

# O princípio da Justa Indenização e a Coisa Julgada

André Luiz dos Santos Nakamura<sup>1</sup>

**Resumo:** A sentença que fixa o valor da indenização na ação de desapropriação pode ser extremamente injusta. A impossibilidade de analisar matéria fática nos Tribunais Superiores pode ocasionar o trânsito em julgado sem a possibilidade de revisão do valor estipulado. O direito injusto não pode mais ser admitido, após a superação dos ideais positivistas. Deve haver a relativização da coisa julgada para cumprir o preceito da justa indenização, como resultado da aplicação da ponderação do princípio da segurança jurídica com o da justa indenização, evitando-se a perenização de grave lesão aos cofres públicos. Também ofende a justa indenização os altos juro fixados pelo Judiciário.

**Palavras-chave:** Coisa julgada. Desapropriação. Princípios. Ponderação.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 O princípio da segurança jurídica e o princípio da justa Indenização – necessidade de compatibilização. 2.1 Princípios – ponderação de princípios conflitantes. 3 A justiça das decisões como meta a ser alcançada pelo direito. 4 A teoria da relativização da coisa julgada nas ações de desapropriação; 5 Juros inconstitucionais nas ações de desapropriação; 6 Os meios para relativizar a coisa julgada; 7 Considerações finais.

## 1 Introdução

Em processos de desapropriação ocorrem, por vezes, perícias malfeitas, seja por erro, seja por dolo, que acabam gerando a fixação de uma indenização extremamente alta, extremamente destoante dos valores de mercado, ocasionando um enriquecimento ilícito ao expropriado e prejuízo aos cofres públicos, em

---

1 Procurador do Estado Chefe da 2ª Subprocuradoria do Patrimônio Imobiliário, mestrando em Direito Administrativo pela PUC-SP, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2819, ap. 10ª, Jardim Paulista, São Paulo, SP. CEP 01401-000, tel. 3051-3842/9765-3168, fax 3106-4492, email: anakamura@sp.gov.br.

manifesta afronta ao princípio da justa indenização previsto no art. 5º XXIV da Constituição Federal.

Tais perícias fraudulentas acabam sendo acolhidas na sentença e, às vezes, ocorre o trânsito em julgado da decisão que fixou o valor da indenização.

Iremos analisar a possibilidade de, mesmo em casos de sentença transitada em julgado, rever o valor da indenização.

## **2 O princípio da segurança jurídica e o princípio da justa indenização – necessidade de compatibilização**

### **2.1 Princípios – ponderação de princípios conflitantes**

Princípio jurídico é uma norma abstrata, mais geral do que a lei, positivada expressamente ou não<sup>2</sup>, decorrente do ordenamento jurídico, dando a este uniformidade e coesão, sendo vinculante<sup>3</sup> aos operadores do direito.

Uma das diferenças entre regra e princípio se dá no grau de abstração. Este é mais abstrato do que aquela. A generalização existente nos princípios é maior do que a existente nas regras, por introduzirem valores ou metas a serem atingidas, servindo como norte de interpretação<sup>4</sup>.

Não existe diferença substancial entre regras e princípios. Ambos fazem parte do ordenamento jurídico. As normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-disposições. As normas-disposições têm um conteúdo semântico mais denso e aplicabilidade mais restrita. Já as normas-princípios têm carga semântica menor, mas possuem uma área de atuação muito maior e força valorativa que influem em inúmeras regras. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos:

“Em outras palavras, as Constituições não são conglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram estruturadas num todo, sem embargo de manter a sua unidade hierárquico-normativa; é dizer, todas as normas apresentam o mesmo nível hierár-

2 “Os princípios gerais de direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2006, p. 38.)

3 “Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição. 2007, p. 39)

4 “Os princípios efetivamente têm como característica a maior generalidade dos conceitos por eles introduzidos, e assim são em virtude de consagrarem valores ou metas a serem atingidas, servindo efetivamente como norte de interpretação e referência no processo de hermenêutica, dando coerência ao sistema no qual se encontram que poderá alcançar a finalidade por eles pretendida”. (RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O Registro Público como Proteção dos Mananciais*. In: Revista de Direitos Difusos, vol. 45, pág. 60)

quico. Ainda assim, contudo, é possível identificar o fato de que certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, perdem densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. No fundo, são normas tanto as que encerram princípios quanto as que encerram preceitos<sup>5</sup>”.

Entretanto, o ponto crucial da distinção entre as regras e *princípios* é que estes são *mandamentos de otimização*, ou seja, são satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Já as *regras são determinações*, ou seja, são sempre satisfeitas ou não. As regras são aplicadas ou não, sendo ineficazes se não o forem; os princípios podem não ser aplicados e mesmo assim são eficazes. Assim, a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não uma distinção de grau, conforme lição de Robert Alexy:

“...*princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes... já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e, não, uma distinção de grau<sup>6</sup>”.

A regra enuncia uma conduta a ser seguida. O princípio é o resultado de uma escolha do Constituinte que elegeu um valor a ser perseguido. À regra se aplica a subsunção de um fato. Ao princípio se aplica a uma generalidade de fatos. Quando há colisão de regras, o sistema dá a solução do conflito, pela aplicação do princípio da hierarquia, da especialidade, da temporalidade. Quando há colisão de princípios antagônicos, eles devem ser ponderados<sup>7</sup>.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 1998, p. 54

6 ALEXY, Ribert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 90/91

7 “Existindo duas regras em sentidos opostos, uma delas há de ser excluída, mediante critérios que transcendem as próprias regras: temporalidade (posterior revoga anterior), hierarquia (a de grau superior invalida a inferior), especialidade (a lei especial afasta a geral). Já quando dois ou mais princípios colidem, deverão ser ponderados e balanceados, considerando-se o peso que cada um deles tem, em vista das circunstâncias concretas. Um cederá perante o outro, na medida do necessário, naquele caso. Mas isso não significará declarar inválido o princípio que não prevaleceu, nem lhe introduzir uma cláusula de exceção. Apenas, naquelas específicas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro – podendo ser diversa a ordem de precedência em outras circunstâncias”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 564)

A Constituição de 1988 é estruturada por regras e princípios, alguns implícitos e outros explícitos. Trata-se de aplicação da ideologia do pós-positivismo a qual entende que a Constituição não pode ser somente um conjunto de regras; deve ser um conjunto de regras e princípios, formando um sistema aberto, onde a realização dos direitos fundamentais é a meta e o objetivo fundamental do Constituinte<sup>8</sup>.

A necessidade de ponderar os princípios decorre do fato deles se mostrarem, em certas situações, antagônicos<sup>9</sup>. As várias diretrizes apontadas por eles podem mostrar-se conflitantes. E, como não há hierarquia entre princípios, um deles, no caso concreto, deverá ceder espaço a outro, sem que haja a declaração de invalidade do princípio preterido naquela situação específica<sup>10</sup>. O critério da *urgência*<sup>11</sup> pode ser determinante para a escolha do princípio que deverá prevalecer no caso concreto: em dada situação urgente, se um princípio não for o escolhido como o prevalente, o valor por ele albergado tornar-se-á totalmente sacrificado, sem possibilidade de reparação.

Deve-se ressaltar que, antes de se recorrer à técnica da ponderação de princípios, deve ser avaliado se o valor que se quer proteger é de importância que

---

8 “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 353)

9 “...no texto constitucional, remanescem subjacentes ou explicitados princípios que albergam ou se reportam a valores que podem, em determinadas circunstâncias, revelar-se antagônicos, impendendo, destarte, a sua harmonização, até mesmo em função da segurança que deve ressumar de uma exegese inequívoca dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais integrados em um ordenamento jurídico disciplinador da sociedade”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan. dez. 2003, p. 47.)

