo com o contexto) é a solução para assegurar a paz e ordem social e aproximar mais do conceito de justo.

## 5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL

Alguns juristas defendem que, sobre a coisa inconstitucional, não se aplica a relativização, visto que, se em desconformidade com a Constituição, a decisão é nula.

Em relação ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa constitucional será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.<sup>17</sup>

Possibilidades:

1) Transito em julgado de decisão que se baseou em Lei que posteriormente foi declarada inconstitucional

---

<sup>15</sup> Mateus- 5:6

<sup>16</sup> “Contentamento descontente” é expressão conhecida no poema *Amor é um Fogo que se arde sem ver* do ilustre poeta Luiz Vaz de Camões

<sup>17</sup> THEODORO, Humberto Junior; CORDEIRO, Juliana Faria. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2003, p 142.

2) Decisão em que o magistrado afasta a aplicação de uma norma que naquele momento era tida como inconstitucional, mas que após o Transito em Julgado dessa decisão a referida norma foi considerada constitucional pelo STF

A Flexibilização da coisa julgada é defendida quando há um posicionamento do Supremo sobre a matéria julgada de forma distinta. Em situações de confronto de regras e princípios constitucionais em que não há participação do STF, a doutrina defende que nesses casos também caberiam a Relativização da Coisa Julgada.

Exemplos ou hipóteses de coisa julgada inconstitucional por Eduardo Andres<sup>18</sup>:

*Caso clássico é o do servidor público que obtém determinada vantagem pecuniária na Justiça e, uma vez transitada em julgado a decisão, está assegurado seu direito de forma definitiva. Um colega seu, exercente do mesmo cargo e função e com o mesmo tempo de serviço público, vai ao Judiciário colimando a obtenção da mesma vantagem, porém, distribuía sua causa a outro magistrado, tem negada essa pretensão, em decisão que também transita em julgado. Entre a primeira e a segunda decisão judicial definitiva, o Supremo Tribunal Federal pronuncia-se pela inconstitucionalidade da vantagem pecuniária.*

*Cria-se, pois, um fato de grande perplexidade, eis que servidores na mesma situação jurídica perceberão diferentes remunerações apenas em decorrência da atuação do Estado-Juiz. A noção prevalente de justiça não é observada no caso citado quando a solução judicial advém de mera mudança ou divergência jurisprudencial, como costuma ocorrer com indesejável frequência. Muitas vezes, o simples momento de ajuizamento da demanda determina seu sucesso ou fracasso.*

*Observe-se que não se está a referir a situações em que o servidor perde a demanda em virtude de negligência processual, por exemplo deixando de recorrer quando tinha essa faculdade.*

*Além disso, é inegável o interesse público na questão, porquanto, no caso narrado, o erário é onerado a cada mês por pagamentos que a Corte Suprema já decidiu indevidos.*

*Outro exemplo clássico é fornecido por ações de investigação de paternidade propostas e apreciadas antes dos atuais exames periciais, que possibilitam, mediante a aferição do código genético, identificar a ascendência com grande precisão. É possível que pronunciamentos definitivos da Justiça sejam contrariados pelos novos exames.*

*Para o Ministro José Delgado (In NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 97), a sentença trântita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.*

---

<sup>18</sup> ANDRES, Eduardo Ferreira Rodriguez. **A coisa Julgada Inconstitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42., n. 166 abr./ jun., 2005.

*Nessas situações, persiste o interesse indisponível, afeto aos direitos de personalidade, de a representação jurídica da filiação ser condizente com a realidade material.*

*Desnecessário mencionar que as relações de parentesco dão azo a inúmeras outras relações jurídicas, mormente na seara do Direito de Família e das Sucessões. Indaga-se, pois, nessas hipóteses, como o Estado pode, a pretexto de estabilizar uma relação jurídica, desconhecer a existência de flagrante inconsistência da decisão judicial transitada em julgado, provocando nítidos e sérios danos aos direitos de personalidade dos envolvidos.*