10 “Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o interprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o Máximo de cada um, na medida possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 353/354.

11 “Diante da impossibilidade de se chegar a um “denominador comum” para a conciliação de dois ou mais valores conflitantes no caso concreto, verifica-se qual deve (ou quais devem) prevalecer; quais são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece (ou aos bens que não prevalecem) não deve ir além do que requer o fim aprovado: a consecução do bem que prevalece”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 566)

a justifique<sup>12</sup>, haja vista que haverá o afastamento de um valor protegido pelo ordenamento que poderia ter uma incidência na questão. Caso a comparação abstrata não revele valores de igual importância, nem se deve cogitar da ponderação, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

COISA JULGADA – Limites Subjetivos – Funcionário Público Municipal – Inconstitucionalidade de lei municipal que cuidava da irredutibilidade de vencimentos – Apelação interposta buscando a relativização da coisa julgada, com a consequente revisão dos vencimentos – Impossibilidade, pois a coisa julgada tem como base a segurança jurídica e nem mesmo a lei pode prejudicá-la, na forma do art. 5º, Inc. XXXVI da Constituição Federal – Tema que deveria ter sido atacado através de ação rescisória ou embargos à execução, nestes, como matéria de defesa – Relativização somente possível acaso o valor em jogo seja constitucionalmente mais elevado, relevante e significativo do que a segurança jurídica – Lide envolvendo interesse patrimonial insuficiente para que se afaste os efeitos de imutabilidade do julgado – Recurso desprovido. (TJSP – Apelação Cível n. 619.408-5/9-00 – São Paulo – 7ª Câmara “C” de Direito Público – Relator: Marcus Onodera – 27/3/9 – V.U. – Voto n. 663)

O procedimento para a ponderação deve ser assim realizado: cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas; após, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; e, por fim, deve decidir, analisando os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso; também, deve decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo procedimento deve ser guiado pela aplicação do princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade<sup>13</sup>.

12 “Deverá ser definida a relevância axiológica do bem atingido (ou dos bens atingidos) pela decisão processual ou substancialmente errada. Caberá primeiro considerar se abstratamente ele reveste de valor constitucional suficiente para contrapor-se à segurança jurídica e demais valores resguardados pela manutenção da coisa julgada. Se nem mesmo abstratamente houver a contraposição, não há como levar o exame adiante. A consideração do peso concreto dos valores envolvidos apenas tem vez quando eles equiparam-se (ou for impossível desigualá-los) no exame abstrato”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 585)

13 “De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir... Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em posição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos

Os valores que são preteridos no caso concreto devem sê-lo na intensidade e medida imprescindíveis à defesa do valor eleito como o prioritário<sup>14</sup>. Qualquer afastamento de um princípio constitucional em intensidade e quantidade não necessárias para fazer valer o princípio eleito no caso concreto como o prevalecente será inconstitucional.

Entretanto, é notório que a ponderação de princípios é altamente subjetiva<sup>15</sup> e pode proporcionar abusos por parte do magistrado<sup>16</sup>. Somente em situações onde o sistema jurídico não dê uma solução clara para a questão pode-se recorrer à ponderação de princípios, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“Engana-se, assim, quem pensa que a proporcionalidade é uma saída para todos os males ou um “superprincípio” capaz de acomodar a coisa julgada diante de princípio constitucional. Na verdade, a proporcionalidade em sentido estrito não só é um método complementar, mas também perigoso, por dar ao juiz um poder de difícil racionalização<sup>17</sup>”.

Assim, a ponderação de princípios deve ser usada com muita cautela, somente em situações excepcionais e sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade e necessidade.

---

do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 361/362)

- 14 “A *ponderação* propriamente dita deve ser conjugada com as outras duas diretrizes, da *adequação* e da *necessidade*: o prejuízo do bem jurídico (que não irá prevalecer no caso concreto) não deve ir mais além do que requer o fim aprovado (a consecução do valor jurídico que irá prevalecer)”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 605)
- 15 “No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 363/364)
- 16 “A proporcionalidade em sentido estrito não é um princípio nem, muito menos, um superprincípio. É isto sim, uma regra, que apenas pode ser usada em casos excepcionais, de colisão de direitos de igual hierarquia, cuja solução não pode se dar mediante outro método que não a ponderação no caso concreto. A regra da proporcionalidade em sentido estrito somente deve ser utilizada em situações extremas, em que não exista outra alternativa a não ser a ponderação dos direitos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, p. 183)
- 17 MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008, p. 189/190

### 3 A justiça das decisões como meta a ser alcançada pelo direito

A Justiça é uma meta a ser alcançada pelo Direito<sup>18</sup>. Entretanto, a mera injustiça de uma decisão é fator que, por si só, não lhe retira a validade.

O positivismo propõe que a Justiça é um pseudoproblema<sup>19</sup>. O conceito desta seria movediço, não existindo uma definição do que seria o justo; portanto, o direito deveria se apartar da noção de moral e justiça<sup>20</sup>, valendo por si mesmo, independentemente de seu conteúdo ético. A validade de uma norma jurídica adviria da validade de norma superior que lhe daria fundamento jurídico e não de seu conteúdo que poderia ser justo ou injusto, conforme ensinamento de Hans Kelsen:

“Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com outro sistema moral e com ele eventualmente a concordar de facto, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se pressuponho a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o

18 “A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, isto é, como valor fundante do direito ao longo do processo dialógico da história”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 372)

19 “Em primeiro lugar, os neopositivistas ou neo-empiristas consideram que não se pode dizer que a procura do fundamento do Direito corresponda a um problema: a justiça é antes um aspiração emocional, suscetível de inclinar os homens segundo diversas direções, em função de contingências humanas de lugar e de tempo. Sendo impossível decidir-se por qualquer delas com base em dados verificáveis, a justiça é, do ponto de vista da ciência, um pseudoproblema, o que não impede que, do ponto de vista da Moral, seja uma exigência de ordem prática, de natureza afetiva ou ideológica”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p.370.)

20 “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito... A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo facto de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo facto de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre direito e Moral”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 93/94.)

conceito de Direito não caiba no conceito de bom... a pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral<sup>21</sup>.

Assim, pelo que percebemos da lição da Kelsen acima, o positivismo não negava que o Direito deveria ser justo<sup>22</sup>, muito pelo contrário. A ideia de que o Direito deve ser justo nunca foi contestada pelo positivismo. Foi constatado que não existe uma única moral, uma noção única de justo. Há várias noções do que é moral e várias noções de justiça<sup>23</sup>. O Direito, assim, deve ser justo e moral, o que não significa que todas as modalidades de moralidade e justiça sejam, necessariamente, acobertadas pelo direito vigente e que este fato lhe retire a validade<sup>24</sup>.

---

21 KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 104

22 “Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de facto *existe* entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que *deve* existir entre os dois sistemas de normas... O Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo -, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é Moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita que a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 99/100)

23 “Significa, sim, que não há valores absolutos, mas apenas há valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos actos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 104/105)

24 “E, mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como “moral” ou “justa” e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coacção que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta. Com efeito, quando se não pressuponha qualquer *a priori* como dado, isto é, quando não se pressuponha qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. E, nesse caso, não se poderá negar que também que aquilo que a ordem coercitiva em questão prescreve pode ser tido por bom ou justo, e aquilo que ela proíbe por mau ou injusto; e que, portanto, também ela é – relativamente – moral ou justa”. (KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado, p. 102)

O positivismo, apesar de não pregar um direito injusto, proporcionou as condições para que se instasse um direito totalmente desprovido da ética e da moral. Houve uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico e a pretensão de igualar a ciência jurídica às ciências naturais<sup>25</sup>, o que não é possível, visto que o direito se destina a regular os comportamentos humanos e estes não se explicam pelas leis da natureza.

A ideia de um direito extremamente formal, sem considerar seu conteúdo ético, propiciou que regimes totalitaristas chegassem ao poder de acordo com a estrita legalidade então existente<sup>26</sup>. A Segunda Guerra Mundial mostrou ao mundo os regimes nazistas e fascistas que, em nome da legalidade, promoveram bárbaries de toda ordem. Tal fato levou a repensar o direito o qual não poderia ser algo somente formal, devendo, sim, buscar sua validade na moral e na justiça.

Começou-se a pensar o direito não somente como norma. O direito foi visto não somente como a totalidade das leis e sim como um produto derivado dos princípios gerais de direito contidos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico. Estas, se injustas, contrariam o direito e não têm validade perante aquele. Tal entendimento foi manifestado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

“A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do estado de direito, foi modificada na Lei fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à ‘lei e ao direito’ (art. 20, § 3º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam facticamente, isso não acontece de

25 “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 350/351.)

26 “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 351)

maneira constante nem necessária. O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto às disposições positivas do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito, que tem sua fonte no ordenamento jurídico constitucional como um conjunto de sentido e é capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita; encontrar essa excedência de direito e concretizá-la em decisões é a tarefa da jurisprudência<sup>27</sup>.

Uma norma injusta não pode ser considerada válida, mesmo que estabelecida em conformidade com o ordenamento jurídico. Segundo Alexy, “o pressuposto da validade jurídica de uma norma individual é que ela apresente um mínimo de justificabilidade moral<sup>28</sup>. O positivismo, assim, perdeu seu espaço, dando lugar ao *pós-positivismo*. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso:

“O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética<sup>29</sup>”.

Houve, novamente, o encontro do Direito com a ideia de Justiça. Há o entendimento de que a garantia de acesso à justiça significa o acesso a uma ordem jurídica *justa*<sup>30</sup>.

Atualmente, portanto, a Justiça da decisão é um fator de grande importância para a legitimidade da lei e da função jurisdicional. Todos os valores protegidos pelo ordenamento jurídico pressupõem a busca da justiça, como condição de existência destes, conforme lição de Miguel Reale:

“Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica.

---

27 BVerfGE 34, 269. In: ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.

28 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 111

29 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 351/352

30 “A garantia constitucional da inafastabilidade da atuação do Judiciário nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direito não assegura, por si só, a justiça da tutela jurisdicional por ele representada. Sem dúvida sustenta-se que tal garantia propicia não apenas o acesso a uma prestação jurisdicional, como também a uma ordem jurídica justa, que deriva do próprio sistema. Destarte as decisões judiciais nos casos concretos deveriam convergir para essa mesma ordem, prestigiando o justo na solução de conflitos individuais e coletivos”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 64)

Utilidade, tranqüilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da ordem e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio... a nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a condição primeira de todos eles, a *condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham<sup>31</sup>.

Entretanto, mais uma vez, caímos na mesma questão enfrentada pelos positivistas. Qual o conceito de justiça? A ideia de justiça varia conforme o tempo, lugar, condição social e outros fatores condicionantes da personalidade humana<sup>32</sup>.

A sociedade não é justa. Os homens, em sua grande maioria, não são justos. Se todos fossem justos, se todos cumprissem seus deveres, haveria uma sociedade justa<sup>33</sup> e o direito não teria utilidade prática, porque não haveria conflitos de interesses.

A ordem jurídica deve sim buscar realizar a justiça. Entretanto, tal intuito, não raro, nunca será plenamente atingido; será um fim a ser incessantemente buscado e dificilmente alcançado, seja porque os homens, em sua maioria não são justos, e, conseqüentemente, a sociedade não é justa, seja porque a noção de justiça é subjetiva e sempre haverá quem se sinta injustiçado, por mais acertada que seja a decisão judicial ou a lei.

Enfim, concluímos, conforme lição de Reale, que “no fundo, o *jurídico* é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo<sup>34</sup>”.

#### **4 A teoria da relativização da coisa julgada nas ações de desapropriação**

O princípio da justiça das decisões judiciais e o da segurança jurídica colidem. A segurança jurídica ocasiona a cessação da busca da justiça a partir de

31 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p 371

32 “Cada época tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p. 371)

33 “Eis, por conseguinte, como e porque a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma proteção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores através do tempo”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996, p 372)

34 REALE. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994, p. 713.

determinado momento. Entretanto, como acima se demonstrou, não é aceitável a existência de um direito injusto.

Deve existir uma distribuição equilibrada entre normas que garantam a segurança jurídica e a justiça do julgamento do caso concreto<sup>35</sup>. Tem-se admitido a relativização da coisa julgada sempre que esta cause um sacrifício de princípio ou valor garantido pela Constituição, ocasionando extrema injustiça<sup>36</sup>. Sobre a teoria da relativização da coisa julgada<sup>37</sup> assim se manifesta Cândido Rangel Dinamarco:

“Mesmo as sentenças de mérito só ficam imunizadas pela autoridade do julgado quando dotadas de uma *imperatividade possível*: não merecem tal imunidade (a) aquelas que em seu decisório enunciem resultados materialmente impossíveis ou (b) as que, por colidirem com valores de elevada relevância ética, humana, social ou política, também amparados constitucionalmente, sejam portadoras de uma impossibilidade jurídico-constitucional... As impossibilidades *jurídico-constitucionais* são o resultado de um equilibrado juízo comparativo entre a relevância ético-política da coisa julgada material como fato de segurança jurídica e a grandeza de outros valores humanos, éticos, sociais e políticos, alçados à dignidade de garantia constitucional tanto quanto ela... Por isso, não ficam imunizadas as sentenças que transgridam frontalmente um desses valores, porque não se legitima que, *para evitar a perenização de conflitos, perenizem inconstitucionalidades de extrema gravidade ou injustiças insuportáveis e manifestas*. Obviamente, são excepcionalíssimos os casos em que, por um confronto de aberrante magnitude com a ordem constitucional, a autoridade do julgado merece ser assim mitigada – porque a generalização das regras atenuadoras de seus rigores equivaleria a transgredir a garantia constitucional da *res judicatae* e assim negar valor ao legítimo desiderato de segurança nas relações jurídicas, nela consagrado<sup>38</sup>”.

35 “É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto”. (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009, p. 354)

36 “Mas não restam dúvidas de que a sacralização da coisa julgada material vai sendo paulatinamente erodida, aceitando-se a sua relativização sempre que o conflito de valores torna-se mais agudo em razão da intensidade da injustiça do caso concreto ou do grau de sua colidência com os princípios informativos e fundamentais do ordenamento jurídico”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan. dez. 2003, p. 80)

37 “Portanto, *não* será em todo caso de “coisa julgada inconstitucional” que se legitimará a quebra da coisa julgada. Caberá aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer: o da segurança jurídica, de que a coisa julgada é instrumento, ou aqueles afrontados pelo pronunciamento “inconstitucional”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 562.)

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2009, p. 315

A coisa julgada pode ocorrer em casos de flagrante ilegalidade, inconstitucionalidade e injustiça<sup>39</sup>, sob o fundamento de assegurar a segurança jurídica. Esta é um princípio que pode colidir com a busca da justiça, bem como com outros valores de igual importância que mereçam ser protegidos.