*(...)*

*São possíveis inúmeros outros exemplos de decisões definitivas em que cabe a discussão acerca de sua imutabilidade. Boa parte delas é albergada nos diversos ramos do Direito Público, quando o interesse geral atua no sentido de questionar as consequências dos julgados. É o caso de decisões que livram contribuintes de exações tributárias as quais são posteriormente declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal.*

*José Delgado (In NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 101) arrola enorme número*

*de hipóteses em que as decisões definitivas afrontariam a Constituição Federal.*

*Algumas delas são: 1) que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado, 2) que nulifique o direito de herança, 3) que impeça a atuação de cultos religiosos, 4) que inviabilize a aposentadoria do trabalhador,*

*5) que considere eficaz e efetiva dívida de jogo ilícito e, por fim, 6) que legitime a violação do sigilo da correspondência.*

## 6. SENTENÇAS INEXISTENTES E NULAS

São situações que a coisa julgada não teria nem se quer se formado. Podemos citar nesse caso, conforme defenderam Tereza Arruda Alvin e José Miguel Garcia, a decisão judicial inquinada de um vício capaz de torná-la juridicamente inexistente e também quando não se tenha realizado conhecimento necessário para que a decisão possa ser protegida pelo manto da coisa julgada<sup>19</sup>.

A doutrina aponta algumas possibilidades de sentenças inexistentes que podemos resumir em: (a) falta do interesse do autor (o juiz não pode decidir extra petita); (b) a falta de legitimidade para a prática dos atos processuais da parte (seja porque determinados atos processuais necessariamente devem ser praticados por um advogado que juntar procuração para atuar na causa, que deve estar inscrito nos quadros da OAB, e em situação regular); (c) pedido não aceito pelo ordenamento jurídico (por exemplo uma sentença que determina a pena de morte no Brasil é ato juridicamente inexistente, visto a ilegalidade da pena). Em outras palavras, necessário se preencher as condições da ação (partes, pedido e causa de

<sup>19</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

pedir), ou a decisão dessa ação estará viciada, por isso mesmo que simulando decisão válida, as sentenças inexistentes podem a qualquer momento ter sua nulidade declarada.

## 7. COISA JULGADA CONTRÁRIA À MORALIDADE, À CONSTITUIÇÃO E À REALIDADE DOS FATOS

Consagrados nos princípios da legalidade e isonomia, optado pelo estado democrático do direito temos a tese da unicidade do direito. Pela escolha da unicidade, é possível estruturar o instituto da coisa julgada com maior praticidade permitindo a revisão de alguns julgados, ainda que definitivos, quando o conteúdo do julgamento for evidentemente errado, ou seja, quando a coisa julgada reconheceu direito subjetivo efetivamente inexistente.<sup>20</sup>

Para TESHEINER, o operador do direito está habituado com a “imodificabilidade” da coisa julgada, mas essa também é suscetível de ser atacada, revista e desconstituída, mesmo que essa ideia pareça contraditória.

É logicamente possível o entendimento de que:

A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito *convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes*. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes os pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará encoberta pela coisa julgada; ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.<sup>21</sup>

Quando pensamos na decisão contrária a Constituição, logo nos remete a Declaratória de Inconstitucionalidade e seus efeitos sobre o objeto de análise. Pois sim, esta é logicamente a solução jurídica para essa situação. Do mesmo modo, faltam os pressupostos de validade da ação quando a matéria decidida contraria a “Lei das leis”.

Porém o assunto não se encerra na nítida ofensa a constituição, visto que essa pode advir de posicionamento posterior do STF. Aqui podemos citar a *sentença baseada em Lei*

---

<sup>20</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pag. 25.

*que posteriormente foi declarada inconstitucional.* A discussão avança no sentido do prazo para a ação rescisória e também nos efeitos *ex tunc*, ou *ex nunc* sobre a decisão, pois, por um lado, o STF no momento da decisão não entendia que a Lei aplicada era inconstitucional, o reconhecimento foi fato futuro, e o juiz decide conforme a legislação vigente; por outro lado, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade só ocorreu depois, a Lei ou é constitucional ou não é, lógico não seria ser constitucional e não mais ser. Por isso, a declaração de nulidade da decisão, com efeito “*ex tunc*” nos parece mais convincente.