Assim, em certas hipóteses, mediante a ponderação do princípio da segurança jurídica com outros valores constitucionais, pode resultar na necessidade da coisa julgada ser relativizada como forma de assegurar o preavencimento, no caso concreto, de outro valor que se revele mais relevante<sup>40</sup>, conforme ensinamento de Donaldo Armelin:

“O ideal seria a manutenção da segurança sem sacrifício da justiça, resguardando-se uma proporção ideal entre a atuação de um e de outro desses valores, sem se perder de vista que a justiça é o objetivo maior do sistema jurídico. Para esse tipo de proporcionalização, adequado seria evitar que casos extremos de afronta ao valor justiça pudessem remanescer intocados *ad aeternum*, como sucede, se e quando for erigida a coisa julgada material como um resultado absoluto e intangível, quaisquer que sejam as circunstâncias que geraram a sua formação e qualquer que seja o seu grau de oposição ao sistema jurídico vigente e aos princípios que o informam. O grau de descompasso entre o decidido e estes seria o critério para o afastamento dessa imutabilidade, para que a decisão por ele tarjada perdesse o signo da injustiça coram populo<sup>41</sup>”.

A desconformidade entre a decisão judicial transitada em julgado e o valor justiça pode ocorrer em razão de várias circunstâncias. As mais frequentes são: a) o erro, dolo ou fraude do órgão judicante; b) a fraude da parte ou dos órgãos auxiliares da Justiça; c) erro ou a inércia da parte no seu desempenho processual, nisso compreendido o erro, dolo ou omissão de seu representante técnico; e) a

39 “É matéria pacificada que tanto o direito adquirido como o ato jurídico perfeito não se revestem dessa garantia constitucional se corporificados contra dispositivo legal cogente. O mesmo, todavia, incorre no que concerne à coisa julgada, que pode impor a intangibilidade de decisões *contra legem*, considerando-se a sua disciplina infraconstitucional. Ou seja, pode gerar uma decisão judicial injusta imune a qualquer possibilidade de modificação diversa daquelas especificamente explicitadas no plano da legislação ordinária. Nisso reside o núcleo do problema atinente à necessidade de, nesse caso específico, serem harmonizados os princípios que respaldam a *segurança jurídica* e a *justiça*”. (ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 48)

40 “No exame da coisa julgada, quando a concreta ponderação de bens conduzir à preponderância de outro valor em face da segurança jurídica, a regra da coisa julgada terá sua incidência afastada, excluída, no caso concreto (ao passo que o princípio da segurança jurídica será “ponderado”, cederá parcialmente espaço, será assim, “relativizado”). Daí por que se pode mesmo falar em quebra, “desconsideração” da coisa julgada”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 577)

41 ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p. 66

evolução do estado de técnica, em se tratando de meio de prova; f) má aplicação do direito à espécie *sub judice*<sup>42</sup>.

Quando as decisões que se afastam da realidade fática, por omissão da parte vencida, são relativas a direitos disponíveis, são mais aceitáveis, na medida em que esses direitos são passíveis de renúncia e transação e, pois, a omissão da parte por ela prejudicada no processo poderia ser a estas analogada. Porém, quando ocorre com direitos indisponíveis em que tais figuras de autocomposição são vedadas, é mais grave a situação de desconformidade. Logo, manifesta a heterogeneidade de situações, o seu tratamento há de ser também diferenciado sob o prisma da subsistência da imutabilidade da decisão coberta pela coisa julgada, que superou o prazo para o ajuizamento da rescisória ou se desvendou insubsunível às suas hipóteses de cabimento.

Nem sempre a relativização deve conduzir ao desfazimento da coisa julgada. Haveria casos em que o princípio da proporcionalidade recomendaria que se mantivesse a coisa julgada e se optasse pela indenização que seria paga pela parte indevidamente beneficiada pela coisa julgada relativizada. Tal solução seria necessária, principalmente, quando houvesse terceiros de boa-fé envolvidos em relações jurídicas posteriores e derivadas da coisa julgada. Nesse sentido é a lição de Eduardo Talamini:

“Pense-se nos casos em que esses efeitos já repercutiram inclusive sobre a esfera jurídica de terceiros de boa-fé. Considerem-se ainda as situações cujo desfazimento seria extremamente complexo e sacrificante a outros direitos das próprias partes do processo anterior – e assim por diante. Vale dizer: no momento de aplicação dos subprincípios da adequação e da necessidade, pode-se concluir que o instrumento menos sacrificante e suficientemente idôneo para o caso concreto é a indenização em lugar da desconstituição dos efeitos da sentença<sup>43</sup>”.

Também, poderia ocorrer de, no caso concreto, apesar de ter existido a lesão a princípio constitucional de grande relevância abstrata, em concreto, não haveria prejuízo considerável para a parte. Nessa hipótese, em virtude do princípio da proporcionalidade, dever-se-ia dar prevalência ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Eduardo Talamini:

“...pode ocorrer que o valor constitucional afrontado pela sentença seja de extrema magnitude abstrata. Todavia, se concretamente houver sido pequena ou nenhuma a

---

42 “DANO MORAL – Erro médico – Indenização – Ação julgada procedente – Fixação do “quantum” em cruzeiros reais – Conversão e atualização em moeda atual – Valor que após tal providência mostrou-se exageradamente elevado – Redução – Admissibilidade – Distorção da realidade e desdobrante dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade – Flexibilização ou relativização da coisa julgada – Adequação ao justo valor – Recurso parcialmente provido”. (TJSP – Apelação Cível n. 882.506-0/6 – São Bernardo do Campo – 28ª Câmara de Direito Privado – Relator: César Lacerda – 15.12.05 – V.U. – Voto n. 5.971)

43 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 609

repercussão danosa da sentença na esfera jurídica do jurisdicionado, já isso bastará para se afastar a possibilidade de quebra da coisa julgada. Na aplicação da proporcionalidade, estar-se-á constatando que a prevalência da segurança jurídica é menos gravosa do que a dos(s) outros(s) valor(es) envolvido(s)<sup>44</sup>.

A coisa julgada não é um valor absoluto, que pode ser colidente com outros valores constitucionalmente protegidos que são tão ou mais importantes que a segurança jurídica. Entretanto, deve a relativização da coisa julgada ser aplicada com muita cautela, somente em casos excepcionais, visto que se trata de uma derrogação, no caso concreto, de um princípio que tem guarida constitucional.

Primeiramente deve-se usar dos meios ordinários para a desconstituição da coisa julgada, tal como a ação rescisória e os embargos à execução. Somente na impossibilidade e insucesso destes, em casos de extrema relevância, pode-se cogitar da utilização da relativização da coisa julgada, conforme lição de Luiz Rodrigues Wambier:

“Então, o ponto nuclear da discussão sobre a “relativização” reside na seguinte pergunta: é admissível a revisão atípica da coisa julgada? Por um lado, não é possível descartar que excepcionalmente, em casos concretos, a coisa julgada – que é sem dúvida uma garantia fundamental constitucional – preste-se a acobertar sentença que manifestamente viole outros direitos fundamentais. Nesse caso, tem-se um conflito entre princípios constitucionais. Quando isso ocorrer, deverão a *princípio* ser usados os meios típicos de impugnação da coisa julgada (ação rescisória, embargos do art. 741, parágrafo único etc.). No entanto, quando não for admissível o emprego dos meios típicos (seja porque o caso não se enquadra em suas hipóteses de cabimento, seja porque já se esgotou o prazo para o meio típico), não parece viável uma solução absoluta, na base do “tudo ou nada”. Nem é possível dizer que sempre cairá por terra a coisa julgada, nem é possível afirmar o exato oposto, no sentido de que seria sempre vedada a revisão típica. Não há como deixar de aplicar em tais hipóteses o princípio da proporcionalidade<sup>45</sup>”.