## **8. SENTENÇA QUE OFENDE À COISA JULGADA**

Segundo o art. 485, IV do CPC é motivo de Rescisão a Decisão que contraria a coisa julgada. Podemos considerar nesse caso que não foram preenchidas as condições da ação, pois julgar pedido já decidido torna a sentença inexistente, contraria ao direito adquirido. Segundo a legislação processual civil, a coisa julgada pode ser alegada em qualquer momento pelas partes e declarada de ofício também a qualquer tempo no processo pelo juiz. Se isso não ocorre, proferida a sentença, esta não preencheu as condições da ação, por isso inexistente. Se por um lado o prazo para a rescisória previsto no CPC é de apenas dois anos, há de se considerar que a ofensa à coisa julgada está também esculpida na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI é por isso que a doutrina defende não haver prazo para a propositura da ação rescisória ou para melhor denominar, ação declaratória de inexistência da decisão, conforme defende Tereza Alvin.

## **9. TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL**

Relativizar a coisa julgada material significa afastar a intangibilidade da coisa julgada para a análise do caso específico. Um exemplo clássico de Relativização é a permissão do exame de DNA para se aproximar da verdade dos fatos na questão de investigação de paternidade em casos que na época da sentença não foi possível usar-se de tal ferramenta para instrução processual. Antes de existir o exame de DNA as causas de investigação de paternidade eram decididas com base de exame de sangue, fotos, provas testemunhais, entre outras. Com o avanço da ciência e surgimento do exame, mesmo que já precluso o prazo de

dois anos para a ação rescisória, questiona-se se não seria caso de atingir a coisa julgada em favor de princípios constitucionais que protegem os que desejam conhecer a verdade sobre a filiação. Note-se que nesse caso a segurança da coisa julgada é atingida para se chegar a uma decisão mais justa.

Por outro ângulo, é cabível conclusões contrárias que defendem que o objetivo do Estado em dirimir os conflitos de interesse não comporta relações jurídicas continuadas, visto o avanço da ciência e o avanço do campo de pesquisa conforme defende Aragão:

É natural que diante do modo de formação da sentença surgisse a tendência de contrastar o resultado (isto é, o próprio julgamento) com a verdade e se deparasse com a possibilidade de o juiz haver errado, mas mesmo assim sua manifestação ficar revestida da imutabilidade peculiar à coisa julgada, característica esta que independe de a sentença estar efetivamente certa, de representar *a verdade*. Não fosse assim o juiz deveria proceder como pesquisador científico, que reproduz as experiências e renova indefinidamente as investigações até encontrar o resultado final (no caso do processo até descobrir a *verdade*. Mesmo a sentença errada, portanto que não representa a verdade, conduz efetivamente à coisa julgada; proporcional solução estável, imutável.<sup>22</sup>

### 9.1) DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

A Relativização da Coisa Julgada é tema no qual divide a doutrina e tem sido sede de discussões nos tribunais sobre sua possível aplicação em relações jurídicas, sejam de cunho locatário, previdenciário, acidentário, tributário, e outras.

O Nobre doutrinador Cassio Scarpinella descreve sobre as funções positivas e negativas da coisa julgada:

A função *positiva* da coisa julgada relaciona-se à noção de *imutabilidade* da decisão transitada em julgada obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida.

Por sua vez, a chamada função *negativa* da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual *negativo*, isto é, como um fator impeditivo de sua discussão de qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.<sup>23</sup>

No âmbito jurídico é possível encontrar os defensores de que a Coisa julgada deverá ser relativizada quando a decisão for contrária a princípios constitucionais, ou ainda contrária a moralidade ou realidade dos fatos. Mestres consagrados como Humberto Teodoro Junior e

<sup>22</sup> ARAGÃO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 142

<sup>23</sup> SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: sumário e ordinário**. v.2, Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

Candido Rangel Dinamarco<sup>24</sup>, para quem “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretextos de não eternizar litígios”. Para eles, a intangibilidade da coisa julgada não é absoluta.

Há aqueles com a opinião de que a coisa julgada não pode ser atingida pela “desconsideração” para não prejudicar a garantia de segurança jurídica. Essa corrente prioriza a conservação das decisões transitadas em julgado.

## 9.2) POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO

Ainda há pouco tempo, uma correspondente da Revista Consultor Jurídico comentou sobre a colocação de alguns ministros no Anuário da Justiça do Ano de 2011 sobre Relativizar a coisa julgada:

*O ministro **Mauro Campbell** é taxativo. “No lugar de relativizar a coisa julgada, o Judiciário tem de qualificar ainda mais seus julgamentos, julgar melhor”, afirma. Outro ponto para o qual ele chama a atenção é quanto à modulação dos efeitos da decisão. “Com isso, evitaremos a necessidade de revisão da coisa julgada, esta sim uma prática de enorme risco à segurança jurídica.”*

***Hamilton Carvalhido** afirmou que a relativização é necessária, mas em casos “absolutamente excepcionais”. Para **Arnaldo Esteves Lima**, a coisa julgada só pode ser desfeita com ação rescisória. “A 2ª Turma já decidiu por unanimidade que ‘vício insanável pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória”, contou **Humberto Martins**.*

*Para o ministro **Benedito Gonçalves**, em regra, não se pode relativizar a coisa julgada na fase de execução de sentença. “Muitas vezes, um processo leva 15 anos para ser decidido. Depois disso tudo, não me parece razoável rever uma sentença que fixou a regra que está regulando aquela relação social da qual surgiu o conflito”, disse.*

*Já o ministro **Teori Zavascki** diz que há um “mito” em torno do tema. “A discussão começou na época da inflação galopante. Ações demoravam tanto e na fase de execução resultava em um valor pífio. Logo, o princípio da coisa julgada comprometia a justa indenização, que é outro princípio constitucional”, afirmou. Para o ministro, a discussão estaria liquidada se houvesse um prazo de dois anos para se propor ação rescisória em casos especiais.*

***Castro Meira** entende que admitir a relativização total é muito grave. “Mas, nas questões que envolvem a constitucionalidade, há outros valores. Quando uma lei é declarada inconstitucional, a relativização é plenamente aceitável, mas a decisão que a invalidou também tem de transitar em julgado. E os efeitos só se aplicam a situações que ocorrerem depois disso”, entende. As respostas dos ministros integram o [Anuário da Justiça 2011](#).*

*No [lançamento](#) da publicação, o tema também foi repercutido. “O absurdo não transita em julgado”, disse o presidente da Associação dos Magistrados*

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel . **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo, Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003. p. 9-38.

Brasileiros, **Nelson Calandra**. O desembargador afirmou que há questões equivocadas que, muitas vezes, mesmo cobertas pela autoridade da coisa julgada, não podem ser objeto de execução. “Na Vara de Fazenda Pública, eu me deparei com centenas de execuções com erro de cálculo imenso, coisa de bilhões de reais, e que estava de algum modo coberto pela coisa julgada”, contou. Ele afirmou que procurou afastar o resultado absurdo, mostrando que havia um erro de conta.

Calandra lembrou que o Supremo tem se deparado com hipóteses sobre a relativização da coisa julgada. “Essa decorre muito menos de colocar em dúvida a autoridade daquilo que já não cabe mais recurso, que chamamos de coisa julgada material, e sim do fato da morosidade do processo. Ele demora tanto, percorre um caminho tão longo que, quando bate no Supremo Tribunal Federal, aquele julgado já não se mostra mais adequado à interpretação atual do Supremo”.