Os princípios que respaldam a *justiça e segurança jurídica* harmonizam-se no sistema jurídico, com prevalência<sup>46</sup> deste último valor no instituto da coisa julgada material. Isto decorre não apenas da relevância da segurança jurídica para a higidez do tecido social como, ainda, da adoção pelo sistema processual da suficiência da verdade formal para lastrear as decisões judiciais.

44 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 596.

45 WAMBIER, Luiz Rodrigues “et Al”. *Curso Avançado de Processo Civil vol. 1*. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006, p. 507/508.

46 “Essa prevalência, contudo, embora seja a regra, não deveria subsistir nas hipóteses macroscópicas de afronta da decisão transita em julgado aos demais princípios fundamentais e informativos do sistema, notadamente quando expressamente engastados na estrutura da Constituição Federal”. (ARMELIN, Donald. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003, p.85)

A simples injustiça de uma decisão judicial não é razão para a desconstituição da coisa julgada. A injustiça da decisão é uma consequência inevitável de um sistema jurídico que se propõe a colocar fim aos litígios que resolve. A coisa julgada é a escolha do sistema, a partir de dado momento, pela segurança jurídica, independentemente da justiça da decisão<sup>47</sup>, como única forma de colocar fim aos litígios e garantir a eficiência e credibilidade do Judiciário. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara:

“Significa isto dizer que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada<sup>48</sup>”.

Contudo, na ocorrência de *injustiças graves*, deve haver a relativização da coisa julgada nos processos de desapropriação em que se verifica ofensa ao princípio da justa indenização.

Entenda-se por injustiça grave somente a ofensa a princípio ou norma com proteção constitucional. Nessa hipótese, a sentença é contrária à Constituição, sendo, assim, inconstitucional. Uma sentença inconstitucional é algo intolerável. A sentença inconstitucional permite ao juiz revogar a Constituição, o que não se pode aceitar, visto que nenhuma autoridade tem este poder, conforme lição de Alexandre Freitas Câmara:

“Pois pode acontecer de uma sentença inconstitucional transitar em julgado. Basta pensar em sentença que, em processo de desapropriação, não observe o princípio da justa indenização... sentenças inconstitucionais, então, podem ser proferidas e transitar em julgado. Ocorre que, como sabido, a inconstitucionalidade é vício insanável. Assim, não parece razoável admitir que ao transitar em julgado a sentença inconstitucional estaria ela a salvo de qualquer controle de constitucionalidade. Aceitar tal tese implicaria admitir que o juiz tem um poder que ninguém mais possui; o de, por ato seu, modificar a Constituição da República, ou até mesmo o de afastar a incidência de norma constitucional em um dado caso concreto<sup>49</sup>”.

---

47 “Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com democracia, com o Estado Democrático de Direito. *Desconsiderar-se* a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando de dar-se aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 9ª edição, 2006, p 599/600)

48 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466

49 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466/467

O princípio da justa indenização tem previsão constitucional (art. 5º XXIV da Constituição Federal). Este não tem valor menor do que a garantia da coisa julgada (art. 5º XXXVI da Constituição Federal), que dá guarida ao princípio da segurança jurídica. Havendo a colisão de dois princípios constitucionais, deve-se, no caso concreto, fazer a ponderação destes, podendo a coisa julgada ser relativizada para garantir a integridade dos cofres públicos, bem como evitar um enriquecimento ilícito por parte do expropriado.

Nem se diga que o referido princípio somente protege o expropriado. Ele tem aplicação também ao expropriante. A justa indenização para o expropriado não pode significar injusta indenização para o expropriante. Não se faz justiça para uma parte à custa de uma injustiça para a outra parte. O princípio da justa indenização protege o expropriado contra uma indenização que não reponha o seu patrimônio, bem como impede que o expropriante seja lesado com uma indenização acima do valor real do imóvel, conforme lição de Dinamarco:

“Aparentemente, a garantia da *justa e prévia indenização* poderia parecer destinada com exclusividade ao resguardo do direito de propriedade e, portanto, configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Essa insinuação vem não só da topologia da garantia, situada no capítulo *dos direitos e garantias individuais e coletivos*, mas também de sua própria redação. Os precedentes jurisprudenciais que se formaram a esse respeito, todavia, apoiam-se, ainda que não tão explicitamente, em uma visão bipolar da garantia expressa pelo inc. XXIV do art. 5º constitucional. Nessa perspectiva, o *preço justo* figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios. Nem haveria como entender de modo diferente o emprego do adjetivo *justo*, dado que a própria *justiça* é em si mesma um conceito bilateral, não se concebendo que algo seja “justo” para um sujeito sem sê-lo para outro. Não se faz “justiça” à custa de uma injustiça<sup>50</sup>”.

Além do princípio da justa e prévia indenização, o princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição Federal, não tolera uma indenização fixada acima do valor de mercado<sup>51</sup>. Assim, uma coisa julgada que fixe uma indenização acima do valor de mercado ofende a dois princípios constitu-

50 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição, p. 249

51 “Resultado que o conceito de *moralidade administrativa* coincide com a ideia de *zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos*; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo. A Constituição Federal manifesta essa intenção, em um primeiro plano, ao dar aos integrantes do povo, que são os *cidadãos*, legitimidade para buscar da justiça a observância dos padrões exigíveis de moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII) e, correspondentemente, ao outorgar aos juizes o poder de fazer o controle da moralidade e da improbidade.” (DINAMARCO. Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição, p. 250/251)

cionais (moralidade administrativa e justa indenização), razão pela qual justifica o afastamento da garantia da coisa julgada em casos graves<sup>52</sup>.

A revisão da coisa julgada em processos de desapropriação tem sido acolhida pela Jurisprudência. Em 1982 no Recurso Extraordinário nº 93412, a favor do expropriado, onde o STF determinou que fosse realizada nova perícia no imóvel, inobstante a existência de sentença, onde o valor da indenização já estava estabelecido:

“DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO (ATUALIZAÇÃO). EXTRAVIO DE AUTOS. NOVA AVALIAÇÃO. COISA JULGADA. NÃO OFENDE A COISA JULGADA A DECISÃO QUE, NA EXECUÇÃO, DETERMINA NOVA AVALIAÇÃO PARA ATUALIZAR O VALOR DO IMÓVEL, CONSTANTE DE LAUDO ANTIGO, TENDO EM VISTA ATENDER À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO, PROCRASTINADA POR CULPA DA EXPROPRIANTE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO<sup>53</sup>”.

Recentemente, o STJ firmou o entendimento de que erros materiais ou a superestimação intencional do valor da indenização escapam do manto da coisa julgada, bem como que não se deve permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito, em consonância com a garantia constitucional da justa indenização, proteção ao direito de propriedade e preservação do patrimônio público, conforme decisões abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO. SUPOSTA VIOLAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. ERRO MATERIAL DE MULTIPLICAÇÃO EXISTENTE. RETIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA.

1. O erro material não tem o condão de tornar imutável a parte do *decisum* onde se localiza contradição passível de correção do resultado do julgado.