O advogado-geral da União **Luís Inácio Adams** considera o tema importante. “É um instrumento que, se bem aplicado, evita situações absurdas.” Ele citou o exemplo de uma decisão judicial que declara a isenção ou imunidade fiscal de uma empresa. O Supremo, após julgar uma ação em que foi reconhecida a repercussão geral, emite uma Súmula Vinculante, dizendo que as empresas do setor não têm imunidade. Na opinião de Adams, manter a isenção para a empresa que tem uma decisão favorável transitada em julgado vai fazer com que ela esteja em uma situação privilegiada em relação às concorrentes no que diz respeito à matéria tributária.

Diretora jurídica da Souza Cruz, **Maria Alicia Lima**, afirma que é sempre preocupante qualquer tendência que possa, de alguma forma, prejudicar segurança jurídica. “A partir do momento em que há uma posição consolidada do Judiciário, nós contamos com ela.” Maria Alicia compreende que a iniciativa de modernização para atender melhor o jurisdicionado que, de certo modo, justificaria essa relativização. “Mas, de uma forma geral, preferimos a segurança jurídica a uma situação de indefinição”, completou.

Para o desembargador **Marco Aurélio Bellizze**, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativizar é suprimir a coisa julgada. Ele afirma que o mecanismo é fundamental para a segurança jurídica e que só em situações de evidente dolo autorizariam a supressão da coisa julgada. “A eterna busca pela Justiça perfeita, certamente, impedirá a pacificação das relações sociais. O sistema tem de estar equilibrado para, dentro de um período razoável, julgar com segurança os conflitos.”

Também do TJ fluminense, o desembargador **Luiz Felipe Francisco** afirma que a coisa julgada só deve ser alterada caso se constate algum erro ou nulidade que tenha contribuído para que houvesse o trânsito em julgado indevidamente.

O secretário da Reforma do Judiciário, **Marcelo Vieira**, do Ministério da Justiça, afirmou que o assunto está sendo discutido nos tribunais superiores. “Conseguimos debater o tema no novo CPC. Não está maduro.” Ele contou que o assunto estará inserido nos debates que vão acontecer em maio para ouvir opiniões de todos os profissionais sobre o projeto do novo CPC.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> ITO, Mariana. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. 04 de abril de 2011, 10:23h. <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada#author>>. Acesso em: 05 jul. 2014. Revista **Consultor Jurídico**

No que diz respeito a relativização da coisa julgada nas cortes superiores, prevalece uma variedade de posicionamentos, o que demonstra que o assunto ainda não está dotado de uma mesma interpretação jurídica, formalizando uma ou outra tese.

Por tudo, ainda prevalece a análise do caso concreto, visto que a flexibilização, se aceita, não pode banalizar as sentenças sendo dotada de peculiaridade e especificidade. Carece ainda de um desenvolvimento de parâmetros para garantir melhor segurança, justiça e igualdade nos atos processuais que envolvam decisões transitadas em julgado.

### **9.3) MECANISMOS PROCESSUAIS DE RELATIVIZAÇÃO**

Visando o entendimento da aplicação prática de cada teoria, ficarão demonstradas situações de incidência ou não incidência da flexibilização da coisa julgada material e também os instrumentos processuais para as hipóteses de ação rescisória (exceção à coisa julgada que permite a modificação de sentença transitada em julgado em casos específicos).

A ação rescisória é instrumento processual para romper o que foi decidido na sentença, possível nas hipóteses excepcionais previstas no art. 485 do Código de Processo Civil. Não há que se falar em ação rescisória quando a Decisão contraria a constituição. A sentença deverá ser declarada nula, sem efeitos e para isso bastaria qualquer instrumento processual, como Embargos à Execução.

Para isso é muito importância da análise do caso concreto, utilizando dos instrumentos processuais (coisa julgada e relativização) para atingir o justo fim que pretende o direito.