2. É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

52 “Poder-se-ia questionar se essa regra não ofenderia a garantia da coisa julgada. Acontece, porém, que os erros de cálculo ou erros materiais, segundo entendimento firmado na jurisprudência, não são alcançados pelo manto da coisa julgada, permitindo a correção a qualquer momento. Ademais, em se tratando de verbas públicas, deve-se exigir a aplicação do princípio da moralidade que, em confronto com a garantia da coisa julgada, enseja a aplicação do princípio da proporcionalidade para empreender a aplicação da tese da relativização da coisa julgada em favor da moralidade administrativa, evitando-se desvios de verbas públicas e pagamentos indevidos com recursos orçamentários”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6ª edição, 2008, p. 309)

53 STF – RE 93412, Relator(a): Min. CLOVIS RAMALHETE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/5/1982, DJ 4/6/1982 PP-05461 EMENT VOL-01257-01 PP-00333 RTJ VOL-00102-01 PP-00276

3. Consectariamente, erros materiais ou a superestimação intencional do valor da “justa indenização” escapam do manto da coisa julgada, como cedição na jurisprudência do próprio STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a atualização do *quantum debeatur* no processo satisfativo.

4. Na hipótese, constatou-se a existência de erro material no julgado, porquanto o laudo pericial homologado pelo juízo avaliou a área por preço do hectare e multiplicou pela área de 6.685,245 hectares, quando a área desapropriada, em verdade, era de 4.840,011 hectares, conforme constatado pelo levantamento topográfico da área, não contestado pelas partes, sem prejuízo de a decisão originária ter assentado que “não me parece razoável denegar o pleito formulado pela autarquia em atendimento ao princípio da justa indenização, ante a incomensurável valorização do preço do hectare na área onde se situa o imóvel expropriado, que resulta em simplesmente 158%, ainda que se considera o espaço temporal de dez anos entre a data da avaliação e aquelas utilizadas como referência pelo INCRA, nas planilhas de fls. 342/349”.

5. Deveras, o E. STF tem assentado que “não ofende a coisa julgada da decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização” (STF, RE. 93412/SC, Rel. Min. Clovis Ramalhete, DJ. 4/6/1982), princípio que se estende às hipóteses de superestimativa calcada em erro material.

6. Precedentes do STJ: REsp 283.321/SP, DJU 19/2/2001; REsp 37.085-0/SP, DJU 20/6/94.

7. Recurso especial provido.<sup>54</sup>

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO.

FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

1. Desmerece êxito recurso especial desafiado contra acórdão que repeliu alegativa de ofensa à coisa julgada, apoiando decisão monocrática acolhedora de exceção de pré-executividade proposta com o fito de corrigir erro cometido pela sentença quanto à determinação do marco inicial da correção monetária a incidir sobre o valor devido.

2. Não obstante, em decisão anterior já transitada em julgado, se haja definido o termo inicial da correção monetária, não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada principalmente tendo-se em vista o evidente erro cometido pela sentença que determina que a correção seja computada desde a instalação das redes em 1972, havendo o laudo pericial sido elaborado com base em valores de agosto de 1980.

3. O *bis in idem* perpetrado pela aplicação retroativa da correção monetária aumentou em seis vezes o valor devido, o que não se compadece com o conceito da justa

54 STJ – REsp 765.566/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/4/2007, DJ 31/5/2007, p. 342

indenização preconizada no texto constitucional, impondo-se inelutável a sua retificação sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado, pois, se é certo que os expropriados devem receber o pagamento justo, é certo, também, que este deve se pautar segundo os padrões da normalidade e da moralidade. Não se deve esquecer que a correção monetária visa à atualização da moeda e apenas isso. Não se pretende por meio dela a penalização do devedor.

4. Não deve se permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito. Repito, ambas as partes merecem ampla proteção, o que se afigura palpável no resguardo do princípio da justa indenização. Abriga-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da *res judicata*. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.

6. Recurso especial desprovido<sup>55</sup>.

Não se trata de buscar um privilégio indevido para o Estado expropriante. Trata-se de uma necessidade imprescindível à proteção da moralidade administrativa e à garantia da justa indenização. O laudo que fixa a indenização é matéria probatória que não é objeto de análise pelos Tribunais Superiores<sup>56</sup>. Assim, pode uma indenização absurdamente discrepante do valor de mercado do imóvel transitar em julgado, em prejuízo aos cofres públicos e a toda sociedade que custeia o Estado por meio de tributos. A coisa julgada não pode servir de escudo ao enriquecimento ilícito do expropriado em detrimento do Poder Público, visto que esta não é um valor de maior relevância do que os princípios da justa indenização e da moralidade administrativa.

## 5 Juros inconstitucionais nas ações de desapropriação

Outra questão que deve merecer atenção das Fazendas Públicas e da Jurisprudência é a absurda taxa de juros fixados nas desapropriações.

Ocorre que, por vezes, o valor fixado na indenização é justo. Porém, os juros acabam transformando a desapropriação em um excelente negócio para o expropriado que recebe altíssimas taxas de juros, inclusive juros compostos, o que transforma um valor que era compatível com o de mercado em um enriquecimento ilícito, em manifesta ofensa ao princípio da justa indenização (art. 5º XXIV da Constituição Federal).

55 STJ – REsp 554.402/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/9/2004, DJ 1º/2/2005 p. 410.

56 Súmula 7 do STJ: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. No mesmo sentido é a Súmula 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

As taxas de juros em processos expropriatórios foram elaboradas, por orientação jurisprudencial, em período no qual o país era assolado pelo fantasma da inflação.

Os juros moratórios são de 6% ao ano, conforme art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41 (com a redação dada pela Medida Provisória 2.183-56, de 24/8/2001), contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que o precatório deveria ter sido pago<sup>57</sup>.

A respeito dos juros compensatórios, existem duas súmulas do STF disciplinando a matéria. A súmula 164 reza que “no processo de desapropriação são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência”. Já a súmula 618: “na desapropriação, direta ou indireta, a taxa de juros compensatórios é de 12% ao ano<sup>58</sup>”. A Medida Provisória 2.183/01 fixou os juros compensatórios em 6% ao ano. O STF, na ADIN 2.332-DF, suspendeu liminarmente tal dispositivo, determinando que os juros (de 12% ao ano) devessem incidir sobre a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor fixado na sentença.

Como se nota, em um processo de desapropriação, o expropriado receberia juros de 18% ao ano (6% de moratórios e 12% de compensatórios), o que é um valor altíssimo, se comparado a qualquer aplicação financeira.

Para piorar ainda mais a situação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os dois juros (compensatórios e moratórios) são cumuláveis, na forma de juros compostos, conforme entendimento da Súmula 12 do STJ, a qual estatui que “em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”. Também, diz a Súmula 102 do STJ: “A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei”. Entretanto, com o advento da Medida Provisória nº 2.183/01, há entendimento de que tais súmulas não teriam mais aplicação. Nesse sentido:

“não se perca de vista, entretanto, que fato anterior à vigência do Código Civil de 2002, ou seja, a introdução do art. 15-A no Dec.-lei 3.365/1941 (acrescido pela MP 2.183-56 de 24/8/2001), determinou a vedação do cálculo de juros compostos nas desapropriações (*caput* do referido artigo), de modo que, segundo entendemos, ficou inválida a Súmula 102 do STJ. Ressalte-se, aliás, que essa parte do dispositivo em apreço não foi atingida pela suspensão, por inconstitucionalidade, determinada pelo STF na ADIN 2.332-Medida Liminar, no tocante à expressão “de até 6% ao ano” constante do *caput* do art. 15-A, continuando, portanto, em vigor<sup>59</sup>”

57 Diz a súmula 70 do STJ: “os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”. Entretanto, a Medida Provisória 2.183/01 fixou que os juros moratórios incidem no montante de 6%, a partir de 1º de janeiro ao ano seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Por isso, há entendimento doutrinário de que, em virtude do advento da medida provisória citada, estaria “revogada a Súmula nº 70 do STJ, que previa o cálculo a partir do trânsito em julgado da sentença”. (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 22ª edição, 2009, p. 174)

58 Súmula publicada em 29/10/1984, no DJU, p. 18.115.

59 SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2006, 5ª edição, pág. 590.

O entendimento sobre o cabimento da cumulação de juros compensatórios e moratórios é incorreta. Aqueles deveriam incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; a partir disso, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“com relação aos juros moratórios e compensatórios, a jurisprudência tem entendido que eles são cumuláveis. No entanto, esse entendimento não se justifica, devendo os primeiros incidir a partir da imissão na posse até o momento em que ocorre o trânsito em julgado da sentença que homologa o cálculo da indenização; neste momento, o valor total da indenização já está calculado, com todas as parcelas que o compõem; sobre esse valor incidirão apenas a correção monetária e os juros moratórios devidos pela demora no pagamento<sup>60</sup>”.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Moreira Alves proferido no RE nº 90.656-SP<sup>61</sup>:

“Em verdade, a acumulação não é devida em momento algum.

Os juros, em matéria de desapropriação, sejam tidos como moratórios, sejam considerados como compensatórios, só se justificam pela perda da posse da coisa expropriada até o momento em que, com o efetivo pagamento da desapropriação, o expropriado perde, também, a propriedade em razão da qual tinha a posse.

O que não tem sentido é que o expropriado que não é proprietário, ao mesmo tempo, da coisa e do dinheiro correspondente à indenização pela desapropriação dela tenha juros compensatórios pela privação do uso da coisa expropriada e, concomitantemente, juros moratórios por ainda não haver recebido o valor da indenização. Para perceber-se o absurdo da acumulação, basta atentar-se para o fato de que, no patrimônio do expropriado, a indenização substitui a coisa expropriada, e, assim, não se acrescenta a esta. Portanto, o expropriado somente pode ser privado do uso de um desses elementos: ou da coisa expropriada ou do seu substituto que é o valor da indenização. E como os juros são sempre compensatórios da pravação do uso de parte do patrimônio do credor (antes da mora, eles se denominam compensatórios; depois da mora, eles passam a chamar-se moratórios), não pode o expropriado ter direito a receber compensação pela privação de dois elementos (a coisa expropriada e a indenização), dos quais apenas um integra o seu patrimônio (a coisa, ou o seu substituto que é o valor da indenização)”.

---

60 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, 22ª edição, pág. 175.

61 RTJ 99/715

Entretanto, com a promulgação da emenda Constitucional nº 62/2009, a situação dos juros em desapropriações está disciplinado da seguinte forma pelo parágrafo 12 do art. 100 da Constituição, o qual tem a seguinte redação:

“A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios”.

A partir da publicação da Emenda (10/12/2009) não pode mais haver sentença em que haja condenação em juros compensatórios. Deverá haver somente a condenação ao pagamento da indenização, corrigido pelo índice da poupança. Em caso de mora, somente haverá juros simples, no valor da caderneta de poupança.

A perda antecipada da posse pode ser ressarcida, desde que comprovado o prejuízo. Os juros compensatórios representavam uma presunção de que o expropriado sempre perde com a imissão provisória, o que não é verdade. Se um imóvel que esteve por anos fechado e sem moradores é desapropriado, o proprietário não tem qualquer prejuízo pela perda antecipada da posse. Da mesma forma, em uma desapropriação indireta de um imóvel no qual é impossível qualquer aproveitamento econômico, não existe prejuízo pela perda da posse, devendo ser ressarcido somente o valor da propriedade.

Assim, em decorrência da Emenda Constitucional nº 62/09, estão revogadas as súmulas 69, 114 do STJ, as súmulas 164 e 618 do STF, bem como o art. 15-A do Decreto-lei 3.365/41.

Em relação aos moratórios, não se pode admitir mais a condenação anteriormente feita com base no art. 15-B no percentual de 6% ao ano, devendo ser aplicado o índice de correção monetária da Caderneta de Poupança.

Por fim, a nova emenda fala expressamente em “juros simples”, estando, assim, expressamente revogadas as súmulas 12 e 102 do STJ, não podendo haver qualquer cálculo de juros compostos.

## **6 Os meios para se relativizar a coisa julgada**

Admitida a quebra atípica da coisa julgada, a questão que surge é sobre o meio processual adequado para fazê-la.

Não existe um meio previsto em lei porque a própria relativização da coisa julgada é uma teoria sem previsão legislativa expressa, mas conforme o direito que é mais do que o conjunto de leis escritas. Assim, deve o operador buscar os meios disponíveis para tentar colocar em prática tal teoria. Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“De minha parte, penso que, cabendo ao Poder Judiciário velar pela supremacia da Constituição, há de se empenhar em evitar ou reparar qualquer ofensa às regras e princípios por ela ditados, sempre que se deparar com tal tipo de agressão jurídica. Se o legislador ainda não cuidou de instituir um remédio processual específico para tanto, os órgãos jurisdicionais terão de cumprir sua missão de guardiões da Constituição com os meios e instrumentos de que dispõem, adaptando-os às necessidades do caso concreto, mas nunca se negando a reprimir o mais grave atentado contra o Estado Democrático de Direito, que é o desprezo pela prevalência do primado da ordem constitucional<sup>62</sup>”.

A doutrina entende que o problema do meio é de somenos importância. Por isso propõe que qualquer meio pode ser usado:

“A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas<sup>63</sup>”.

Parte da doutrina, argumentando que a sentença inconstitucional não existe juridicamente, sendo nula, írrita, defende que a parte interessada proponha a ação judicial cabível e desconsidere a existência da coisa julgada anterior<sup>64</sup>. A competência seria do juiz de primeira instância<sup>65</sup>. Nesse sentido:

---

62 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Leud, 25ª edição, 2008, p. 584

63 DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65.

64 “Aliás, qualquer juiz ou tribunal, quando provocado mediante a propositura de ações comuns, em sede de controle difuso de normas, pode decidir acerca da *coisa julgada inconstitucional*. A razão é simples: ninguém está compelido a seguir deliberações flagrantemente contrárias à Constituição, ao arrepio do bom senso, da justiça, da ética e da paz social”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008, p. 221)

65 “A ação declaratória autônoma pode se constituir no instrumento processual adequado para, em caráter excepcional, corrigir a coisa julgada material inconstitucional. Ainda que a decisão que gerou a coisa julgada material inconstitucional tenha sido proferida pelo Tribunal, a competência para conhecer, processar e julgar a ação declaratória autônoma que visa corrigi-la é do juízo de primeiro grau de jurisdição, visto que se trata do exercício de nova demanda” (RP 150/231, maioria). In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 41ª edição, 2009, p. 586, nota 3b ao art. 467.

“E, a meu sentir, melhor do que falar em relativização seria usar a expressão *desconsideração da coisa julgada*. Isso porque, a meu ver, a coisa julgada (e a sentença inconstitucional sobre a qual ela incida) não será desconstituída. Trata-se, tão-somente, de desconsiderar, em um dado caso concreto, a existência daquela sentença transitada em julgado, julgando-se nova causa como se aquela decisão não existisse<sup>66</sup>”.

Entretanto, tal solução se mostra indefensável. Se a parte propuser ação desconsiderando a coisa julgada, sua pretensão sequer será analisada pelo Judiciário pela existência de pressuposto processual negativo<sup>67</sup>, o que irá gerar uma sentença sem resolução de mérito, na forma do art. 267 V do Código de Processo Civil.