## **10. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM RELAÇÕES CONTINUATIVAS**

Na sentença proferida recentemente no processo nº0000801.54.2011.403.6128, é levantado pela M.M. Juíza Marília Rechi Gomes De Aguiar Leonel Ferreira da 2º vara do Juizado Especial Federal de Jundiaí verifica-se que não houve julgamento de mérito devido o impedimento de coisa julgada:

*(...) Consulta ao Sistema Informatizado dos Juizados revela que o autor ajuizou ação anterior em que as partes, causa de pedir e o pedido aqui formulado são semelhantes, e tal pedido já foi apreciado. Consta também que a sentença do referido processo já transitou em 2014/630400047196-51399-JEF, em que já foi apreciado o pedido de aposentadoria por invalidez. Há, também, coisa julgada parcial em relação aos autos 0004314-89.2008.4.03.6304, em que foi concedido o auxílio doença e condenado o INSS a implantar a reabilitação profissional. Destaco que sequer foi cumprida integralmente a sentença daquele processo, vez que foi*

*deferida antecipação de tutela nestes autos para suspender a reabilitação profissional sem suspensão do pagamento do auxílio doença. Ainda, caso houvesse agravamento (o que a perícia médica não comprovou), a parte autora não comprova haver formulado novo requerimento administrativo perante o INSS, indeferido ou não apreciado no prazo legal, o que lhe retira o interesse de agir nestes autos.*

*Entendo, assim, que está caracterizada está a coisa julgada, pressuposto processual negativo de constituição válida e regular do processo, segundo o qual não se pode levar à apreciação do Poder Judiciário questão já decidida definitivamente. Não há, com efeito, lide porque o conflito de interesses já foi definitivamente equacionado. A parte autora, com efeito, já exerceu o direito constitucional de ação e a lide foi definitivamente julgada.*

*Consoante o teor do parágrafo terceiro do artigo 267 do Código de Processo Civil, a questão referente à preempção, à litispendência e à coisa julgada (inciso V), bem como a referente às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual) (inciso VI), são de ordem pública e devem ser conhecidas pelo magistrado ex officio, em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.*

*Decorrência direta da extinção do processo é a perda da eficácia da tutela nestes autos concedida, pelo princípio da substituição dos atos processuais.*

*Ante o exposto, reconheço de ofício a coisa julgada e JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, nos termos do artigo 267, inciso V parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil. Com a perda da eficácia da antecipação de tutela concedida, deve o INSS retomar o processo de reabilitação profissional da autora nos termos da sentença do processo 0004314-89.2008.4.03.6304. Contudo, se a segurada se recusar a freqüentar o programa de reabilitação voltado a capacitá-la ao exercício digno de outra função para a qual estará capaz, é certo não se poderá obrigá-la a se submeter ao dito programa, porém, em contrapartida, não se poderá obrigar o INSS a pagar indefinidamente benefício previdenciário pela incapacidade parcial da autora. (...)*

Sobre a decisão é cabível os seguintes apontamentos e argumentação de defesa, para afastar a tese de incidência da coisa julgada e discutir se esta foi injusta, omissa ou contraditória e merece ser reformada:

a) A sentença “a quo” julgou extinto o processo sem resolução de mérito pautada no fundamento de que não houve agravamento da doença conforme descrito no laudo pericial, entendendo ser o mesmo pedido e causa de decisão anterior já estabilizada.

b) A MM. Juíza descreve ainda que ficou caracterizada falta de interesse de agir por parte da Autora.

c) Porém, importa anotar sobre as ações que a Autora propôs em face da Autarquia, ora Requerida, as quais tramitaram perante o Juizado Especial Federal desta Comarca:

- Processo nº 0004314-89.2008.4.03.6304 – Pedido de Concessão de Auxílio Doença ou Aposentadoria por Invalidez, proposta em 24/07/2008. Referida ação foi julgada

procedente quanto ao pedido de concessão de auxílio doença. Referida decisão transitou em julgado em 07/04/2009;

Quanto à propositura da primeira ação, há que frisar que o pedido principal foi o de concessão de Auxílio Doença, portanto, impossível cogitarmos a hipótese de ocorrência de coisa julgada com a presente ação, a qual versa sobre Conversão do Auxílio Doença em Aposentadoria por Invalidez, haja vista que a Autora já recebe o benefício – Auxílio Doença.