Ademais, o próprio sistema jurídico do direito positivo aponta que a sentença inconstitucional é existente e deve ser rescindida. Os arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, previram os embargos do devedor fundados na inexigibilidade do título fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF, o que confirma a existência da sentença inconstitucional. Os embargos têm, nesse caso, natureza rescisória do julgado<sup>68</sup>. E, para haver rescisão, necessário, logicamente, que exista a sentença a ser rescindida<sup>69</sup>.

Assim, deve-se optar pelo mesmo procedimento e competência que seria cabível para a ação rescisória. A ação deve se destinar a desconstituir a sentença injusta ou inconstitucional que existe e é válida até o momento em que seja retirada do ordenamento mediante nova sentença<sup>70</sup>. Trata-se de uma ação rescis-

66 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 467.

67 “Presentes os pressupostos processuais negativos, existe impedimento para a repositura da ação a respeito da mesma causa de pedir, com o mesmo pedido, entre as mesmas partes (art. 301, inciso VI, §§ 1º e 2º)”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues “et al”. *Curso Avançado de Processo Civil vol. 1*. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006, p. 205

68 “Têm os embargos, pois, natureza de ação, distinta da que se está exercitando no processo executivo, embora intuitivamente conexa (em sentido lato) com ela, e tendente a destruir o aludido processo, ou a cortar-lhe os excessos, podem visar os embargos à invalidação do próprio processo de conhecimento onde se proferiu a sentença que serve de título à execução”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2007, p. 294)

69 “A condição jurídica da sentença rescindível assimila-se, destarte, à do ato anulável. Os autores que têm construído a rescisória como ação tendente à *declaração da nulidade* da sentença empregam o termo nulidade em sentido impróprio; uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica, como “anulabilidade”. Rescindir, como anular, é *desconstituir*”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil vol. V*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2006, p. 108/109)

70 “A ação mediante a qual se formula a pretensão de quebra “atípica” da coisa julgada deve ter natureza desconstitutiva: presta-se, primeiramente, a revisar total ou parcialmente a sentença cuja “inconstitucionalidade” se alega. Afinal, se tal sentença juridicamente existe e não padece de ineficácia de pleno direito, não pode simplesmente ser ignorada ou desconsiderada. Cabe, em princípio, “rescindi-la”. Ademais, quando for o caso, a ação será destinada a obter novo pronunciamento, em lugar do anterior”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p.636

sória não prevista em lei. Trata-se de uma interpretação coerente com o sistema existente. Todos concordam que a sentença injusta ou inconstitucional deve ser atacada por meio de recurso e ação rescisória quando cabível. A quebra atípica somente deve ser utilizada quando não mais cabível qualquer recurso e nem mesmo ação rescisória. Assim, se a competência para reformar uma decisão sempre cabe a um juízo “ad quem” no caso dos recursos e da rescisória, não teria como argumentar que, após o prazo de tais medidas legalmente previstas, quando a decisão, em tese, tem mais estabilidade, poderia qualquer juiz conhecer da ação que objetiva quebrar a coisa julgada.

A sentença, após o decurso do prazo para a propositura dos recursos cabíveis e da rescisória, não se torna mais frágil do que anteriormente era; pelo contrário, se torna mais estável, ocorrendo a coisa soberanamente julgada e, assim, a competência anteriormente existente para modificá-la continua a mesma. Nesse sentido, Eduardo Talamini:

“O fundamental, porém, é enfatizar a simetria da via processual para a quebra atípica com a via típica da coisa julgada. Se a sentença a ser impugnada é juridicamente existente e eficaz e se enquanto couber ação rescisória (típica) ficará excluída a quebra atípica, por rigorosa coerência sistemática, no momento em que couber a quebra atípica essa terá de ser feita através de remédio processual equiparável à rescisória. Seria desarrazoado (e desproporcional sob o prisma da adequação e da necessidade) que, depois de ultrapassado o prazo da ação rescisória, a quebra da coisa julgada pudesse fazer-se pela simples desconsideração da sentença anterior, como que se ela não existisse ou fosse írrita<sup>71</sup>”.

Não é óbice ao entendimento acima exposto o fato de que as competências dos tribunais superiores são taxativa e expressamente previstas na Constituição Federal. Quando os arts. 102, I, j, e 105, I, e, da Constituição Federal dizem que estes Tribunais são competentes para a ação rescisórias de seus julgados abrange também qualquer ação destinada à revisão de pronunciamento destes Tribunais revestidos de coisa julgada, o que abrangeria a quebra atípica da coisa julgada, conforme lição de Eduardo Talamini:

“Cabe, assim, reconhecer que regras como as dos arts 102, I, j, e 105, I, e, da Constituição Federal, ao aludir à “ação rescisória de seus julgados” abrangem necessariamente toda e qualquer ação destinada à revisão do pronunciamento revestido de coisa julgada emitido anteriormente por esses tribunais<sup>72</sup>”.

71 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p.637

72 TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 639

## 7 Considerações Finais

A coisa julgada não é uma garantia absoluta. Ela garante a efetividade do princípio da segurança jurídica. Além deste, outros princípios previstos no ordenamento jurídico merecem igual proteção constitucional.

A ideia de que o direito pode acobertar injustiças é um conceito velho e ultrapassado do positivismo jurídico que hoje não se sustenta. Não se pode admitir um direito injusto. Este não tem validade perante o ordenamento jurídico.

Deve-se fazer a ponderação dos princípios antagônicos em determinado caso concreto. Uma sentença que fixe um valor de indenização injusto, seja para mais ou para menos, é inconstitucional por ofensa ao art. 5º XXIV da Constituição Federal.

Não se pode perpetuar uma situação injusta em nome da segurança jurídica. Esta pode e deve ceder diante de casos em que a situação tornada imutável pela coisa julgada cause lesão a valores protegidos pela Constituição Federal.

O princípio da justa indenização e da moralidade administrativa permite, em certos casos, onde a injustiça é grave, rever o valor da indenização fixado por sentença e transitado em julgado.

Não somente a indenização erroneamente fixada pode ofender o princípio da justa indenização. As taxas de juros estabelecidas por meios de Súmulas do STJ e STF, em período inflacionário, hoje representam grave lesão aos cofres públicos e enriquecimento ilícito aos expropriados.

O meio processual para desconstituir a coisa julgada é uma ação ordinária, proposta no juízo que seria competente para apreciação da ação rescisória da sentença que se quer combater.

## 8 Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, tradução de Virgílio Afonso da Silva.

\_\_\_\_\_. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da Coisa Julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado n. especial: 41-88, jan.dez. 2003

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 7ª edição, 2009

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª edição, 2008, p. 466

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 23ª edição. 2007

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6ª edição, 2008

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, 22ª edição

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2009

\_\_\_\_\_. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, 3ª edição

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2006

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editora, 6ª edição, 1984, tradução de João Baptista Machado

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 25ª edição, 2007

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil vol. V*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2006

NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 41ª edição, 2009

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 9ª edição, 2006

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 23ª edição, 1996

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994

RIBEIRO, Alessandra Ferreira de Araújo. *O Registro Público como Proteção dos Mananciais*. In: *Revista de Direitos Difusos*, vol. 45

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2006, 5ª edição

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e Sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Leud, 25ª edição, 2008

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

WAMBIER, Luiz Rodrigues “et Al”. *Curso Avançado de Processo Civil vol. 1*. São Paulo: RT, 8ª edição, 2006