- Processo nº 0002034-77.2010.4.03.6304 – Conversão de Auxílio Doença em Aposentadoria por Invalidez, proposta em 06/04/2010. Referida ação foi julgada improcedente, haja vista que em perícia médica realizada, restou comprovada incapacidade parcial e permanente, não sendo, portanto, suficiente para a concessão do benefício pleiteado. Referida decisão transitou em julgado na data de 13/10/2010.

Necessário frisar que no momento da perícia, a qual foi realizada na data 06/05/2010 nos autos já informado acima, a Sra. Perita concluiu que os requisitos para a conversão em aposentadoria por invalidez não estavam preenchidos. Em que pese o laudo ter sido desfavorável à Autora, nada impede o futuro recebimento, considerando que ultrapassado algum tempo ocorreu agravamento do seu quadro clínico.

Em relação à propositura da segunda ação, ainda que dúvidas possam surgir, pois se tratam do mesmo pedido, não há óbice à Autora, diante do agravamento do seu quadro de saúde, por isso requereu o que está sendo apreciado (a advogada da Autora impetrou embargos de declaração para que seja aclarada a contradição dos argumentos da sentença).

**e) Em que pese a Autora ter ingressado com as ações retro mencionadas, a relação processual no caso em concreto é CONTINUATIVA, ou seja, houve mudança no decorrer do tempo constituindo fatos novos conforme se comprovou por toda a documentação acostada no processo, PORTANTO AS DECISÕES DEFINITIVAS ANTERIORES NÃO PODEM IMPEDIR A SOLUÇÃO JURÍDICA DA LIDE ATUAL!! (não faz coisa julgada sobre a matéria em questão neste processo).**

Desta feita, a matéria não está esgotada, haja vista que eventual agravamento ou alteração do quadro de saúde da Autora, permite que o benefício possa ser pleiteado como medida de Justiça. Neste sentido, requereu a advogada da Autora que seja afastada eventual alegação de coisa julgada por parte da Autarquia Ré, até porque, os efeitos da sentença, neste caso, operam sobre o passado e não sobre o futuro.

Por este prisma, a força da coisa julgada tem uma condição implícita: a da cláusula “rebus sic stantibus”, ou seja, ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença, as quais, infelizmente, no caso da Autora, não permaneceram da mesma forma, o que foi demonstrado.

f) E mais, justamente por ter uma ordem judicial anterior que obrigava o INSS a incluir a Autora no plano de Reabilitação, isso inviabilizou a Autora de pleitear administrativamente a Aposentadoria por invalidez, pois as perícias já são marcadas pelo próprio INSS que vinha cumprindo com a determinação judicial, e terminava por a Autora frequentando a escola sem nenhuma expectativa, com dificuldade de locomoção e contrariando a posição dos médicos especialistas que acompanham seu tratamento. **Portanto, não houve falta de interesse de agir da autora, pois o INSS não poderia contrariar uma determinação judicial.**

g) Todo o conjunto probatório é claro, os documentos médicos evidenciam, tanto do Dr. Carlos A. M. Nascimento (doc. 85 e 86 da inicial) que afirma que a Autora não tem condições para o trabalho. E corroborando com isso, comprovando que houve agravamento no quadro de saúde da Autora, consta no laudo datado em 30/10/2011 que a mesma apresenta dificuldade de locomoção: *“Sem condições de trabalho, pois suas lesões são de caráter permanente e irreversíveis. Dificuldade de locomoção”*. A Autora já conta com 49 anos de idade, sempre laborou em funções que exigem a locomoção e até mesmo para se preparar para qualquer outra função, terá que se locomover até o local. A sentença se quer fez considerações sobre essa prova tao importante!!

h) O INSS insiste que a mesma conclua o ensino fundamental, porém a mesma frequenta as aulas sem qualquer expectativa de trabalho, pois sabe que não está aguentando se quer ir e voltar as aulas de ônibus. A situação já se tornou insuportável, pois sua locomoção está agravando cada dia mais sua doença. E mais, seus médicos orientam permanecer em repouso absoluto! E este pedido e documento foi ignorado na sentença “a quo”.

**Dos documentos e respectivas justificativas que não foram analisados na r. Sentença:**

Todos os documentos, (exames/laudos/declarações médicas) que foram juntados à presente ação, foram emitidos após a realização da perícia médica feita no processo nº 0002034-77.2010.4.03.6304, ou seja, após maio/2010.

Concluimos, portanto que é comum em causas previdenciárias decidir-se pela coisa julgada, e que há casos em que, por se tratar de relações continuativas não ocorre a coisa julgada, visto que surgem fatos novos.

Quando estamos diante da coisa julgada previdenciária é necessário também considerar os princípios do direito previdenciário que são protetivos e estão voltados para a sensibilidade social.

## CONCLUSÃO

Vimos que entre os princípios constitucionais não há uma escala de graduação de importância na aplicação, mas que diante do caso concreto ocorre a prevalência de uns sobre os outros, ou mesmo sua aplicação conjunta. Alguns doutrinadores defendem que a afronta a princípios e garantias constitucionais podem motivar a relativização da coisa julgada. E mais, quando a decisão judicial é contrária a Constituição, essa poderá ser entendida como nula, portanto sem efeitos. Nesse caso não existiria coisa julgada, permitindo futuro julgamento sem se falar em Relativização, pois não foi constituída a coisa julgada.

A breve apresentação dos mecanismos processuais de relativização, ou seja, explicando a forma que se procede a rescisão da decisão transitada em julgado se aceita for a flexibilização da coisa julgada objetivou lançar vistas para a execução da teoria defendida.

Não é justo negar a oportunidade de a pessoa se valer de um mecanismo processual que possibilite rever, por meio de uma nova ação, direito previdenciário negado em processo precedente, supostamente fictício. Essa discussão ajudou a entender sobre as situações em que há a formação de novas relações jurídicas com mudança de fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir). Os exemplos da aplicação e não aplicação da tese da Relativização da Coisa Julgada no âmbito das ações previdenciárias e de investigação de paternidade, permitiram uma aproximação do tema da realidade dos processos.

Deixo aqui minha contribuição ao estudo do tema sabendo que o debate continuará presente no âmbito jurídico. Espero que a doutrina e jurisprudência se desenvolvam para melhor alcançá-lo.

Desta forma, com as digressões acerca do tema, espera-se contribuir para o aperfeiçoamento deste importante tema, oferecendo uma pesquisa voltada para a realidade da prática processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRES, Eduardo Ferreira Rodriguez. **A coisa Julgada Inconstitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42., n. 166 abr./ jun., 2005.

ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 197.

ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 142

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 10. ed., p. 120-1.

CALDEIRA, Marcos Flavio Horta. **Coisa Julgada e crítica à sua “relativização”**.1. ed. Brasília: Tessauros, 2012. p.19.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. Revista de Processo. - Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003.

GUARIGLIA, Osvaldo. **Uma ética para el siglo XXI – Ética y derechos humanos em um tempo posmetafísico**, p. 85-86.

ITO, Mariana. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. 04 de abril de 2011, 10:23h. <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada#author>>. Acesso em: 05 jul. 2014. Revista **Consultor Jurídico**.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**,17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013., p. 150-2.

MENDES, Gilmar Ferreira. I. M. Coelho, P. G.G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. Ed. p. 1432.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 87.Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003. p. 9-38.

ROBERTO, Paulo de Oliveira Lima. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997., p. 436-7.

ROSS, Aff. **Direito e Justiça** (*On law and justice*) – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysso Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2º ed., 2007. p. 313.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: sumário e ordinário.** v.2, Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO, Humberto Junior; CORDEIRO, Juliana Faria. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle.** In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional.* 2003, p 142.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**Vade Mecum Compacto.** 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 178.